

Juridisk Institut

Julebog 2002



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2002

Juridisk Institut – Julebog 2002
1. udgave

© 2002 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.

Omslag: Morten Højmark
Tryk: Gentofte Tryk
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2002
ISBN 87-574-0910-2
ISSN-1397-6494

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Box 2702
2100 København Ø

Tlf.: 39 13 55 00
Fax: 39 13 55 55
e-mail: fl@djoef.dk
Homepage: www.djoef-forlag.dk

Forord

Bogen indgår i rækken af julebøger, der hvert år siden 1996 er udsendt som en jule- og nytårshilsen fra Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København.

Den indeholder ligesom de tidligere julebøger artikler skrevet af instituttets videnskabelige medarbejdere med udgangspunkt i deres respektive faglige interesseområder.

København november 2002

Peter Møgelvang-Hansen
Institutleder

Indholdsfortegnelse

Romkonventionen - Fra folkeret til EU-ret af kandidatstipendiat, cand.merc.jur. Kim Østergaard	9
“Economic impact of the protection of unoriginal databases in developing countries and countries in transition” af lektor, ph.d. Thomas Riis	19
Egne aktier af professor, dr.jur. Bernhard Gomard	59
Ophavsretlig beskyttelse af bevægelse som non - verbalt udtryk af docent, cand.jur. Elisabeth Thuesen	73
Mediekonvergens - nogle regulatoriske overvejelser i lyset af sammensmeltningen mellem de elektroniske medier af kandidatstipendiat, cand.jur. et merc.jur. Søren Sandfeld Jakobsen	97
Debatten om indførelse af en social klausul i WTO-aftalerne af lektor, ph.d. Lynn Roseberry	119
Loyalitetspligt og partneringaftaler af adjunkt, ph.d. Christina D. Tvarnø	137
Lovvalget i immaterialretlige sager af adjunkt, ph.d. Bjørn Ryberg	157
Nu også en svensk finansaftalelov? - Konsumentskydd vid finansiell rådgivning SOU 2002:41 af professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen og vicedirektør, cand.jur. Henrik Juul	167

Securitisations et dansk perspektiv en oversigt af forskningsassistent cand.merc.jur. Andreas Tamasauskas	183
E-handelsloven - privatretlig og/eller offentlig lov? af professor, dr.jur. Ruth Nielsen.	225
My life as a lawyer af professor, dr.jur. Ole Lando	253
Forholdet mellem dobbeltbeskatningsover- enskomsterne og national skatteret - særligt i relation til skattestyrelseslovens tidsfrister af forskningsassistent, cand.jur. Karin Skov Nilausen	271
Er den private kautionist tilstrækkeligt beskyttet? af forskningsassistent, cand.jur. Mette Frøland	287
Forhandling efter udbud uden konditions­mæssige bud af professor, dr.jur. Jens Fejø	305
Privilegerede virksomheder og saglige begrundelser for konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86, stk. 2 EF af lektor, ph.d. Ulla Bøegh Neergaard	313
En klagesags anatomi - den typiske klagesag ved Klagenævnet for udbud af lektor, ph.d. Steen Treumer	339
Forvridning eller justering af indkomstskattesystemet af professor Kjeld Hemmingsen	351
Anlægsaktier og fast driftssted af professor, dr.jur. Niels Winther-Sørensen	361
Noget om retroaktiv virkning inden for forbrugerretten af professor, cand.jur. Peter Møgelvang-Hansen	375
Brug af webcam på offentligt tilgængelige steder af forskningsassistent, cand.merc.jur. Jan Trzaskowski	383

Romkonventionen Fra folkeret til EU-ret

af

Kim Østergaard

1. Indledning.

Kommissionen har udsendt et diskussionsoplæg under titlen ”Grønbog om omdannelse af Romkonventionen fra 1980 til et fællesskabsinstrument og en revision af samme”. Diskussionsoplægget er udsendt forud for et ekspertmøde, der blev afholdt den 18. April 2002. Den danske regering har i den anledning udbedt sig høringssvar herom. Nærværende artikel udgør i en lettere omarbejdet form det fremsendte høringssvar. Artiklen indeholder ingenlunde en systematisk gennemgang af den stadig gældende Romkonvention med henblik på udfærdigelsen af en forordning. Formålet med artiklen er i overvejende grad knyttet til de problemstillinger, som elektronisk handel giver anledning til, herunder de særlige problemer med e-handelsdirektivet og de internationale privatretlige regler synes at give anledning til.

2. Anvendelsesområdet for Romkonventionen.

Romkonventionens anvendelsesområde er fastlagt i art. 1 med nærmere angivne undtagelser i art. 1, stk. 2. I forbindelse med en ændring til en forordning bør det, holdes for øje med respekt for art. 1, stk. 2, at præcisere kontraktbegrebet (kvalifikationsproblematikken) i overensstemmelse med det bredt funderede EU-retlige kontraktbegreb, der er fastlagt i henhold til Domskonventionen og som er opretholdt efter Domsforordningen.¹

¹⁾ Jf. Saml. 1983.987, Peters, særligt præmisserne 9, 10 og 13.

En sådan præcisering skaber retlig kongruens mellem de to forordninger, således at der er en nøje sammenhæng mellem anvendelsesområdet for de to vigtigste EU-retlige instrumenter indenfor den internationale proces- og privatret i medlemsstaterne.

3. Indgåelse af elektroniske lovvalgsaftaler.

Kontrahenternes indgåelse af elektroniske lovvalgsaftaler, partsautonomien, giver umiddelbart anledning til to "nye" problemstillinger. Den væsentligste problemstilling vedrører, hvornår og hvorvidt der er indgået en elektronisk aftale indeholdende en lovvalgsklausul (det materielle gyldighedsproblem). Anvendelsen af elektronisk kommunikation, herunder Internettet, indebærer en *ny måde* at indgå kontrakter på, som ikke har været kendt tidligere, til trods for at EDI indeholder et vist slægtskab hermed. E-handelsdirektivet, jf. nærmere nedenfor under 2.2. indebærer en vis harmonisering og sikrer muligheden for indgåelsen af elektroniske kontrakter. Imidlertid forbigås spørgsmålet om, hvornår en sådan elektronisk aftale kan anses for indgået, hvorfor et spørgsmålet herom skal afgøres i et samspil mellem national aftaleret og EU-ret.

Under hensyntagen til at sikre den størst mulige grad af forudsigelighed, bør det overvejes, hvorvidt en Romforordning skal have en eksplicit bestemmelse om, hvornår en elektronisk lovvalgsaftale kan anses for indgået, således at den retlige usikkerhed minimeres, da spørgsmålet om tidspunktet for aftalens indgåelse skal afgøres efter national ret i overensstemmelse med kontraktens *lex causae*.

Den anden problemstilling angår spørgsmålet om formkrav. Bestemmelsen i Domsforordningens art. 23, stk. 2 sikrer, at der er funktionel ækvivalens mellem skriftlige og elektroniske værnetingsaftaler. En tilsvarende bestemmelse bør være indeholdt i Romforordningen. Efter Domsforordningen er der et krav om varig dokumentation for en elektronisk værnetingsaftale. Der synes at være en retlig usikkerhed med hensyn til, hvad der forstås ved begrebet varig dokumentation, hvilket bør afklares i forbindelse med udarbejdelsen af Romforordningen.

Den nye måde som elektroniske kontrakter indgås på skal kort omtales. Måden, hvorpå en elektronisk kontrakt indgås, er forskellig afhængig af den form for elektronisk kommunikation, der anvendes og hvorvidt aftalen, herunder om kontraktbetingelserne i den elektroniske kontrakt kan anses for indgået helt eller delvist via elektronisk kommunikation.²

²⁾ Se ligeledes Ruth Nielsen, E-Handelsret, 1. udg. 2001, side 113 nævner fire eksempler på, hvorledes elektroniske kontrakter kan indgås: "Web-site baserede kontrakter indgået via en sælgers/leverandørs website, Web-site baserede kontrakter indgået via en e-markedsplads Web-site, kontrakter indgået pr. e-mail eller EDI-Kontrakter."

Særligt i forhold til direkte elektronisk handel er de såkaldte "clickwrap agreements" af interesse. "Clickwrap Agreements", som benyttes på Internettet, er karakteriseret ved, at kontraktbetingelserne for den elektroniske kontrakt springer frem på Internetbrugerens skærm i forbindelse med aftalens indgåelse. Internetbrugeren har mulighed for at acceptere indeholdet i denne form for elektroniske kontrakt ved at klikke på ikonet "I agree" eller evt. "I disagree". "Clickwrap agreements" må derfor karakteriseres som adhæsionskontrakter. Denne måde at indgå aftaler på kan anvendes såvel i forbindelse med direkte som indirekte elektronisk handel, men synes at have en særlig betydning i forbindelse med direkte elektronisk handel, hvor en tiltrædelse af kontraktbetingelserne er en forudsætning for at kunne downloade den digitale realydelse. Kontraktbetingelserne kan være ganske omfattende³⁾, og lovvalgsklausulen fremstår ikke nødvendigvis fremhævet eller er evt. forsøgt "skjult" i aftalegrundlaget.

Dette giver anledning til overvejelser om, hvilke krav der evt. skal stilles til, hvorvidt en elektronisk lovvalgsklausul kan anses for vedtaget mellem kontrahenterne, jf. nærmere nedenfor om Romkonventionens art. 8 og 9.

En anden måde delvist at indgå elektroniske kontrakter på er de såkaldte "shrinkwrap aftaler"⁴⁾, som i altovervejende grad må henføres til indirekte elektronisk handel. I en sådan situation får realdebitor ikke kendskab til det fulde indhold af kontraktbetingelserne, før vedkommende har fået realydelsen i hænde, hvor yderligere kontraktbetingelser enten fremgår skriftligt på indpakningen eller evt. på et bærbart elektronisk medium, hvor vedkommende skal tiltræde kontraktbetingelserne forud for det tidspunkt, den digitale realydelse tages i brug.

Vil en lovvalgsklausul indeholdt i en "shrinkwrap license" kunne anses for gyldigt vedtaget inter-partes, og vil det i givet fald have betydning om en sådan bestemmelse fremstår som en skriftlig eller elektronisk kontraktbetingelse? I den sammenhæng kan der også være en formodning for, at sådanne aftaleretlige problemstillinger behandles forskelligt afhængigt af lex causae, hvilket yderligere understreger betydningen af en harmonisering af aftaleretten i medlemsstaterne.

³⁾ I den amerikanske sag Groff v. America Online, 1998 WL 307001 (1998) bestod aftalegrundlaget af 94 skærmsider.

⁴⁾ I den amerikanske sag ProCD v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (1996) forklarer the United States Court of Appeal, Seventh Circuit, hvorfra udtrykket "Shrinkwrap License" hidrører: "The shrinkwrap license gets its name from the fact that retail software packages are covered in plastic or cellophane shrinkwrap, and some vendors though not ProCD, have written licenses that become effective as soon as the customer tears the wrapping from the package."

4. E-Handelsdirektivet.

E-handelsdirektivets betydning i relation til Romkonventionen skal ligeledes omtales i denne sammenhæng. Direktivet er implementeret i dansk ret som "Lov om tjenester i informationsområdet, herunder visse aspekter af elektronisk handel".⁵ De internationale privatretlige regler er omtalt i direktivet. Det følger af e-handelsdirektivets art. 1, stk. 4 og betragtning nr. 23 i præamblen, at der ikke qua direktivet indføres nye internationale privatretlige regler, ligesom det i henhold til art. 3, stk. 3 med det tilhørende bilag fremgår, at e-handelsdirektivet ikke berører kontrahenternes adgang til at indgå, må det formodes, såvel udtrykkelige som stiltiende lovvalgsaftaler.⁶ Indsættelsen af disse to bestemmelser i e-handelsdirektivet skaber efter min vurdering mere usikkerhed end afklaring. Et af hovedformålene med direktivet var at eliminere den retlige usikkerhed, som kan hindre potentialet for elektronisk handel.

I forbindelse med implementeringen af e-handelsdirektivet bortfaldt det oprindelige lovforslag (L 53, fremsat den 24. oktober 2001) i forbindelse med udskrivning af folketingsvalg. I det efterfølgende lovforslag (L 61, fremsat den 29.1.2002) er der foretaget en række såvel sproglige som indholdsmæssige justeringer. I bemærkninger til det sidstnævnte lovforslag er rækkevidden af afsenderlandsprincippet forsøgt præciseret således, at afsenderlandsprincippet udelukkende omfatter det offentligretlige område, således at privatretten og dermed de internationale privatretlige regler ikke er omfattet af art. 3.⁷ Lovens § 5 implementerer de i bilaget til art. 3, stk. 3 nævnte undtagelser, men med det særlige forhold, at bestemmelsen i bilaget om, at parterne selv kan vælge det lands retstregler, der skal finde anvendelse på aftalen, er udtaget, tillige med de to andre undtagelser af privatretlig karakter. I bemærkningerne til lovforslaget gentages det, at

⁵⁾ Lov nr. 227 af 22.4.2002.

⁶⁾ I diskussionen om, hvorvidt afsenderlandsprincippet går på tværs af offentlig ret og privatret, kan det ikke anses for uden betydning, at undtagelserne, der er opregnet i bilaget til art.3, stk.3 indeholder undtagelser af såvel offentligretlig som privatretlig karakter, hvilket altså støtter synspunktet om, at afsenderlandsprincippet går på tværs af denne sondring i kontinental europæisk ret. I samarbejdet mellem de nordiske lande er afsenderlandsprincippet blevet fortolket som udelukkende omfattende offentlig ret, jf. Ruth Nielsen, E-handelsret, 1. udg., 2001, side 75 f., hvilket klart strider mod grundlæggende EU-retlige fortolkningsprincipper.

⁷⁾ Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår det under punkt 3.2.: "Det er regeringens opfattelse, at det koordinerede område og dermed afsenderlandsprincippet alene omfatter offentligretlige regler og således ikke privatretten. Denne fortolkning støttes navnlig på direktivets artikel 1, stk. 4.....Herudover fremgår det af betragtning nr. 23 i direktivets præambel, at.....Efter regeringens opfattelse er bestemmelsen i artikel 1, stk. 4 til hinder for en udvidet fortolkning af afsenderlandsprincippet til også at omfatte de privatretlige regler. Det skyldes, at en sådan fortolkning ville indebære, at privatretlige tvister vedrørende kontrakter indgået på baggrund af online markedsføring omfattet af e-handelsdirektivet eller tvister vedrørende erstatning uden for kontrakt...altid ville skulle afgøres efter afsenderlandets lovgivning. Dermed ville afsenderlandsprincippet – i strid med artikel 1, stk. 4 i realiteten indføre en lovvalgsregel, dvs. en regel om, hvilket lands lovgivning, der finder anvendelse på løsningen af en konkret tvist.

afsenderlandsprincippet kun gælder indenfor det offentligretlige område, hvorfor det er overflødigt at nævne undtagelsen om international privatret i lovteksten. Bemærkningerne i lovforslaget fremstår utvetydige, men ingenlunde i overensstemmelse med Europa Parlamentets indstilling hertil, opfattelsen i forbindelse med implementeringen af direktivet i tysk ret og i den retsvidenskabelige litteratur.⁸ Hvilken fortolkning, der må anses for korrekt, afgøres endeligt af EF-Domstolen, men det synes på sin plads at fremføre et par bemærkninger forud for dette tidspunkt.

Romkonventionen er folkeretligt funderet og er derfor at anse som en del af national ret i medlemsstaterne. Forrangsprincippet⁹ i EU-retten bevirker, at såfremt de internationale privatretlige regler måtte indeholde bestemmelser i strid med e-handelsdirektivet, da har e-handelsdirektivet forrang. Dette spørgsmål er umiddelbart mindst vanskeligt at tage stilling til i relation til, hvorvidt de internationale privatretlige regler hindrer muligheden for at indgå elektroniske kontrakter, primært som følge af eventuelle formkrav, hvilket omtales nærmere nedenfor.

Mere principielt må det dog drøftes, at selv om afsenderlandsprincippet omfatter de internationale privatretlige regler, om det i givet fald har nogen reel betydning. Betingelsen for overhovedet at tage stilling til, hvorvidt en international privatretlig regel strider mod indremarkedsklausulen i e-handelsdirektivet (er at udfinde, på grundlag af de internationale privatretlige regler retsforholdet kan subsummeres under), de nationale materielle regler, der skal finde anvendelse på retsforholdet. Først når de materielle regler er udpeget, er det muligt at tage stilling til, hvorvidt denne nationale regel udgør en restriktion for den fri bevægelighed af informationssamfundstjenester mellem medlemsstaterne. Under hensyntagen til dette, er det således umuligt i forhold til f.eks. Romkonventionen på forhånd at afgøre, hvorvidt denne strider mod indremarkedsklausulen og for den sags skyld en fremtidig Romforordning. Det forekommer, efter min vurdering, temmelig besynderligt overhovedet at skulle diskutere, hvorvidt de internationale privatretlige regler kan stride mod indremarkedsklausulen, idet de internationale privatretlige reglers funktion udelukkende består i at udpege kontraktens *lex causae*. Det er i fortsættelse heraf meget vanskeligt for ikke at sige umuligt at forestille sig, at de internationale privatretlige regler qua deres "processuelle" karakter på nogen måde kan indeholde bestemmelser med et sådant indhold, at det strider mod indremarkedsklausulen. Romkonventionens art. 4 er væsentligst opbygget som en formodningsregel, jf. art. 4, stk. 2, som er en fast lovvalgsregel og en teoretisk hovedregel om, at lovvalget skal afgøres på grundlag af, hvor aftalen har sin nærmeste tilknytning til jf. art. 4, stk. 1. Det synes umuligt at kunne fastslå uden videre, at tilknytningsledet i en international privatretlig regel skulle kunne udgøre en restriktion for den fri bevægelighed for informationssamfundstjenester. Det er vel den nationale materielle ret, som udpeges,

⁸⁾ Jf. Ruth Nielsen, E-Handelsret, 1. udg., 2001, side 74 ff og 67.

⁹⁾ Se nærmere herom, Ruth Nielsen, EU Ret, 2. udg, 1999, side 146 ff.

der aktuelt, potentielt, direkte eller indirekte udgør en hindring for den fri bevægelighed for informationssamfundstjenester. Denne udlægning er i overensstemmelse med Frithjof Maennel fra EU Kommissionen.¹⁰

Når der henses til de afgørelser¹¹, der foreligger fra EF-Domstolen, har EF-Domstolen ligeledes ikke anset de internationale privatretlige regler, som stridende mod EU-retten, men derimod de nationale materielle regler, som efter de internationale privatretlige regler skulle finde anvendelse på retsforholdet.

På denne baggrund må bemærkningerne i L 61 om, at afsenderlandsprincippet rækkevidde til også at omfatte de dele af privatreten, hvorunder de internationale privatretlige regler henhører, afvises, idet afsenderlandsprincippet først har betydning, såfremt *lex causae* peger på anvendelsen af national materiel ret i strid med e-handelsdirektivets art. 3. E-handelsdirektivet har derfor en indirekte betydning for de internationale privatretlige regler, men at fortolke afsenderlandsprincippet som en fast lovvalgsregel inden for kontraktstatuttet i forbindelse med elektronisk handel kan ikke anses for en korrekt fortolkning. At retsforholdets *lex causae* måtte stride mod EU-retten er der vel ikke noget nyt i, jf. de oven for citerede sager.

Rækkevidden af e-handelsdirektivets afsenderlandsprincip begrænses endvidere af, at direktivet kun gælder inden for det koordinerede område, jf. art. 3, stk. 1. Når der henses til betragtning nr. 21 i præamblen og direktivets art. 2, litra h, må anvendelsesområdet for det koordinerede område i altovervejende grad karakteriseres som værende af offentligretlig karakter, idet det koordinerede område vedrører krav til tjenesteyderen og informationssamfundstjenester. I bemærkningerne til lovforslaget er der anlagt en mere klar stillingtagen, idet bemærkningerne må fortolkes derhen, at det koordinerede område udelukkende har offentligretlig karakter.¹² Af betragtning nr. 21 i præamblen følger det,

¹⁰⁾ Frithjof Maennel og Pia Lindholm, *Directive on Electronic Commerce (2000/31/EC) i Legal Aspects of Electronic Commerce*, red. Af Jens Fejø, Ruth Nielsen og Thomas Riis, 1. udg., 2001, side 19 anfører: "The e-commerce Directive and its Article 3 applies to all areas of the law, including criminal and civil law. As regards private law it may affect the applicable law to both contractual and extra-contractual obligations and discard the application of national provisions, which would be applicable under rules of Private International Law, but would be incompatible with the proper functioning of the Internal Market for electronic commerce. However, the derogation in the annex maintains the status quo as regards certain particular specific aspects relating to contract law. For these aspects, in principle the Rome Convention and – as always – the general principle of free movement of services will be applicable."

¹¹⁾ Jf. Saml. 1994.2259 (DAK), Saml. 1978.1971(Koestler) og Saml. 1993.5145 (Phil Collins).

¹²⁾ Under punkt C.2.8. fremgår det: "Det er regeringens opfattelse, at definitionen af det koordinerede område efter ordlyden og sammenhængen med direktivets principper om hjemlandskontrol og gensidig anerkendelse (afsenderlandsprincippet) og artikel 1, stk. 4, i direktivet, jf. herom i afsnit C.3.2., må forstås således, at området er begrænset til krav, som medlemsstaternes myndigheder ifølge de

at det koordinerede område kun omfatter krav til onlineaktiviteter som f.eks. onlineinformation, onlinereklame, onlineshopping og onlineindgåelse af kontrakter sammenholdt med direktivets art 2, litra h, punkt ii). Uanset om afsenderlandsprincippet omfatter privatretten eller ej, må der fra en ikke-teoretisk synsvinkel sættes spørgsmålstegn ved, om det har nogen praktisk og reel betydning.

Såfremt de internationale privatretlige regler indeholder formkrav, der hindrer indgåelsen af elektroniske kontrakter, jf. e-handelsdirektivets art. 9 - 11¹³, er dette i strid med e-handelsdirektivet. I forhold til formålet med e-handelsdirektivet kan et sådant nationalt formkrav betragtes som en restriktion for den fri bevægelighed for informationssamfundstjenester, hvorfor det må undersøges, hvorvidt Romkonventionen indeholder sådanne formkrav, der kan stride mod disse bestemmelser i e-handelsdirektivet. Dette vil ligeledes have betydning for, hvorledes Romforordningen affattes.

Bestemmelserne i e-handelsdirektivets art. 9 - 11 har betydning i relation til indgåelsen af elektroniske kontrakter indeholdende såvel værnetings- som lovvalgsklausuler, da direktivet ingenlunde undtager elektroniske kontrakter, hvor sådanne bestemmelser er indsat, jf. e-handelsdirektivet art. 9, stk. 2 modsætningsvis. I denne sammenhæng omtales dog udelukkende art. 9, da denne bestemmelse umiddelbart skønnes at have størst relevans for indgåelsen af elektroniske lovvalgsaftaler. Der kan derfor argumenteres for, at e-handelsdirektivet mere direkte i den sammenhæng har betydning for de internationale privatretlige regler i medlemsstaterne.

Kontraktbegrebet er ikke defineret i e-handelsdirektivet, men da der er tale om et maksimumsdirektiv, må det antages at være EU-retligt.¹⁴ Der må være en stærk formodning for, at der i den fremtidige domstolspraksis vil blive lagt til grund, at kontraktbegrebet skal fortolkes bredt og i overensstemmelse med anvendelsesområdet for den tidligere gældende Domskonvention, hvis indhold der som nævnt tidligere ikke er ændret på i den nugældende Domsforordning.¹⁵

ationale retssystemer kan stille til tjenesteyderen, og som kan håndhæves af medlemsstaternes forvaltningsmyndigheder, f.eks. ved kontrol, forbud, påbud eller strafferetlig forfølgning. *Regler eller principper, der regulerer privatretlige, herunder kontraktretlige forhold, er således ikke omfattet af det koordinerede område.*" (Min fremhævelse). Se ligeledes punkt C.3.4.2.

¹³⁾ For en generel gennemgang, se Ruth Nielsen, E-Handelsret, 1.udg., 2001, kapitel 4.

¹⁴⁾ Jf. Ruth Nielsen, E-Handelsret, 1. udg., 2001, side 117.

¹⁵⁾ Jf. Saml. 1983.987, Peters. Til støtte for dette synspunkt, se Betænkning nr. 1400, København 2000, side 44.

I henhold til art. 9 og betragtning nr. 34¹⁶ i præamblen til direktivet skal medlemsstaterne sikre muligheden for indgåelsen af elektroniske kontrakter.¹⁷ Bestemmelsen er rettet mod medlemsstaterne, hvorfor bestemmelsen set fra kontrahenternes synsvinkel mest har interesse i de situationer, hvor en domstol evt. måtte påberåbe, at der ikke er mulighed for at indgå elektroniske kontrakter. Såfremt de internationale privatretlige regler i medlemsstaterne måtte indeholde krav om skriftlighed og/eller en traditionel håndskreven underskrift, må dette anses for stridende mod art. 9 og dermed den fri bevægelighed for elektroniske kontrakter, som i henhold til direktivet må betragtes som en informationssamfundstjeneste, da den elektroniske kontrakt har et kommercielt sigte. I henhold til art. 9 kan kontrahenterne ved at anvende elektronisk kommunikation og evt. elektronisk signatur indgå gyldige aftaler om værneting og lovvalg.¹⁸

Det er derfor nødvendigt at undersøge, hvorvidt de nugældende internationale privatretlige regler kan anses for at være i overensstemmelse med art. 9. Betydningen af art. 9 skal ses i forhold til bestemmelsen i Romkonventionens art. 3. Efter Romkonventionens art. 3, stk. 1, 2. pkt., bestemmes det, at en lovvalgsaftale skal være udtrykkelig eller fremgå med rimelig sikkerhed af kontraktens bestemmelser eller omstændigheder i øvrigt. Kravene til den stiltiende lovvalgsaftale er således mere lempelige end efter Løsørøkslovslovens § 3. Isoleret indeholder bestemmelsen ikke nogen vejledning om hvilke krav, der stilles, med hensyn til måden hvorpå en lovvalgsklausul indgås eller evt. formkrav. Disse spørgsmål besvares til dels i medfør af Romkonventionens art. 8, 9 og 11, jf. Romkonventionens art. 3, stk. 4., hvor bestemmelserne i art. 8 og 9 har interesse. Art 8. vedrører spørgsmålet om materiel gyldighed, efter hvilken bestemmelse spørgsmålet om eksistens og gyldighed skal afgøres efter det lands retsregler, som skulle finde anvendelse, hvis lovvalgsaftalen var gyldig. Til trods for, at en sådan lovvalgsaftale anses for ugyldig, er det til stadighed de i kontrakten "vedtagne" nationale regler, hvorefter der skal tages stilling til spørgsmålet om eksistens og gyldighed.¹⁹ Art. 9, stk. 2 vedrører spørgsmålet

¹⁶⁾ "Hver medlemsstat skal tilpasse sin lovgivning om krav, især formkrav, som kan hindre elektronisk indgåelse af kontrakter..."

¹⁷⁾ Jf. KOM (1998) 586, side 26.

¹⁸⁾ Christina Hultmark Ramberg, The E-Commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective, i Legal Aspects of Electronic Commerce, red. af Jens Fejø, Ruth Nielsen og Thomas Riis, 1. udg., 2001, side 38 kritiserer med rette, at E-handelsdirektivet ikke direkte indeholder en stillingtagen til spørgsmålene om skriftlighed og elektronisk signatur.

¹⁹⁾ Peter Arnt Nielsen, International privat- og procesret, 1. udg., 1997, side 503 anfører: "Med udtrykket "bestemmelsen" er der ifølge forarbejderne særligt tænkt på de tilfælde, hvor gyldigheden af en lovvalgsklausul anfægtes. Dette indebærer, at lovvalgsklausulens gyldighed skal afgøres efter den lov, som lovvalgsklausulen udpeger som lex causae. Løsningen forekommer cirkulær, men er praktisk, uanset om lovvalgsklausulen findes i parternes aftale eller i en særskilt kontrakt, fordi gyldighed og eksistens af lovvalgsklausulen som følge af løsningen kun skal afgøres efter en stats ret. Havde man ikke denne regel, skulle der måske opstilles en særskilt lovvalgsregel for spørgsmål om eksistens og gyldighed af lovvalgsaftalen, hvilket kunne føre til anvendelse af to staters love, dvs. lovkumulation."

om formkrav til lovvalgsklausulen. Spørgsmålet om den relevante lovgivning skal i lighed med princippet efter art. 8, stk. 1 afgøres efter den lov, som aftalen ville være underlagt, hvis den var gyldig, selv om det ikke fremgår tydeligt.²⁰ Bestemmelserne i Romkonventionen giver ikke anledning til problemer i forhold til art. 9 i e-handelsdirektivet.

5.) Lovvalget i mangel af aftale – Elektronisk handel.

Når der ses bort fra bestemmelserne i Romkonventionens art. 5 og 6 om henholdsvis visse forbrugeraftaler og individuelle arbejdsaftaler, er bestemmelsen i art. 4 i Romkonventionen den centrale bestemmelse til fastlæggelse af lovvalget i mangel af aftale.

Anvendelsen af art. 4 giver i relation til elektronisk handel anledning til i hvert fald to vigtige forhold, der bør holdes for øje ved affattelsen af Romforordningen.

I den foreliggende domstolspraksis og i henhold til bemærkningerne til Romkonventionen anvendes tilknytningsmomentbegrebet (henvissningsledet) dynamisk, hvilket må antages at have størst betydning i relation til den individualiserende metode efter art. 4, stk. 1. Den dynamiske tilgang bør fastholdes under hensyntagen til, at elektronisk handel forårsager nye tilknytningsmomenter, og at eksisterende tilknytningsmomenter skal fortolkes anderledes og evt. ikke tillægges værdi som tilknytningsmoment.²¹ Tilknytningsmomenterne er imidlertid ofte knyttet til et fysisk geografisk placerbart sted, hvilket harmonerer dårligt med Internettet og mange andre former for elektronisk kommunikation, som ofte vil være stedsuafhængig.²²

I amerikansk retspraksis er nye tilknytningsmomenter blevet inddraget af domstolene. I forbindelse med en licensaftale om et softwareprogram blev tilknytningsmomenter som stedet for design, udvikling, programmering og fremstilling lagt til grund som

En alternativ mulighed kunne være at afgøre dette spørgsmål i henhold til det land, hvor en sådan aftale har sin nærmeste tilknytning være at anvende bestemmelsen i Romkonventionens art. 4.

²⁰⁾ Jf. Giuliano-Lagarde rapporten, side 30.

²¹⁾ Se nærmere herom Kim Østergaard, Den virtuelle forhandler – Nye internationale privatretlige problemstillinger, i Julebog 2000, 1. udg., 2000.

²²⁾ Se nærmere herom Kim Østergaard, Electronic Commerce – The Concept of Place or There in Private International Law i Legal Aspects of Electronic Commerce, red. af Jens Fejø, Ruth Nielsen og Thomas Riis, 1. udg., 2001.

tilknytningsmomenter.²³ Anvendelsen af sådanne tilknytningsmomenter vil imidlertid ofte ikke være kendt af medkontrahenten, hvilket skaber mindre forudsigelighed, ligesom disse tilknytningsmomenter udelukkende skaber tilknytningsmomenter pegende mod anvendelsen af realdebitors lands retsregler. Bør disse overvejelser indebære en anvendelse af en fast lovvalgsregel for elektronisk handel for at skabe større forudsigelighed, eller bør hovedreglen om den individualiserende metode opretholdes under hensyntagen til at udfinde retsforholdets nærmeste tilknytning, og i givet fald hvorledes skal tilknytningsmomenterne udfindes, når der ses bort fra de mere åbenlyse tilknytningsmomenter som realdebitors forretningssted og opfyldelsesstedet for løsørengstande?

Elektronisk handel indebærer for det andet, at licensaftalen som kontrakttype får en betydelig mere fremtrædende plads end hidtil, hvor købe- og tjenesteydelseskontrakter har været dominerende.

Der synes ikke at foreligge nogen retspraksis i medlemsstaterne herom. I den retsvidenskabelige litteratur er spørgsmålet om lovvalget særligt blevet knyttet til, hvorvidt licensaftalen skulle være underlagt de samme retsregler som i udnyttelseslandet.²⁴ Umiddelbart er licensgiver realdebitor i retsforholdet, hvilket taler for en anvendelse af formodningsreglen i art. 4, stk. 2. Såfremt udnyttelsesstedet skal inddrages som et tilknytningsmoment forudsætter dette en fravigelse af formodningsreglen til fordel for den individualiserende metode efter Romkonventionens art. 4, stk. 1. Udnyttelsesstedet vil i de tilfælde, hvor denne sker på Internettet eller via anden elektronisk kommunikation, kunne være svær geografisk at placere.

Der bør ved affattelsen, formentlig i bemærkningerne/forarbejderne til Romforordningen, knyttes nærmere kommentarer til, hvorledes lovvalget bør foretages i forbindelse med licensaftaler, hvor udnyttelsen heraf sker på åbne netværk, da udnyttelsesstedet kan være svært at placere.

²³⁾ Jf. Henry Schein v. Stromboe, 28 S.W.3.d 196 (2000). I en anden sag Micro Data Base v. Dharma, 148 F.3d 649 (1998) skulle domstolen i overensstemmelse med den individualiserende metode i Restatement, Second, Conflict of Laws § 188 tage stilling til lovvalget. Da domstolen på grund af parternes anvendelse af elektronisk kommunikation ikke kunne finde ud af at tage stilling til, hvor og hvornår aftalen var indgået, blev det eneste tilknytningsmoment, der blev lagt grund i sagen stedet for opfyldelsen af aftalen.

²⁴⁾ Ole Lando, Kontraktstatutet, 3. udg., 1981, side 310 f., Torben Svenné Schmidt, International Formueret, 2. udg., 2000, side 226 f. og Kim Østergaard, Elektronisk handel – International proces- og privatret – En komparativ analyse af retten i EU og USA, kapitel 7.1.1. – 7.1.3., 1. udg. 2003, endnu ikke trykt.

“Economic impact of the protection of unoriginal databases in developing countries and countries in transition”

af

Thomas Riis

Summary of the study

The main concerns about possible negative effect of extensive database protection fall into two broad categories. Firstly, it is asserted that database producers already have substantial market power in niche market segments and the market power will be enhanced by statutory database protection to the detriment of users. The concern is based on prospective negative effects distorting the market mechanism, and is thus a possible reduction in social economic welfare. Secondly, statutory database protection necessarily restricts the dissemination of protected subject matter, and possibly the users' access to the information contained in protected databases. In particular, the scientific and educational communities could be affected in that respect. The concern relates to the possibly negative effects on technological development. A legal regime which impedes technological progress in the long run has a negative effect on economic development recognizing the importance of technology in economic growth. These concerns are particularly pronounced in developing countries on the mere fact that technological and economic development is a major national policy issue in such countries.

An economic efficient protective regime for databases as well as for other information goods depend on the economic conditions of the relevant markets. According to economic analysis of intellectual property protection, the optimal legal institution depends on supply and demand conditions, market structures and other economic features in a particular country. It is unlikely that markets in different countries share the same economic characteristics in respect of for instance supply and demand elasticities. And that pertains, in particular, to developing countries on one hand and

industrialized countries on the other hand. Thus, differences in economic conditions call for different intellectual property regimes in order to be optimal at the national level; and there is a strong presumption that an intellectual property regime which is optimal in an industrialized country, is not optimal in a developing country.

Inherently unique databases, such as, *e.g.*, compiled observations of time-dependent or one-time natural phenomena, merit special considerations because legal protection of such databases involves the largest risk of monopolization of information.

Intellectual property protection involves social costs and social benefits. The main economic benefit of intellectual property protection is the provision of economic incentives—that is the stimulation of innovative (and perhaps also laborious) activities. This aspect of the economic function of intellectual property right should apply to developing countries as well as to industrialized countries. However it is argued that structural conditions in developing countries affect the incentive function.

As regards traditional analog databases, there is no obvious reason to believe that the incentive effect of intellectual property protection is reduced in developing countries due to structural conditions. That means that incentives for the creation of new databases within developing countries are provided by granting intellectual property protection of databases. As regards complex digitized database services provided *via* the Internet a similar incentive effect requires, firstly, that potential database producers have a certain amount of available information technological facilities (*e.g.*, computer systems and software) and, secondly, that the national database market is characterized by a high degree of computer and network penetration. Both points emphasise the importance of a wide-spread and effective information technology infrastructure. In general, these conditions are not satisfied in developing countries, and that implies that the incentive effect of intellectual protection of databases in developing countries is reduced due to structural conditions. The lack of an efficient and wide-spread information technology infrastructure, in the main, means that intellectual property protection of unoriginal databases provides economic incentives only for the creation of traditional analog databases.

The social costs and benefits of intellectual property protection from the point of view of developing countries are difficult to quantify, and it cannot be concluded firmly that intellectual property protection of unoriginal databases is detrimental in an economic sense to developing countries and countries in transition. However, it appears that prospective economic benefits of uniform (high) intellectual property standards are comparatively lower in developing countries than in industrialized countries.

If international standards for the protection of unoriginal databases shall be instituted, it is expedient to consider prospective measures to be taken in order to reduce

the social cost of such protection in developing countries and countries in transition. Intellectual property protection of unoriginal databases may be implemented in various ways; either by way of a *sui generis* right, a neighbouring right, or a norm of unfair competition (in common law countries a doctrine of misappropriation). In the study, a *sui generis* right signifies a right similar to the *sui generis* right of Article 7 of the EC Database Directive. By a “neighbouring right,” the protection of databases means a right that protects the compilation as such, and the scope of protection of such a neighbouring right does not extend beyond the compilation’s selection or arrangement. In addition a neighbouring right is contingent on conditions of protection which easily can be satisfied. Contrary to a *sui generis* right and a neighbouring right, unfair competition law does not confer an exclusive right on the database producer. On one hand, unfair competition law is a more flexible approach, but on the other hand it is also a more uncertain form of protection compared to the alternatives. Generally speaking, the strongest protection is provided by a *sui generis* right, and the weakest protection is provided by unfair competition law.

Given the uncertainty of the beneficial effects of intellectual property protection of unoriginal databases, one should probably not opt for the strongest form of protection – that is not opt for the *sui generis* right. Furthermore, by not choosing a *sui generis* regime, the risk of creating information monopolies is reduced. Arguably, a better balanced result could be obtained by a neighbouring right or by unfair competition law. A neighbouring right is a formal right that applies to all creations which satisfy the conditions of protection, and, in principle, the scope and the content of protection is not related to the characteristics of the specific creation and the pertinent market conditions. Under unfair competition law, protection is granted in due consideration of the circumstances of the specific case and thus the actual market conditions including the commercial interest of the database producer are decisive. The case-by-case determination of protection (under a unfair competition law framework) is more suitable to tailor a protective regime in accordance with economic reasoning, compared to a formal exclusive right. However, protection under unfair competition law leaves a large margin of discretion to the courts. Hence, unfair competition law creates uncertainty as to the actual protection, and uncertainty may reduce the practical value of the protection from the point of view of database producers, and consequently reduce the incentive effects of protection.

In the main, the economic impact of enhanced intellectual property protection also pertains to countries in transition, and as such the general concerns of developing countries regarding strong uniform intellectual property standards may have some merit in countries in transition as well. The prospects of transforming into a system with elaborated strong intellectual property right and deriving national economic benefits from that system seem better for countries in transition due to the fact that the countries in transition have relatively developed educational and scientific structures. Compared to developing countries these basic structures minimize the risk

that countries in transition will be locked in at a low technological (and economic) level. Therefore, the doubts as to the beneficial effects of protection of unoriginal databases may not be as outspoken in countries in transition as in developing countries.

Database producers may establish *de facto* protection of their creations by way of technical measures. Technical measures refer to, for instance, copy control flags, water marking techniques, and digital identification codes embedded in the content of a database. By such measures, which can be applied to digital databases, not to analog databases, the database producer may be able to control the use of his database. The economic function of technical (protective) measures is equivalent to intellectual property protection in the sense that the purpose of such measures is to exclude persons from the use of a database. Thus, the development of such measures may gradually substitute intellectual property protection, however, only in the market for digital databases. In the near future, there is no reason to expect that the market for analog databases will disappear, and hence intellectual protection will still play an important role in this respect.

Study

I. The Economic *Rationale* of Intellectual Property Protection

According to mainstream economic theory the economic rationale of intellectual property protection is to provide economic incentives for the production of inventions, literary and artistic works, etc. In a world with no intellectual property protection, it is assumed that the creators of intangible goods to a large extent are precluded from obtaining sufficient proceeds from exploiting the goods on the market to cover the costs of creating the goods. The problem of negligible proceeds from the created goods is anticipated by the potential creators who consequently abstain from creating new goods. The lack of economic incentives are due to the fact that often the costs of creating new intangible goods are large whereas the exploitation of the goods by others, *e.g.*, by copying or imitation, normally involves insignificant costs in comparison.

Nevertheless, in a world with no intellectual property protection, undoubtedly, incentives, including economic incentives, for the creation of new inventions and new works would exist. The economic analysis of intellectual property protection presupposes that in such a world the economic incentives are insufficient and, accordingly, under investment in the creation of new inventions and works will result compared to the social optimum.

The incentive creating effect of intellectual property protection has been extensively

debated in the economic literature. Most scholars agree that such an effect exist but disagreement is significant as regards the size of that effect.

Protectable subject matter of intellectual property law, inventions as well as literary and artistic works, is comprised of information. Contrary to other kinds of valuable goods, information goods have an important feature since an information good is not a scarce resource once it has been created. By using the economic term it is said that there is non-rivalry in the consumption of an information good. This implies that one person's use of such a good does not restrict the prospects of others to use the same good. According to traditional economic theory no one ought to be excluded from using goods which are not scarce goods; and, consequently, such goods ought to be freely available to everyone. The marginal cost of existing information goods are in the main zero, and from the point of view of the society at large, the price of a good ought to equal the marginal cost. However, if this notion stemming from traditional economic theory is adopted, the result would be inadequate economic incentives for the creation of new inventions, works, etc.

Intellectual property protection provide economic incentives for the creation of new information goods by conferring exclusive rights on the creator. The exclusive rights of intellectual property law has social costs because the exclusive rights enable the right owner to apply monopoly pricing. Under monopoly, pricing the price is higher than the competitive price and the output (that is the supply of already created goods) is smaller. Pursuant to traditional economic reasoning, monopoly pricing has two effects. Firstly, it transfers economic surplus from the consumers to the producer which is the economic *raison d'être* of intellectual property protection since the transfer of surplus is the means of providing economic incentives for the creation of new goods. The transfer of surplus as such has no effect on economic welfare. Secondly, the relatively high monopoly price is inextricably bound up with reduced output because the price is inversely related to demand, and the demand determines the output. The reduced output resulting from monopoly pricing creates a so-called deadweight loss which is a loss of social welfare.

The pivotal policy issue in analyzing the economic function of intellectual property protection is to establish a balance that ensures users the widest possible access to non-scarce goods (that is to reduce the social cost of granting exclusive rights) and at the same time maintain economic incentives to the creation of new goods by legal arrangements like intellectual property law which permits exclusivity in the consumption of the goods. In other words, from an economic point of view, intellectual property institutions must include, on one side, the social costs of producing new knowledge, and on the other side utilization of the existing stock of knowledge.

Intellectual property institutions have developed in the Western countries in response to technological changes, and in this respect intellectual property institutions have

shown a great adaptive capacity. Economic analysis governed by the principle of economic efficiency suggests great differentiation in the degree and character of intellectual property protection provided, based on the specific character of the protected subject matter, differences in technology and market circumstances. However, such diversity in intellectual property protection has not materialized. To a certain extent, the evolution of intellectual property law may be said to be determined by its particular history, but probably no less important in this respect is differences between legal and economic methods. Law is based on principles, and all legal conflicts have to be solved in consideration of the overriding concern of legal certainty in order to ensure that equal cases are treated alike and the foreseeability of law; this is rarely if ever taken into account in economic analysis. As put by one commentator:

*"Unfortunately, the economist's conventional approach of evaluating specific institutional arrangements and policies in isolation does not naturally accommodate consideration of these sorts of systematic concerns, with which traditional legal scholars so often are occupied."*¹⁾

These considerations point to one cautionary note: that the optimal economic solution may not be the optimal policy recommendation.

II. The Accuracy of Economic Analysis

Economic analysis of legal phenomena can be used to identify the crucial factors or elements in the law—elements which at the same time have implications on social welfare. Economic reasoning is one approach to formulate legal politics, but, normally, rationales other than the efficiency criterion of welfare economics (*e.g.*, distributive justice) shall be respected.

Specifically, economic theory can be used to provide arguments which can qualify decisions concerning legal phenomena and, in this way, guide the decision-making towards higher economic welfare. Furthermore, economic analysis can systematize and enlighten complex issues and reveal contradictions.

Theoretical economic considerations and analysis can only explain and identify costs and benefits of, *e.g.*, a particular rule or a legal institution and thus help the policy makers along the way with their work. However, more specific results aiming at precise formulations of law, where the costs and benefits are quantified and weighed, require comprehensive empirical analysis.

¹⁾ David (1993), pp. 43.

In the present context the economic impact of a certain form of database protection is assessed on the basis of the aggregated consequences on a nation-wide scale. The economic consequences of a particular legal institution are different in various industries in an economy, and, in addition, the economic impact of the said legal institution differs from one country to another. Hence, when in the following economic reasoning is applied and economic considerations are elaborated in relation to various forms of legal institutions, the results are found on a general level.

These reservations imply that the economic analysis can not provide final answers to the specific formulation of legal regulation. The primary aim of this study is to find and qualify the relevant arguments. Applying the arguments in recommendations ought to be based on either empirical analysis or policy values.

III. The Costs and Benefits of Database Protection

Like other forms of intellectual property protection, the economic function of legal protection of databases is to stimulate the creation of new useful databases which presumptively would not have been created without legal measures that ensure an adequate return on investments in database production.

The main concerns about possible negative effects (the social costs) of extensive database protection fall into two broad categories. Firstly, it is asserted that database producers already have substantial market power in niche market segments and the market power will be enhanced by statutory database protection to the detriment of users. The concern is based on prospective negative effects distorting the market mechanism, and is thus a possible reduction in social economic welfare. Secondly, statutory database protection necessarily restricts the dissemination of protected subject matter, and possibly the users' access to the information contained in protected databases. In particular, the scientific and educational communities could be affected in that respect. The concern relates to the possibly negative effects on technological development. A legal regime which impedes technological progress in the long run has a negative effect on economic development recognizing the importance of technology in economic growth. These concerns are particular pronounced in developing countries on the mere fact that technological and economic development is a major national policy issue in such countries.

The proper scope of database protection includes various dimensions. An important dimension is comprised by the notion of which types of acts that should be subject to the pertinent right. For instance, ought the legal regime to be established as protection against parasitic competitors in a strict sense meaning commercial entities supplying identical or similar database products and services on the market, or ought protection to extend to a wide variety of uses of protected databases including non-

competing and private use?

1. The Economic Characteristics of Database Production

An economic efficient protective regime for databases as well as for other information goods depend on the economic conditions of the relevant markets. It appears that database production involves economies of scale. According to a study by the National Research Council of the United States of America (USA), the existing market for scientific and technical databases is characterized by natural monopolies and by a distinct lack of competition. The conclusion is based on the premises that the costs of entry (startup and servicing costs) are high and the niche market segments in which commercial exploitation becomes possible is low, and as a consequence sole source providers are the norm. The industry thus appears to be largely characterized by niche marketers who supply and dominate specific market segment.² This characteristic probably also applies to other kinds of databases than scientific and technical databases.

Numerous databases in the field of natural science are in fact compilations of observations of natural phenomena, *e.g.*, meteorological phenomena, sun spot cycles or earthquakes. The compiled observations are time-dependent or one-time natural phenomena and as such inherently unique. Consequently, such a database is impossible to recreate, and second comers on the market may find it impossible to independently create a competing database product or simply a database which can compete effectively without using the existing ones. Similarly (but maybe to a lesser extent) the problem of inherently unique databases applies to compilations of various economic data such as stock and price quotations. Inherently unique databases merit special considerations because legal protection of such databases involves the largest risk of monopolization of information.

2. Types of Databases

An economic assessment of the impact of database protection calls for the identification of the kinds of databases deserving protection and for which type of protection is appropriate for each type of database.

Various types of databases can be ascertained. In the legal literature, normally, databases are distinguished according to whether the database as such is original in the copyright sense and whether the content of the database is original. Evaluating the

²⁾ Bits of Power, Chapter 4 and 5. See also *Reichman & Samuelson* (1997), pp. 70, 116.

economic consequences of database protection on the basis of the legal taxonomy is not expedient.

Certain kinds of databases are crucial to the working of society. For instance, a collection of the legislation of a society available for the members of the society is an important element in ensuring the rule of law. A comprehensive and updated collection of stock and currency quotations is a prerequisite for the functioning of efficient financial markets. These databases and others provide the *information infrastructure* of the society, and special considerations apply to the availability of the information comprised. As a matter of public policy the essential function of information infrastructure databases merits specific legal regulation ensuring reasonable access to the information in question. According to economic reasoning the need for intellectual property protection is particularly pronounced in relation to *commercial databases*. Commercial databases are produced by commercial enterprises and typically require a substantial amount of investment in respect of time and economic resources. Typically, these databases contain technical or economic information and are produced in order to meet the demand of the market and to yield an interest on the investments of the database producer.

The separation of information infrastructure databases and commercial databases implicitly assumes that information infrastructure databases are provided by public bodies as a form of public goods, contrary to commercial databases. This is not necessarily so. For example, as regards databases containing court decisions, the content of the databases is produced by public bodies (the courts), but often the resulting databases (law reports) are compiled, arranged and disseminated by private firms. In the context of intellectual property protection databases provided by public bodies are of minor importance because incentives for the creation and maintenance of such databases can easily and perhaps more efficiently be created in other ways than by establishing intellectual property rights (IPR). The term 'information infrastructure database' does not imply that the database is provided by a public body but is merely used to signify an aspect of a commercial database. The information infrastructure feature may be more distinct in some commercial databases than in others.

The issues on whether information infrastructure databases ought to be provided by public or private bodies, and to what extent government databases ought to be privatized is falling outside the scope of this study. However the design of database protection may influence the process of privatization of government databases (see below under V.E.).

The economic impact of database protection depends on the purpose of use of the database and on the description of the information contained in the database. Databases as well as most other intangible goods protected by intellectual property rights show a large variety in respect of the description of the protectable subject matter

and the intended purpose of use. A database containing information on restaurants in a limited urban area presumably enhances the welfare of the consumers because the costs of the consumers of choosing the right restaurant is reduced. If the database provider charges consumers for using the database or denies access to the database the consumers' welfare is reduced correspondingly. Apart from the resulting deadweight loss, no further economic effect can be ascertained. As regards other kinds of databases further economic consequences may result. Thus, restricted or denied access to the content of a comprehensive database of gene sequences or protein sequence information may stifle the development in the biotechnological industry. It does not necessarily imply that such a database ought not to be protected or that protection should be subject to special limitations, but it suggests that the appropriate level of protection and in particular the appropriate scope of protection should be thoroughly considered because small changes in the scope of protection may have large consequences in respect of industry structure and future technological development. As the main rule protection of databases intended for commercial use have the potential for a significant larger economic impact on the society than databases intended for private use.

a) Research Databases

In assessing whether database protection restricts technological and scientific development research databases merits special consideration. By "research database," it is simply meant a database comprising the results of research activities. In particular within natural science research databases play a crucial role. Numerous essential research databases within natural science exist, *e.g.*, the Evaluated Nuclear Structure Data File (ENSDF) which contains sets of data on nuclear structure and radioactive decay data for isotopes. The data of ENSDF are obtained by a variety of experiments and are often spanning decades of measurements. The evaluations are carried out by an international network of individuals and coordinated under the auspices of the International Atomic Energy Agency.³

Research databases is often of great value to private enterprises. Obviously, private firms benefit from research databases in their own research activities; this is no different than public financed research. But certain research databases may also be valuable in connection to decisions related to the production function of a firm. For example, production firms in many industries in their choice of primary produces and semi-products may consult research databases that provide product identification and safety information for chemical substances with a view to optimize the organization of the production and the final product. According to the International

³⁾ See Bits of Power, Appendix C.

Council of Scientific Unions most data involved in the fields of physics, chemistry, and material science are numerical values of some property of a specified substance, material, or system of interacting substances. The data are generated in local research environment and disseminated through research papers in scientific journals and government reports. Since the beginning of the twentieth century the data from the primary literature has been compiled and republished in handbook format. This practice appears to be crucial for the progress of science and technology. A large number of such handbooks and compilations has been created to the benefit of the research community and affected industries. Continuously, the need for new handbooks and compilations aimed at a specific application arises, and, hitherto, it has been accepted that producers of new compilations can take data from existing compilations arrange the data in a form appropriate for the new application and publish the new compilation without infringing existing rights, and thus create a value-added product. Normally, this practice does not infringe prospective copyright in existing compilations, but if it is prevented by intellectual property protection (*e.g.*, a *sui generis* right), it will arguably be to the detriment of the society at large.

Restricted access to research databases may not only distort competition but also stifle technological and scientific development. Research projects in natural science often are organized in international networks including public as well as private research organizations and the scientific results are collected in a common database. Inherent values of the research community suggests free access to the resulting databases to the mutual benefits of the parties involved and to the society at large.⁴ However, divergent interests between public and private research organizations exist. The results of public financed research may on grounds of public policy explicitly be placed in the public domain. Private research companies demand an interest on investments in research activities that may be incompatible with free access to research results. The divergent interests between public and private research organizations have materialized in relation to the human genome project. Thus, the International Human Genome Sequencing Consortium and the private company Celera are split on the issue of whether Celera should be entitled to exercise intellectual property protection for the results of its sequencing efforts. At present, Celera claims and exercise proprietary rights in its contribution to the Human Genome Database.⁵

⁴ Cf. the Policy Statements of the International Council of Scientific Unions, (http://www.codata.org/data_access/index.html)

⁵ However free, limited access is provided to qualified academic users, see *Bovenberg* (2001), pp. 361, and <http://www.celera.com/genomics/academic/pubsite/terms.cfm>.

3. Observational Data

Extending database protection obviously enhances the potential for confining access to research results contained in databases which may be a significant issue in relation to private research organizations.

Various fields of research within natural science based on observational data have distinct international aspects because the sciences require the generation of globally compatible, accessible, and usable data sets related to, *e.g.*, terrestrial ecosystems, the physical environment, and human activities. Sciences such as food production, bio-diversity, the prevention and cure of communicable diseases, global climate change, and Earth system processes is thus strongly dependent on international collaboration of research communities in respect of collecting observational data. Restricted access or inequality among nations in access to the databases containing the pertinent research data may be damaging to the field of research as such. Developing countries play a crucial role in many of these sciences, for instance, in bio-diversity and Earth system processes research communities in industrialized countries rely heavily on observational data from developing countries. Open availability of existing data is a prerequisite for the establishment of institutional arrangements in developing countries with a view to collect future data within each field of research. Legal or technical constraints on the availability in developing countries of existing data, thus not only hamper the progress of science in developing countries but also indirectly damage research in industrialized countries.

Various research databases within natural science, including databases comprising observed values of natural phenomena, fulfil essential objectives of public policy. For instance, collections of meteorological data are serving the general public by making possible severe weather and flood warnings. Such government administered functions require very comprehensive collections of data. Weather forecasts for more than a day at a time require the rapid and repeated acquisition, processing and interpretation of very large amounts of synoptic observations on at least a continental scale. The necessary data include data on the atmospheric circulation which control weather over the entire Earth with significant variations on time scale ranging from hours to decade or longer, and spatial scales ranging from less than 1 km to thousands of kilometers.⁶

The long run study of weather phenomena (climate studies) requires to a large extent the same data as need for weather forecasts in addition to data on the oceans, land surface, and cryosphere of the entire Earth.

⁶ Bits of Power, Chapter 3.

It is debatable to what extent such comprehensive databases of observational data have commercial utility and market value. Undoubtedly, the contents of these databases are essential inputs to many highly valued commercial products. However, it may be argued that the raw data as such has no significant market value until the relevant data has been refined and accommodated to the industrial needs.

4. Raw Data and Refined Data

Extremely huge amounts of observational data on meteorological activity are collected. Existing Earth observation and weather systems have the potential for collecting terabytes per day where one terabyte is 10^{12} bytes, or 1,000 gigabytes. It is roughly the equivalent of 40,000 4-drawers files holding 500 million pages of paper documents.⁷ Raw observational data is of paramount importance in research activities, but it is doubtful whether the raw data has any significant practical application in the industries. Obviously, precise and comprehensive weather forecasts and other predictions of meteorological phenomena is of great value to many industrial sectors, *e.g.*, agriculture, forestry, air traffic and shipping. However, it is not the raw data that is needed but the processed and refined data accommodated to the needs of the particular industry. Typically, the processed and refined data is not provided by the research institutions collecting the raw data since usually the activities of research institutions in accordance with the institutions' vision statements are not aimed directly at practical application and commercial value. While it can be assumed that public research institutions have an advantage in technology and basic science, the commercial firms have an advantage in packaging the information for maximum public utility. Hence, on economic grounds it could be argued that the market is the most efficient mechanism to govern the creation of processed and refined data products with commercial value, and that implies that these products ought to be produced by private companies with an objective of profit maximization.

The traditional economic arguments for and against intellectual property protection which are described above only applies to information goods created on market conditions and not to information goods created by way of public financing. Raw research data can in the main be assumed to be provided by public means, and whether the law provides sufficient economic incentives for the creation of new data is not essential. However, the economic considerations of intellectual property protection bear large relevance to new value-added products produced of raw research data reformatted, enhanced and marketed by private companies. If new value-added products are a result of the market process, and if the market process works efficiently, it ensures optimal production volume and product variety by meeting the market demand.

⁷) Bits of Power, Chapter 2.

5. Commercial Databases

A large variety of commercial databases exists. Many commercial databases used commercially reduce the firms' production costs. E.g. industry handbooks including registers of manufacturers of particular components facilitates the search for the first-best subcontractor.

Various extremely huge databases with financial data are supplied on the market (e.g., Dow Jones, Reuters, Bloomberg and Bridge). The efficient functioning of the financial sector relies among other things on detailed and precise information on stock quotations, etc. Concurrently with the internationalization of financial markets, the demands for financial information transcend national borders. Financial database owners operate in a global marketplace where quality and accuracy of the data is essential to the economy and society as a whole. In addition, the value of financial databases in certain applications is highly time-sensitive. For example, arbitrage, which is a prerequisite for efficient financial markets, is accomplished by financial institutions and it requires up-to-the-second financial information.

6. Government Databases

By government databases is meant databases owned by the government, often, but not always are these databases infrastructure databases. Extensive database protection creates incentives for the transfer of control of many government databases to private parties. Privatization of public information is not necessarily inefficient but may counteract public policy. In most jurisdictions government information is subject to limited copyright protection, and since the originality requirement of copyright often is not satisfied as regards comprehensive information databases, there are reduced incentives for private companies to distribute and archive government information in accessible manner. However, adopting a protective regime for unoriginal databases creates such incentives. Government agencies act under budgetary constraints, and from the point of view of the agencies it may be economic expedient to divest themselves of the responsibility to disseminate, maintain and archive the public information provided the agencies obtain a right to use the now privatized information.⁸ Government agencies collect, compile, etc., information for internal as well as for public use. Privatization of the information restricts the public use of the information, and a danger exists that previous users of the data are priced out of the market. This reasoning suggests that protection of unoriginal databases results in reduced spending of government agencies in compiling and archiving information.

⁸⁾ See Bits of Power, Chapter 4 and 5, and *Reichman & Samuelson* (1997), pp. 112.

VI. The Digital Challenge

The development of digital technology, among other things, has resulted in steadily decreasing cost of computing and communication and has greatly enhanced the capabilities for collecting and processing various forms of data. The cost of technology continues to decline even as the capabilities improve. The cost of reproducing, distributing, and searching material over a network are tending to zero, and accordingly, one can anticipate further expansion in what may be coined integrated information networks.

The digital technology has affected the character of database products in other ways. Databases in digitized form are more amorphous compared to the functional rigidities of traditional print media databases since database users from a huge collection of data can extract and arrange data in ways meaningful to them. In other words users can make their own tailor-made extractions from a comprehensive database as a whole. The change in the character of databases in this respect has two effect. Firstly, it blurs the distinction between collection and application functions which in the end blurs the distinction between the use of a database and the production of a new database. Secondly, it increases the potential for creating new value-added database products. This potential is further emphasized by the fact that digital technologies foster new database functions, such as reformatting, filtering and linking, which have no counterparts in print media. Compared to the market for traditional print media databases, the market for digital database products and services has the potential for becoming more lucrative and competitive as regards value-added products.⁹

The development of digital technology and in particular the expansion of the Internet makes data and research results potentially available at very low cost all over the world provided the existence of a fundamental telecommunication infrastructure.

Computer and network penetration in developing countries is low compared to industrialized countries. According to data from the World Bank Group,¹⁰ in 1999 there were only 0.42 Internet host and 16.6 personal computers per 1,000 inhabitants in developing countries compared to 60.3 Internet hosts and 345.7 personal computers per 1,000 inhabitants in high income countries.¹¹ The world average per 1,000 inhabitants was 9.4 Internet hosts and 68.3 personal computers. A large difference

⁹ Cf. Reichman & Samuelson (1997), pp. 64 f, 124 f.

¹⁰ [Http://devdata.worldbank.org](http://devdata.worldbank.org).

¹¹ A table on international Internet connectivity can be found on www.peterlink.ru/info/bookmarks/help/table.html. Apparently, the table was compiled in 1996-97.

also exists in the basic telecommunication infrastructure; thus, in 1996 there were only 52 telephone lines per 1,000 inhabitants in developing countries compared to 540 in developed countries.¹²

The relatively low cost of modern computers and software may result in developing countries leapfrogging multiple generations of equipment and software approaches. However, it requires that initial investments are made in the telecommunication infrastructure as well as in dissemination of computers and effective digital networks. However, structural features in developing countries prevent fast improvements of information technological foundations. An illustration is provided by the fact that the cost of telephone services bears an inverse relationship to the *per capita* income of a country. International calls originating in developing countries frequently cost many times as much as international calls originating in industrialized countries.

The rapid development in information technology enables easy and widespread copying of information goods. However, the new technology is not only a threat to owners of intellectual property but also an opportunity because new information technology provides the basis for creating technological measures to the protection of intellectual property such as copy control flags (for instance the Serial Copy Management System), encryption, authentication and watermarking.

Technological measures can be applied by providers of online database services to restrict access to database contents. Compared to traditional information distribution systems, presumably, such technological measures enhance the information provider's ability to control the information and thereby charging information users. Digital identification codes may be embedded in the content of a database enabling online database providers to track and charge for every instance of electronic access. If technological measures are sufficiently effective, database producers may not need copyright law at all, even if the databases in question qualify for protection.¹³ As traditional information distribution systems are replaced by integrated information networks, it may imply that important information will no longer be readily available to those who need it, but who lack the ability to pay for it. In this way technical measures may create an additional risk of monopolization of information.

The global growth of the Internet has rendered some intermediary commercial entities superfluous since the delivery of products and services easily can take place

¹²⁾ Cf. Braga, Fink & Sepulveda (2000), pp. 16 note 14.

¹³⁾ Cf. Reichman & Samuelson (1997), pp. 70 f.

directly from the supplier to the user. As a consequence it has been increasingly difficult for the database supplier to control the services and products on the market and prevent unauthorized use hereof.

In this regard the expansion of the Internet suggests that limiting database protection to regulate the behavior between competitors only, and not to include behavior between suppliers and users is inadequate. This notion provides an argument for not relying on unfair competition law as the most appropriate form of database protection.

VII. Database Protection

(a) The Danger of Monopolization of Information

It is a fundamental principle in copyright law that copyright protects the expression of the work and that the protection is not extended to the underlying ideas, methods, information, etc. The principle is normally referred to as the idea/expression-dichotomy. However, a clear cut distinction between idea and expression is always difficult to establish no matter which type of work is under consideration. In the database context the distinction between idea and expression is even more blurred as new technologies permit more intelligent computer-based analysis of text.¹⁴ The crux of the problem is illustrated by the United States of America (USA) case *West Publishing v. Mead Data Central*¹⁵ where the court found that the page numbers and page breaks of West's case reports was copyrightable expression. Mead Data offered in its online Lexis service cross-cites to the interior of opinions appearing in West case reports. Obviously, West had no copyright in the opinions as such, but presumably West had copyright to the compilation of the opinions due to the creative effort of the arrangement. However, Mead Data did not copy an entire volume's arrangement or a substantial part hereof. Nevertheless, West obtained a preliminary injunction against Mead Data. As a consequence, presumably one can use Lexis to find the citation but must still look at West's publication to obtain the citable page number for a quotation.¹⁶

The danger of monopolization of information is large under a legal regime which protects the contents of a database provided that the protected database is the sole source of the information. However, often this is not the case, alternative sources

¹⁴ Cf. Barton (1993), pp. 269.

¹⁵ 799 F.2d 1219 (8th Cir. 1986).

¹⁶ Cf. Barton (1993), pp. 269.

of the information exist, and many databases contain citations to the underlying source from which they were developed. A *sui generis* right (similar to the one contained in Article 7 of the EC Database Directive) permits a potential competitor to use the citations of a protected database and go directly to the sources identified in the existing database avoiding blind alley and false starts in tracking down the relevant sources.

A public policy objective according to which third parties ought to remain free to compile an unoriginal database exactly like one already in commerce may be at odds with the economic characteristics of database production and give rise to the danger of *de facto* monopolization of information contained in databases. In a comment on the *sui generis* right of the EC Database Directive *Reichman & Samuelson* claim:

*"[The freedom to compile a database exactly like one already in commerce] ignores the economic realities of the database industry. Startup costs are relatively high, the prospects for market-sharing have seldom been realized, much valuable data is unavailable from public sources, and the existence of one complex database seems empirically to constitute a de facto barrier to entry that is seldom overcome."*¹⁷

Prospective intellectual property protection of unoriginal databases may, if not drafted carefully, create mini-monopolies over information which in the long run has the potential of diminishing research and development capabilities at scientific and educational institutions.¹⁸ Arguably, developing countries are particularly vulnerable to this effect.¹⁹

(b) Original Databases

Copyright protection of original databases is firmly grounded in Article 2(5) of the Berne Convention; and furthermore databases are eligible for protection according to Article 5 of the WIPO Copyright Treaty and Article 10(2) of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

Common to most types of databases is that they are most valuable if comprehensive in their field of application, reliable, up-to-date, and logically organized. A database with these properties requires significant and continuing investments of labor and

¹⁷⁾ *Reichman & Samuelson* (1997), pp. 94.

¹⁸⁾ *Cf. Reichman & Samuelson* (1997), pp. 95.

¹⁹⁾ *Cf. Maskus* (2000) pp. 228, 238.

other resources. However, the need of protection is at odds with fundamental copyright principles. Comprehensive databases tending to exhaust their respective field of application most likely will not satisfy the conditions for protection under copyright law - that is they will not be considered as original in the copyright sense. As regards anthologies, etc., the originality requirement is stated in Article 2(5) of the Berne Convention: "Collections of literary or artistic works... which, by reason of their selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such." The content of a comprehensive factual database is to a certain extent predetermined and thus cannot reflect the creativity of the author which is an integrated part of the originality requirement, at least in the civil law systems. A somewhat similar requirement has been applied in USA copyright law following the Supreme Court's decision in the *Feist* case.²⁰ A comprehensive, logically organized collection like, e.g., the financial markets quote and trade information thus risk to fall short of the originality standard.

The creator of the most idiosyncratic and selective database can rely on copyright protection of his creation, contrary to the creator who diligently has compiled a very comprehensive database within a certain field of application. The fundamental copyright principles do not take into account that the latter database creator has a larger need of protection than the former at least in a commercial context. Accordingly, copyright rewards and protects artistic creativity and not practical or scientific utility and for that matter commercial value. Protectable subject matter under copyright law arguably promotes cultural development, but with a view to databases *prima facie* copyright law is not designed to promote technological and economic progress.

(c) Unoriginal Databases

Non-exclusivity in the consumption of information goods suggests that incentives must be created to encourage the production of comprehensive factual databases. Economic incentives can be provided by a legal regime designed to reward the mere accumulation of facts, statistics, bibliographical information, names and addresses and the like.

Intellectual property protection of unoriginal databases may be implemented in various ways; either by way of a *sui generis* right, a neighboring right, or a norm of unfair competition (in common law countries a doctrine of misappropriation).

²⁰⁾ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

(i) *Sui Generis* Right

By definition, a *sui generis* right has no predetermined content. In the following paragraphs a *sui generis* right applicable to unoriginal databases signifies an exclusive right to the extraction and/or re-utilization of the contents of a database similar to the *sui generis* right of Article 7 of the EC Database Directive (96/9/EC) and of Article 3(1) of the Basic Proposal for the WIPO Treaty on Intellectual Property in Respect of Databases. Under such a *sui generis* regime a third party can rarely avoid the expense of regenerating pre-existing data but regeneration of data may be precluded *de jure* if the data are not legally available from public sources, or *de facto* if the cost of independent regeneration is prohibitively high in relation to the gains expected from the resulting compilation.

On one hand, a *sui generis* right protecting the content of a database is likely to stifle the creation of value-added products and services to a larger extent compared to intellectual property protection under a neighboring right regime or under unfair competition law. In this respect the *sui generis* right resembles a patent right. To the extent that database markets are natural monopolies a *sui generis* right protecting the content of a database may engraft at legal monopoly onto the preexisting monopoly. On the other hand, a *sui generis* right is the most extensive form of intellectual property protection of databases and, accordingly, the most valuable one for the database producer.

(ii) Neighboring Right

By a “neighboring right,” the protection of databases means a right that protects the compilation as such, and in addition a right contingent on conditions of protection which easily can be satisfied. Compared to copyright protection, a neighboring right implies a low originality threshold with no requirement of creativity. The scope of protection of such a neighboring right does not extend beyond the compilations selection or arrangement. From the database producers point of view the primary value of a neighboring right lies in a prohibition against literal copying. A competing database producer may, in principle, rearrange the content of a protected database and put the rearranged database product on the market without infringing the neighboring right.²¹

²¹⁾ The *sui generis* right of Article 7 of the European Parliament and Council directive 96/9/EC of March 11, 1996, is said to be inspired by the so-called catalogue rules in the Nordic copyright acts. However, the catalogue rule was originally a neighboring right with the characteristics as described above. The catalogue rule is now amended in conformity with the *sui generis* right of the Database Directive.

A neighboring right as well as a *sui generis* right grants an exclusive right which may be transferred, assigned or granted under contractual license.

(iii) Unfair Competition Law

Protecting databases under a norm of unfair competition resembles a doctrine of misappropriation. Even though protection of unoriginal databases is granted under unfair competition law in many countries, large differences may exist as to the scope of protection. The differences are emphasized by the fact that unfair competition law largely is based on case law and as such the database provider is exposed to a larger degree of uncertainty as to the actual protection.

Provided that it is found optimal or desirable that database protection regulates behavior between suppliers and users in addition to behavior between competitors, it can be argued that unfair competition law is not an appropriate legal regime because unfair competition law exclusively deals with competitor relationships. However, in that case the database producer can establish supplementary protection by entering into contractual licenses under a contract law framework.

Seeking protection of unoriginal databases under contract law may provide reasonable protection in so far as the database producer can control copies of the database put on the market. Distributing databases on the Internet potentially reduces the database producer's control of copies; however this disadvantage for the database producer may be counterbalanced by technical measures (*e.g.*, copy control devices) which provide an important means to maintain control of copies. Depending on the efficacy of the technical protective measures contract law may prove to be an increasingly advantageous legal regime for protection of digital databases.

(d) Delimiting the Scope of Intellectual Property Protection

Governments can delimit the scope of intellectual property protection by regulatory means in order to reduce market concentration emanating from exclusive rights and ensure adequate availability of protected subject matter. Various methods may be employed. Public policy objectives may be incorporated into intellectual property law by way of compulsory licenses. In principle, compulsory licenses can be tailored to ensure particular public interests, however, the national states' use of compulsory licenses is confined by the international legal instruments of intellectual property law.

Alternatively, adverse market effects of intellectual property protection may be reduced by establishing measures of price control such as reference prices or admi-

nistrative price ceilings. Such measures are adopted by many countries to reduce prices in the pharmaceutical industry. Excessive prices and other forms of abusive behavior may also be countered with competition law principles.

Compulsory licenses and price control measures require that the pertinent bodies deciding on license fees and price levels respectively, have access to comprehensive information on market conditions, business practices, etc., in order to reach efficient decisions on the matter. This information is not necessarily available and the bodies cannot rely on the involved parties to supply the information; consequently, regulatory failures may result.

Limiting the scope of intellectual property protection in one way or the other to promote public interests, diminishes the profitability of creators of goods protected by intellectual property law and thus reduces the economic incentives to create new information goods.

VIII. The North-South Problem

The information market place is competitive and global. Valuable information flows easily across national borders; hence, issues of intellectual property protection are essentially international.

(a) Developing Countries and Intellectual Property Protection

Many developing countries have based their economic development policies on imitation and appropriation of intellectual property of firms from industrialized countries. Consequently, those countries have been much less supportive to strong intellectual property protection than industrialized countries. According to the traditional view of the developing countries, the cost/benefit trade-off of strong intellectual property protection is imbalanced in developing countries. Thus, it is said that the incentive effect of strong protection – that is the stimulation of indigenous innovation in developing countries—is negligible since the prerequisite scientific and technological infrastructure is lacking, whereas the developing countries bear the same costs as industrialized countries of strong intellectual property protection by the resulting restrictions on the diffusion of advanced technology.²² Developing countries fear that stronger intellectual property protection increases the costs of obtaining new foreign technology which is necessary to meet their national economic development objectives. The enforcement of high standards of intellectual pro-

²² Cf. Wallerstein, *Mogee & Schoen* (1993), pp. 14, and *Helpman* (1993).

perty protection by industrialized countries is seen as a new modality of technological protectionism which freezes the existing international division of labor and the current comparative advantages in manufacture and commerce of manufactured goods.²³ On the same line, it is argued that tighter intellectual property protection only strengthen the monopoly power of large companies that are based in industrialized countries to the detriment of developing countries.²⁴ It is asserted that the major beneficiaries of better intellectual property protection, at least in the short run, would be transnational corporations.²⁵

Referring to various regional and national surveys on patent activity in African countries *Yusuf* finds that only an insignificant share of the registered patents were exploited through assignment or license in the African countries and, consequently in the main that the patents are not used for production purposes in the African countries. He then concludes that the available evidence indicates that the preponderant majority of patents registered in Africa are used by their owners to secure an import monopoly for their products in the country concerned rather than for local industrial exploitation and production.²⁶

Various commentator, however, have found that this skeptical view is mistaken (at least partly). It is asserted that the new significant technology could be generated from within developing countries.²⁷ Accordingly, (strong) intellectual property protection is necessary to trigger indigenous innovation in developing countries. The core of the disagreement on the effect of (strong) intellectual property protection in developing countries concerns the notion on how technological development is realized in developing countries, and that is whether technological development can occur within developing countries or may be imported from industrialized countries.²⁸

²³⁾ *Cf. Almeida* (1995), pp. 219.

²⁴⁾ *Cf. Almeida* (1995), pp. 221 ff.

²⁵⁾ *Cf. Braga* (1989), pp. 252.

²⁶⁾ *Yusuf* (1995), pp. 272 f. Based on a survey from the 1980s *Seyoum* draws a similar harsh picture of the patent system in Africa: "On the whole, it is hard not to emerge from this analysis with the assessment that as a means of encouraging industrial innovation plus rapid technological transfer into East Africa, the existing patent system has been of little significance.", *Seyoum* (1985), pp. 712.

²⁷⁾ *Cf. Sherwood* (1993), and *Rapp & Rozek* (1990).

²⁸⁾ See *Lai* (1998), pp. 134.

(b) Optimal Intellectual Property Protection at the National Level

The traditional view of the developing countries on a uniform (strong) intellectual property regime is not without merit.²⁹ Considering the economic function of intellectual property protection the elasticity of supply and the elasticity of demand of new intellectual goods are decisive in determining the social optimal intellectual property regime. In this context the elasticity of supply is the technical concept describing to what extent an increase in economic incentives stimulates the creation of new goods. The elasticity of supply is contingent on various economic conditions such as income levels, market structures, rates of technological development and at the most general level social welfare functions and preference orderings. There is no reason to believe that these economic conditions are similar in different countries and particularly not in developing countries on one hand and industrialized countries on the other. The same applies to the elasticity of demand which describes the resulting changes in demand from changes in the price, keeping in mind that stronger intellectual property protection permits higher prices. The intricacies of the economic function of intellectual property protection is illustrated by *Nordhaus* who elaborated a formal economic model for optimal patent protection.³⁰ Adjusting patent life in order to obtain the optimal solution he found among other things that the length of protection for a given product should be inversely related to the elasticity of demand and the social rate of discount. It is unlikely that markets in different countries, *e.g.*, with divergent levels of income and preferences would have similar elasticities and that the social rate of discount would be similar in different countries.³¹ *Prima facie* differences in the economic conditions call for different intellectual property regimes in order to be optimal at the national level.³²

Even within largely similar countries in respect of economic conditions, etc., specific intellectual property laws have evolved in a particular historical-institutional context. Namely related legal institutions (*e.g.*, property law, torts, procedural law) have influenced the costs and benefits of maintaining an appropriate level of intellectual property protection. For example, the lack of a broad principle of unfair competition in common law countries (most notably in the United Kingdom (UK)) has expanded the scope of copyright protection to claims which in civil law jurisdictions would be decided under the law of unfair competition.

²⁹⁾ Cf. *Deardoff* (1992), pp. 36. See also the formal analysis of *Chin & Grossman* (1988).

³⁰⁾ *Nordhaus* (1969).

³¹⁾ Cf. *Frischtak* (1993), p. 97 f.

³²⁾ Cf. *Gerhart* (2000), *Bronckers* (1994), p. 1248 f, and *Evenson et al.* (1990), p. 86.

(c) Extending the Geographical Scope of Protection

It is reasonable to assume that most of the commercially significant inventive and “creative” activities which trigger intellectual property protection take place in industrialized countries. The notion of uniform intellectual property protection may be viewed as extending intellectual property protection in industrialized countries to developing countries provided that the activities which trigger intellectual property protection take place in industrialized countries.

The existing intellectual property regime in industrialized countries arguably has developed in order to satisfy the needs of the industries and the more general social needs *inter alia* in light of the technological development and has thus balanced the social costs and benefits of the system. Apparently, no contemporary authoritative studies conclude that the intellectual property protection of the industrialized countries are either too strong or too weak³³ and hence, presumably, the level of protection in the industrialized countries is adequate. Establishing similar standards of intellectual property protection in developing countries strengthens the protection from the point of view of right owners in industrialized countries because the geographical scope is just one dimension of intellectual property protection; another dimension is, *e.g.*, the term of protection.³⁴ Where the right owner is granted intellectual property protection in his own country (or a group of countries) but not in all countries in the world, the intellectual property regimes pre-supposedly must be designed to provide sufficient economic incentives for the creation of new information goods. When intellectual property protection subsequently is extended to other countries, the right owner, in addition to the monopoly profits from sales in the original countries, is entitled to monopoly profits from sales in the new countries of goods which would have been created anyway. The additional profits distort the balance of the social costs and benefits of the intellectual property system because the harmful effects of monopoly pricing are extended to new countries.³⁵ Simultaneously, additional economic incentives for the creation of new information goods are provided, but there are diminishing returns to this effect. That means that the extra creations that can be stimulated by extending intellectual property protection to new countries, becomes smaller. In other words the costs due to extending monopoly pricing to existing creations comes to outweigh the benefits of generating new ones.³⁶

³³⁾ See however *e.g.* Maskus (2000), pp. 65, claiming that “in important respects the American [intellectual property] regime has become overly protectionist by almost any utilitarian standard.”

³⁴⁾ Cf. Deardorff (1992).

³⁵⁾ Cf. Gerhart (2000), pp. 310, 312.

³⁶⁾ Cf. Deardorff (1992).

In this scenario (which presupposes that commercially significant creations eligible for intellectual property protection in the main originate in the industrialized countries) extending the geographical scope of intellectual property protection can only be substantiated by economic reasoning if the economic incentives in the industrialized countries are deemed to be insufficient.

(d) Technological Capabilities in Developing Countries

This far we have a *prima facie* case that an intellectual property regime which is optimal in an industrialized country is not so in a developing country. The implications of this notion on the optimal intellectual property regime for developing countries depend on the specific economic conditions of the countries in question. The paramount objective for developing countries in this respect is to enhance the pace of technological diffusion in order to increase technological and economic development. It is a prevalent view that an economy that industrializes should be able to move from importation through absorption and adaptation of technology through to the stage of innovation on the path to sustained industrialization.³⁷ In this process intellectual property protection may at various stages promote as well as hinder the development.

Weak intellectual property protection in a developing country is only beneficial to that country if it has the necessary capacity to imitate creations of foreign countries. In certain more advanced fields of high technology the capacity to imitate may be lacking. If the prerequisite technical skills to imitate are not available, a free rider strategy will not succeed. Accordingly, in order to benefit from foreign technology, the technology in question has to be transferred to the developing country concomitant with the pertinent know how. A foreign company will not transfer its valuable proprietary technology to a developing country without reasonable safeguards as to the protection of that technology. Thus, the least developed countries may gain from establishing intellectual property protection in various fields of high technology.

Three points on a scale of domestic technological levels may be identified. On the lowest level a country has no capacity to imitate. Such a country, for instance, does not have the engineers and scientists to reverse engineer and copy complex inventions; but may, however, be engaged in simple counterfeit production. On the next level the country has the capacity to imitate, and at the highest level, additionally, the country has the scientific and technological infrastructure necessary to stimulate indigenous innovation. From a national point of view, countries on the middle level

³⁷⁾ Cf. Deepak Nayyar in Mitchel B. Wallerstein, Mary Ellen Mogue & Roberta A. Schoen (Eds.) (1993), pp. 165.

provide the strongest case for weak or no intellectual property protection. Available evidence on the strength of intellectual property protection in force in various countries supports this notion. The findings of *Maskus* suggest that countries tend to weaken their patent laws as income rise and then strengthen them after a certain point.³⁸

In the study of *Maskus* the technological level was presupposed to be related to the per capita income. A more precise, however, still a rough measure of the technological level of a particular country may be found in the scientists' share of the workforce. In 1986 the industrialized countries USA, UK, France, Federal Republic of Germany and Japan had between 3.09 and 8.80 scientists and engineers per 1.000 workers engaged in research and development. The low-income developing countries Indonesia, Pakistan, Kenya, India and Bangladesh had between 0.02 and 0.2 scientists and engineers per 1.000 workers engaged in research and development; similar figures was found in middle-income developing countries.³⁹ These figures indicate no significant difference between low-income and middle-income developing countries in respect of national technological capabilities.

As regards traditional (analog) databases protected by intellectual property rights this taxonomy bears little relevance because such creations can be imitated and the contents can be appropriated without any technical skills. Therefore, all types of developing countries may benefit from free-riding on foreign databases. However, on the other hand all types of developing countries are also likely to enjoy the dynamic benefit of intellectual property protection.

In respect of complex digitized database services provided via the Internet an incentive effect comparable to the one which applies to traditional, analog databases, require, firstly, that potential database producers have a certain amount of available information technological facilities and, secondly, that the national database market is characterized by a high degree of computer and network penetration. A national database producer in a developing country with a low degree of computer and network penetration will not create complex digitized databases for the home market, because there will be no demand for such product in the home market. He may create complex digitized databases for export. However, in that case domestic intellectual property protection is irrelevant; what matters is intellectual property protection in the export markets.

In general, these conditions are not satisfied in developing countries. In order to enjoy the full (dynamic) benefits of intellectual property protection of databases a

³⁸⁾ *Maskus* (2000), pp. 88-109.

³⁹⁾ Cf. Zigic (2000), Appendix C, pp. 57 f.

developing country must have an effective and wide-spread information technology infrastructure; otherwise the incentive effect is comparatively lower in developing countries than in industrialized countries. The notion emphasizes the significant role of an effective information technology infrastructure in technological and economic development. The lack of an effective information technology infrastructure in a developing country prevents the national database producers from participating in the world market for complex digitized database services, impedes leapfrogging and sustain a low-technology lock in. Provided the world market for database services at present and particularly in the future concerns complex digitized database services and only to a minor extent analog databases, strong uniform intellectual property standards result in a situation where database users in developing countries will have to pay royalties to foreign producers, whereas national database producers can find no users outside the country of the database producer and, consequently, gain no foreign royalty payments.

As regards digital databases *de facto* protected by way of technical measures such as copy control and access control devices, which in practice probably includes all commercial online database services, technical skills are crucial in order to gain access to the content of the databases. However, the level of intellectual property protection in a developing country does not influence the prospective benefits such a country may derive from a *de facto* protected database, provided the technical measures are in fact effective, because the technical measures fulfil the same economic function as intellectual property right which is to ensure exclusion in the use of the protected subject matter.

(e) Leapfrogging

As mentioned above free (or relaxed restrictions on) access to foreign technology usually is an important issue of public policy of developing countries as a means to promote national economic development. Provided that it is of global interest that developing countries overcome technological lag and other economic disadvantages enhanced diffusion of scientific and technical knowledge is a primary issue. Relaxed restrictions on access to foreign research databases and databases with significant industrial application creates a potential for developing countries to accelerate leapfrogging and avoid technological and economic "lock out." The national systems of economic development in developing countries are in the process of formation and by leapfrogging the developing countries avoid inefficient intermediary stages of development.

It may be argued that leapfrogging by way of relaxed restrictions on access to foreign research databases and databases with significant industrial application influences the institutional and economic structure of developing countries in a way

where further development is based on import of foreign knowledge and where the institutional and economic structure does not accommodate indigenous growth. Such an argument is of a rather speculative nature since it relates to a very complex dynamic economic analysis on the long run consequences of a particular legal regime. Economic analysis on this issue, in particular, thus provides equivocal results.

(f) Unidentical Demands

The economic considerations described above presupposes that the demands in industrialized countries and developing countries respectively in respect of creations eligible for protection under intellectual property law, are more or less identical. If certain kinds of information goods are more demanded in developing countries, then from the point of view of developing countries an additional benefit accrues from adopting strong intellectual property protection covering those kinds of goods because in that case intellectual property protection stimulates precisely those creations that are of particular importance to the population of developing countries, and thus will yield a greater benefit to developing countries than to industrialized countries.⁴⁰ Probably the strongest case for establishing high standards of intellectual property protection in developing countries is where the demands in developing countries for certain categories of information goods exceed the demands in industrialized countries. However, it requires that a category of information goods can be identified and not just one or more particular products.

(g) Intellectual Property Protection as a Vehicle for the Dissemination of Knowledge and Information

Intellectual property protection is not exclusively a measure restricting the dissemination of knowledge and information. Various provisions of intellectual property law promote the dissemination of knowledge and information. For example, under patent law the inventor is granted temporary exclusive rights in exchange for disclosing the invention in the patent documents. In case patent protection was not available the inventor would have economic incentives to keep the invention secret and claim protection under the law of trade secrets. A patent excludes others from commercially using the invention as claimed, but the technology behind the inventi-

⁴⁰⁾ Cf. Maskus (2000), pp. 156 f, and Deardorff (1992), pp. 49.

on can freely be used by others to further develop innovations and create new patentable inventions. However, the lack of a scientific and technological infrastructure prevents the developing countries from taking full advantage of the disclosure provisions of modern patent law.

The extent to which the provisions on disclosure in patent law facilitate technology transfer is debatable. On the one hand the countries which grant patents on foreign inventions gain access to the foreign technological knowledge which is disclosed in the patent documents. On the other hand, the technological knowledge disclosed in the patent documents probably already is available at patent authorities in other countries. It is pointed out by *Braga & Fink* that the availability of domestic databases of foreign-owned patents in local language, could potentially stimulate the diffusion of knowledge especially among small and medium-sized firms in developing countries.⁴¹

Even though it appears that intellectual property protection is restricting technological development in the least developed countries, it is claimed to be a vehicle to transfer technology from industrialized countries to developing countries. A firm can choose between various methods to transfer technology to a foreign country in order to exploit the technology in such a country for productive purposes. Basically, this can be done by licensing, or by establishing a joint venture or subsidiary. By such means, in principle, the development of technological capabilities in developing countries may be stimulated.

The notion of intellectual property protection as a means of transferring technology from industrialized countries to developing countries is not convincingly supported by empirical evidence. In the African countries apparently the patent law has not created significant effects regarding dissemination of technological knowledge. The relatively strong *de jure* protection of intellectual property in African countries with respect to patents has not resulted in a high rate of patent registrations; nor does it seem to have facilitated technology transfer into these countries.⁴² It has been reported that intellectual property legislation of African countries is comparable to that of industrialized countries as regards the terms of protection, compulsory licenses for failure to work, subject matter of protection and provisions on government use.⁴³ However, no evidence has been found as to support whether judicial mechanisms has been established for the effective enforcement of intellectual property rights. Africa's share of the world total of foreign patent registrations is

⁴¹⁾ *Braga & Fink* (2000), pp. 50 note 55.

⁴²⁾ *Cf. Seyoum* (1985), pp. 712.

⁴³⁾ *Cf. Yusuf* (1995).

very low compared to other parts of the world including Asia and Latin America.

Anyway, in relation to databases the technology transfer argument bears little relevance since a protected database in comparison to a patented invention does not incorporate new technology as such.

Weak or inadequate intellectual property protection in a specific developing country may cause foreign companies to avoid supplying its products on the market in that country. However, the contents of databases can be assessed from databases available in other countries. Only in situations where a database has been adapted to the language of a developing country or in other ways is accommodated to the particular needs of a developing country, intellectual property rights in developing countries seem to facilitate the transfer of valuable information.

(h) Foreign Direct Investments

In addition to the positive effect stemming from the transfer of technology from industrialized countries to developing countries, adequate intellectual property protection in developing countries may provide decisive economic incentives for foreign firms to make direct investments in developing countries, *e.g.*, by establishing joint ventures or subsidiaries or simply by investing in domestic firms in developing countries or by acquisitions. To many developing countries direct investment is an important means to expand economic activities and to advance economic development.⁴⁴

In principle, the issue of direct investments pertains to all countries but, normally, direct investment in industrialized countries is not an important objective of national economic policy. Hence, evaluating the economic impact of intellectual property protection implies an additional element in relation to developing countries. A strengthening of the intellectual property regime in a country on the one hand presumably increases the sales of the right owners' protected products since unauthorized products made by 'pirates' will be displaced by products made with the right owners' consent; this effect stimulates foreign direct investments in intellectual property related industries. On the other hand a right owner may reduce his sales in a foreign market due to the greater market power in a imitation safe environment.⁴⁵ If, however, a right owner choose to do so, it must be the result of a profit maximizing decision.

⁴⁴⁾ In general on direct investments in relation to intellectual property protection, see *e.g.* Mansfield (1993), pp. 107-145, and Correa (1995).

⁴⁵⁾ Cf. Braga & Fink (2000), pp. 37, 42.

In spite of the intuitive appeal of the argument, the existing empirical evidence shows no significant relationship between intellectual property protection and foreign direct investment.⁴⁶ The survey conducted by *Mansfield* suggests that intellectual property protection is only one of a large number of factors influencing whether firms increase or reduce their direct investments in a particular country.⁴⁷ Other legal factors important to decisions on direct investments include provisions on *inter alia* taxation, foreign investment regulation and exchange control. The intellectual property legislations prevailing in the 1960s and 1970s in the African countries granted stronger protection than the intellectual property legislations prevailing in the Republic of Korea. Nevertheless, the licensing activity of foreign right owners was much higher in the Republic of Korea than in the African countries which supports the findings of *Mansfield* that the level of intellectual property protection is not a crucial factor in decisions on foreign direct investments in developing countries.⁴⁸ However, as regards the situation in Africa a reservation must be made about the prospects of enforcing the rights.

IX. Transition Economies

(a) The Process of Transition

A transition economy may be defined as an economy in the process of transforming from a central planning system to a market based system. Transition implies that economic activity, prices and market operations are liberalized with a view to achieve effective enterprise management and economic efficiency. An important means in this process is usually privatization. An institutional and legal framework must be established to secure property rights, the rule of law, and transparent market-entry regulations.

Within the field of intellectual property privatizing publicly owned information goods presupposes the existence of rights to those goods—that is a regime of intellectual property protection—in particular if the government intends to obtain the economic value of the privatized information goods.

Intellectual property law can be viewed as a legal institution establishing a framework for exchange of protectable subject matter on the market. In that respect intellectual property law shares the intellectual foundation of the economic property right

⁴⁶⁾ Cf. *Helpman* (1993), s. 1249, and *Braga & Fink* (2000), pp. 43, 47.

⁴⁷⁾ *Mansfield* (1993). See also *Maskus & Konan* (1994), pp. 414 f.

⁴⁸⁾ Cf. *Yusuf* (1995), pp. 271.

theory which normative content suggests that voluntary exchange of goods on the market ensures efficiency provided that clear property rights are established in those goods. Intellectual property regimes are congenial to a market economy. Other methods to stimulate the production of new knowledge and information exist. In the former socialist economies to a large extent new knowledge and information was produced by public research and development institutes reducing the need for providing economic incentives for the private production of information goods. According to the ideology of the former socialist economies the principle of non-exclusive protection was typically interpreted as the logical consequence of collectivization of the means of production and as a reflection of the objective of widespread and rapid use of information goods for the benefit of the economy as a whole.⁴⁹

In the first decade of the transition process, in general, the key macroeconomic indices for the countries in transition have been decreasing. Most of the countries in transition have experienced a substantial decline in GDP in the first half of the 1990's.⁵⁰

(b) The Cost and Benefits of Intellectual Property Protection in Transition Economies

The view of developing countries on uniform intellectual property protection according to which a high level of protection benefits foreign (Western) rightholders to the detriment of domestic enterprises is also voiced in transition economies.⁵¹

In general, the transition economies are distinguished from developing countries by the educational level and the size of the scientific sector.

The share of the population with a higher education was relatively large in the former centrally planned economies, at least within the technical fields. For instance, the former East Germany had three times as many qualified engineers as the West. Thus, the "volume growth fetishism" practiced in the centrally planned economies was also a common feature in education.⁵²

⁴⁹⁾ Cf. "Protection of Intellectual Property in Central and Eastern European Countries. The Legal Situation in Bulgaria, CSFR, Hungary, Poland and Romania," OECD Documents, Paris 1995, pp. 18.

⁵⁰⁾ Cf. *Zaiko* (1998), pp. 155 f.

⁵¹⁾ Cf. e.g. *Szwaja* (1998), pp. 130.

⁵²⁾ Cf. *Staudt* (1994), pp. 834.

In the former centrally planned economies research and development expenditures comprised a relatively large share of the national product. In 1986 applied research and development accounted for 3.00% of the GDP (Gross Domestic Product) in centrally planned economies compared to 1.85% in the USA, 1.71% in the UK, 1.94% in France, 2.60% in the Federal Republic of Germany and 2.75% in Japan. Not surprisingly the corresponding figures for low-income developing countries were very low, for instance 0.3% in Indonesia, 0.3% in Pakistan and 0.1% in Kenya.⁵³

In the transition process state subsidies to research institutes have either been drastically reduced or abandoned altogether. As a consequence many researchers have been forced to find work outside the research sector and that leads to a considerable waste of potential know-how.⁵⁴ For example, in Belarus in the years following the break-up of the Soviet Union the volume of budgetary finance for scientific research decreased by 5-6 times, and the number of scientific workers fell more than two-fold.⁵⁵

Prima facie it appears that the prerequisite technical skills to take advantage of foreign technology is available in transition economies. Nevertheless, it has been reported that the simple transfer of know-how to Russia has been ineffective,⁵⁶ indicating that the fundamental structures of knowledge production is deficient, and arguably transition economies do not have a large capacity to imitate foreign technology; though the evidence on this issue is anecdotal.

In general the intellectual property legislation of countries in transition provides a relatively high level of protection,⁵⁷ but the enforcement of intellectual property rights seems to be ineffective. In the field of copyright and related rights piracy is a widespread phenomena in countries in transition.⁵⁸

⁵³⁾ Cf. Zigic (2000), Appendix C, pp. 57 f, and Evenson *et al.* (1990), pp. 35.

⁵⁴⁾ Cf. Bock (1994), pp. 858.

⁵⁵⁾ Cf. Slonimski (1998), pp. 162.

⁵⁶⁾ Cf. Bock (1994), pp. 861.

⁵⁷⁾ See Altvater & Prunskienė (1998), and "Protection of Intellectual Property in Central and Eastern European Countries. The Legal Situation in Bulgaria, CSFR, Hungary, Poland and Romania," OECD Documents, Paris 1995.

⁵⁸⁾ Cf. e.g. Zolotykh (1998), pp. 145, as regards the Russian Federation, and Shpak & Kapitsa (1998), pp. 175, as regards the Ukraine.

Countries in transition share the concerns of developing countries regarding strong uniform intellectual property standards. In the main, the economic impact of enhanced intellectual property protection also pertains to countries in transition, however, the prospects of transforming into a system with elaborated strong intellectual property right and deriving national economic benefits from that system seem better for countries in transition due to relatively developed educational and scientific structures. Compared to developing countries these basic structures minimize the risk that countries in transition will be locked in at a low technological (and economic) level.

X. Conclusion

Many commentators conclude that it is very difficult to assess the overall desirability of harmonized standards of intellectual property protection at a worldwide level.⁵⁹ Nevertheless, this conclusion does not preclude that there is a strong case that optimal intellectual property regime in industrialized countries is not optimal in developing countries.

In the short run (in the static sense) developing countries which typically are technology-importing countries will lose social welfare by enhanced intellectual property standards, because higher intellectual property standards will lead to an increase in royalty payments to foreign right owners. Correspondingly, a more strict regime of intellectual property protection implies social welfare gain in technology-exporting countries.⁶⁰ The costs and benefits of enhanced intellectual property standards in the long run (in the dynamic sense) are more obscure.⁶¹ Long run benefits emanating from strong intellectual property protection in developing countries require that the protection in fact stimulates indigenous innovation which is most likely to occur in countries in transition and middle-income developing countries and least likely in the least developed countries.

But existing economic analysis does not provide clear-cut conclusions on how to design an optimal intellectual property for developing countries.⁶²

⁵⁹⁾ Cf. e.g. Maskus (2000), Braga & Fink (2000), pp. 52, and Maskus & Konan (1994), pp. 439.

⁶⁰⁾ Cf. e.g. Maskus (2000), pp. 181 ff.

⁶¹⁾ Cf. e.g. Evenson et al. (1990), pp. 72.

⁶²⁾ Cf. Correa (1995), pp. 174.

Most of the economic literature on the economic impact of intellectual property protection in developing countries pertains to patent rights, and in particular patents on pharmaceuticals. The conclusions in this literature are not necessarily valid in relation to databases. The essential economic function of intellectual property protection is unchanged irrespective of protected subject matter, however, the economic impact of a particular intellectual property right depends *inter alia* on the characteristics of the protected subject matter and the market conditions. The U-shaped relationship between the level of patent protection and income levels (as an approximation of the technological level) reported by *Maskus* (2000), presumably, cannot be extended to database protection because database structure and contents can be appropriated without any significant technical skills. Similarly, the technology transfer argument that supports high intellectual property standards in developing countries does not pertain to databases because databases do not incorporate new technology as such.

Probably the most fundamental issue of the North-South problem is whether stronger intellectual property protection in developing countries actually stimulates indigenous innovation. As regards traditional analog databases it seems reasonable to suggest that intellectual property protection of databases creates economic incentives in developing countries and thus stimulates national database production. The lack of an effective and wide-spread information technology infrastructure is likely to reduce the incentive effect of intellectual property protection in relation to complex digitized databases. The ways in which a developing country can develop an information technology infrastructure, in principal, is not a matter of intellectual property law, but relaxed intellectual property protection may facilitate a development towards such an infrastructure.

Narrowing the focus to intellectual property protection of unoriginal databases the mentioned incentive effects pertain to factual databases where copyright protection proves inadequate.

If demands for factual databases in developing countries exceed demands for factual databases in industrialized countries, it could be beneficial for developing countries to adopt intellectual property protection of unoriginal databases. However, there appears to be no reason why demands for factual databases should be higher in developing countries than in industrialized countries. Even if this notion is wrong, a prospective benefit may be outweighed by the royalty out-flow resulting from the difference in the trade patterns on the database world market which is due to the lack of an efficient information technology infrastructure in developing countries.

The doubts as to the beneficial economic effect on developing countries of enhanced intellectual property protection is aggravated in connection to protection of unoriginal databases. Parts of the argument rests on the assumption that developing coun-

tries lack an effective information technology infrastructure, and this is not necessarily so for all the countries in question. Especially middle-income developing countries and countries in transition may have an information technology infrastructure though not as effective and wide-spread as the infrastructures of industrialized countries.

The reasoning raises grave doubts about the beneficial economic effects of intellectual property protection of unoriginal databases, particularly, in respect of the least developed countries, but it does not support a firm conclusion that this type of protection is detrimental in an economic sense to developing countries and countries in transition. However, it supports the notion that prospective economic benefits of uniform (high) intellectual property standards are comparatively lower in developing countries than in industrialized countries.

If international standards for the protection of unoriginal databases shall be instituted, it is expedient to consider prospective measures to be taken in order to reduce the social cost of such protection in developing countries and countries in transition.

Databases are powerful tools for research, educational, and commercial applications and for addressing major national challenges, and have become the building blocks of the information society. In the context of technological development research databases play a crucial role.

The raw scientific data (e.g., meteorological and other observational data) are fundamental information building blocks in an economy. Normally, raw scientific data have no direct market value and, hence private companies have no economic incentives to create such data. The adoption of intellectual property protection does not create economic incentives if the protected subject matter has no market value. As a consequence, raw scientific data in many instances are provided by public research institutions or by public subsidies. When the resources for the creation of data is allocated by governmental decisions and not by the market mechanism, intellectual property protection has no economic rationale. The corollary of this is that data provided by public research institutions or by public subsidies should be exempted from intellectual property protection, thus, free access can be ensured.

Refined and processed scientific data with high commercial value may also be considered as information building blocks, however not quite as fundamental. Good economic reasons exist for protecting databases (original as well as unoriginal) that contain refined and processed scientific data with commercial value.

Undoubtedly, the promotion of technological and economic development is a primary policy objective in developing countries as well as in countries in transition. Strong protection of unoriginal database, e.g., by way of a *sui generis* regime creates a

danger that scientific and educational communities are priced out of the market or have to cut back on the scientific and educational activities impeding technological and economic development. Scientific and educational communities in developing countries and countries in transition are particularly vulnerable to high prices on research database services due to scarce economic resources. In order to support the policy objectives of these countries protection of unoriginal databases ought to be combined with adequate safeguards that recognize the needs of the scientific and educational communities for unrestricted access to data at affordable prices. Hence, if protection of unoriginal databases are adopted in the form of an exclusive right (i.e., a *sui generis* right or a neighboring right), it ought to be combined with statutory exemptions to the exclusive right.

There is a risk that intellectual property protection of unoriginal databases implies net social costs on developing countries and countries in transition and the social costs assumably are positively correlated to the level of protection. Given this risk one ought not to opt for the strong *sui generis* right. Besides, the danger of monopolization of information is largest under a *sui generis* regime.

Protection of unoriginal databases under a neighboring right regime and under unfair competition law prevents parasitical copying but allows the creation of value-added products and services. A major difference between these two forms of protection concerns the character of the right conferred on the database producer. A neighboring right is a formal right that applies to all creations which satisfy the conditions of protection, and, in principle, the scope and the content of protection is not related to the characteristics of the specific creation and the pertinent market conditions. In that respect, neighboring rights resembles copyrights.

Under unfair competition law protection is granted in due consideration of the circumstances of the specific case and thus the actual market conditions including the commercial interest of the database producer are decisive. The case-by-case determination of protection is more suitable to tailor a protective regime in accordance with economic reasoning, compared to a formal exclusive right.

However, effective protection under unfair competition law is more vulnerable to deficient judicial mechanisms. Unfair competition law leaves a large margin of discretion to the courts. National differences in the legal culture may be reflected in the protection of unoriginal databases under unfair competition law and result in different levels of protection in various countries. The uncertainty that pertains to the actual protection under unfair competition law may reduce the practical value of the protection from the point of view of database producers.

Arguably, the issue of intellectual property protection of unoriginal databases will prove to be of insignificant practical importance if valuable databases are digitized and the database providers are able to (and permitted to) establish effective technical measures for the protection of their database services.

Egne aktier

af

Bernhard Gomard

1. Reglerne om egne aktier i den Europæiske Unions medlemslande hviler for en meget væsentlig del på Rådets direktiver, navnlig

- Det andet selskabsretlige Direktiv af 13.12.1976 art. 18-22 der fastlægger grænser indenfor hvilke medlemsstaterne kan åbne adgang til erhvervelse af egne aktier i deres nationale ret. Medlemsstaterne har i vidt omfang benyttet sig af denne åbning.

- Direktiv af 5.3.1979 (79/279 EØF) om samordning af betingelserne for værdipapirers optagelse til officiel notering på en fondsbørs som bl.a. i skema C, pkt. 4 og 5 om årsregnskab og beretning samt om supplerende oplysninger pålægger selskaberne hurtigst muligt at oplyse offentligheden om nye væsentlige forhold som berører deres virksomhedsområder og vil kunne fremkalde en betydelig ændring i kursen på selskabets aktier. Direktivet er nu inkorporeret i Direktiv af 28.05.2001 (2001/34 EF) vedrørende betingelserne for værdipapirers optagelse til officiel notering på en fondsbørs samt oplysninger, der skal offentliggøres om disse værdipapirer.

- Direktiv af 13.11. 1989 (89/592 EØF) om samordning af retsforskrifterne vedrørende insider-handel¹⁾, og endelig

- 4. og 7. selskabsretlige Direktiv om årsregnskab og koncernregnskab der kræver oplysninger om egne egne aktier i årsberetningen i overensstemmelse med reglen i 2. Direktiv, art. 22, stk 2 (4. Direktiv, art. 46 og 7. direktiv , art. 36).

Skønt der således findes et fælles europæisk retsgrundlag – både om aktieret og børsret – er der stadig betydelige forskelle fra land til land også om egne aktier.

¹⁾ Et forslag til et revideret Direktiv om insider-handel og kursmanipulation (markedsmisbrug) foreligger i KOM (2001) 281 dateret 30.05.2001.

Direktiverne, deres baggrund og fortolkning har dog væsentlig betydning for national ret, også selvom direktiverne for en del er minimumsdirektiver² og bl.a. de nordiske lande ofte er gået længere end Direktiverne kræver eller mindre langt end de muliggør. Den forestående revision af Insider-direktivet vil nødvendiggøre en revision af de nationale regler.

2. Retsudviklingen i Danmark om egne aktier har været forskellig fra den udvikling som har været almindelig i andre europæiske lande. Ved Aktieselskabsloven (ASL) af 1930 blev der (som § 39) indført en regel om egne aktier, hvorefter et aktieselskab kan erhverve indtil 10% af sine egne aktier. Reglen var et kompromis mellem et ønske fra Ministeriet om et forbud mod erhvervelse af egne aktier og et ønske fra erhvervsside om som efter ASL af 1917 § 25 at bevare i hvert fald en vis adgang til at erhverve egne aktier. Den enkle 10 %-regel stod uændret i dansk ret fra 1930 til det 2. selskabsretlige Direktiv blev implementeret i dansk ret ved en lov af 1982. Ved denne lov blev der til 10%-reglen, der var blevet optaget i Aktieselskabsloven af 1973 som § 48, føjet de to væsentlige kauteler mod misbrug af egne aktier som er påbudt i 2. Direktiv: Et krav om en bemyndigelse for bestyrelsen til erhvervelse af egne aktier vedtaget af generalforsamlingen, og et krav om at egne aktier kun må erhverves mod et vederlag der kan udredes af den fri egenkapital.

Reglen om de 10% egne aktier i Direktivets art. 19 (1) (b) og den tilsvarende danske regel i ASL § 48 angiver den største beholdning af egne aktier som et selskab må eje af egne aktier som er erhvervet mod vederlag, jfr. Direktivets art. 20 (1) (c). Generalforsamlingen kan vedtage sin bemyndigelse med simpelt flertal. Direktivet kræver ikke, men åbner mulighed for (som i Norge, men ikke i Danmark) at kræve vedtagelse med en kvalificeret majoritet, f.eks. majoritet som til vedtægtsændring. Medlemsstaterne skal "i det mindste kræve", at betingelserne i Direktivets art. 19 for erhvervelse af egne aktier er opfyldt.

3. Generalforsamlingens bemyndigelse skal angive det største antal aktier, der må erhverves af selskabet, f.eks. op til en beholdning på 10% af aktiekapitalen og den højeste og laveste pris, som selskabet må betale. Der gælder ikke efter Direktivet eller efter den danske ASL regler om afhændelse af egne aktier, hverken om afhændelsesmåde eller pris.

²⁾ Det 2. selskabsretlige Direktiv stiller ikke krav om at medlemsstaterne tillader egne aktier i det omfang, Direktivet tillader, jf art 19ff. Insider-direktivet bestemmer i art. 6 at hver medlemsstat kan fastsætte strengere bestemmelser, forudsat at sådanne bestemmelser finder almindelig anvendelse.

Selskaberne kan, men er ikke – som i England (Companies Act s.160 (4) og (5) samt 162 (2) ¹ - forpligtet til at annullere erhvervede egne aktier (ved nedsættelse af aktiekapitalen). Kapitalnedsættelse kræver vedtagelse af generalforsamlingen med majoritet som til vedtægtsændring.

En kapitalnedsættelse kan gennemføres ved annulation af egne aktier både indenfor og udover 10 %'s grænsen. I begge tilfælde, også ved annulation af tidligere (lovligt) opkøbte egne aktier indenfor 10 % 's grænsen, kræves der udstedelse af proklama til kreditorerne, jfr. ASL § 46.

De tidligere almindelige forbud mod erhvervelse af egne aktier var begrundet i frygt for udvanding af selskabets formue.(Erfaringen i Danmark med 10 %'s-reglen tyder ikke på, at en adgang til at opkøbe en mindre del af selskabets aktier frembyder en særlig risiko for at selskaber vil blive berøvet deres formue. 10 % af aktiekapitalen til markedskurs er ofte, men erfaringen et betragteligt beløb. Der er forekommet tilfælde af selskabstømning, men tømningen er i de tilfælde, der er blevet kendt ikke sket ved opkøb af aktier, og tømningen er sket ganske uden respekt af en 10%'s eller af nogen anden legal grænse.

Kreditorerne i et AS beskyttes af ASL i første række ved regler om den bundne kapital, mens kreditorer, der søger yderligere beskyttelse ved kontraktsbestemmelser ("covenants") i lånedokumenter o. lign., især synes at interessere sig for beskyttelse mod ekstraordinære dispositioner og for forfaldstiden skal indtræde i tilfælde af øget risiko.

4. Gower nævner op.cit. s.253 som et andet muligt farligt misbrug af en adgang til at opkøbe egne aktier, at " the directors, by causing the company to repurchase shares of other members, could, without any personal expense, enhance the value of their own holdings and their control of the company", men tilføjer at den nye direktivinspirerede "power has been widely used by both (dvs. både public and private companies) and seems to have given rise to few problems", dog bortset fra skattespørgsmål, se s.254 note 37. Erindres må også at der ikke kan udøves stemmeret for egne aktier, jfr. ASL § 67. stk. 3 og Direktivets art 22(1)(a).

5. Erfaringen med bemyndigelser fra selskabernes generalforsamlinger i Danmark er, at der i de fleste børsnoterede selskaber vedtages en bemyndigelse til bestyrelsen til at lade selskabet erhverve egne aktier indenfor 10% af aktiekapitalen til børskursen (køberkursen) på tidspunktet for erhvervelsen med en største afvigelse

³⁾ Et selskab bør ikke, siger Gower: Company Law, 6 th ed 1997 s. 254, kunne " trade as a market-maker in its own shares". Dette ville også have "given rise to accounting and tax complexities". Derfor skal egne aktier annulleres.

op og ned på (i almindelighed) 10%, jfr. ASL §48. Vedtagelse af en sådan bemyndigelsen er et fast punkt på dagsordenen for den ordinære generalforsamling og bemyndigelsen gælder i tiden indtil næste års ordinære generalforsamling. Kravet om angivelsen af et spread, en mindste og en højeste pris, er naturligt for børsnoterede selskaber, men er vanskeligere at opfylde for andre selskaber, der såfremt en bestemt prisindikation skal angives må benytte f.eks. indre regnskabsmæssig værdi, henviser til en værdi opgjort af revisor eller andet. I mindre selskaber er imidlertid en stående bemyndigelse ofte mindre nødvendig, fordi der ret let kan afholdes en ekstraordinær generalforsamling eller eventuelt kan handles på en forventet efterbevilling, jfr. ASL § 48a omtalt nedenfor i afsnit VI.

Fuldmagten fra generalforsamlingen til bestyrelsen til at købe og eje egne aktier behøver ikke at omtale – og de vedtagne fuldmagter omtaler (vistnok) aldrig – salg af egne aktier, formålet for handel med eller fremgangsmåden for køb og salg af egne aktier. Oplysninger herom bør imidlertid gives og gives i et særligt opkøbsprogram eller i ledelsesberetningen i årsrapporten, jfr. nedenfor i afsnit XIV.

Der foreligger ikke (let) tilgængelige samlede statistiske oplysninger om brugen af egne aktier i børsselskaber eller andre aktieselskaber. De almindeligste tilfælde af brug af egne aktier er omtalt nedenfor i afsnit XIV.

Anpartsselskaber (private companies) må ikke købe eller eje anparter eller aktier i sit moderselskab, jfr. Anpartsselskabsloven (ApSL) § 51. Dansk ret afviger herved fra bl.a. norsk og engelsk ret⁴.

6. Det forhold, at fuldmagten til køb af egne aktier oftest bliver vedtaget på den ordinære generalforsamling som en rutinesag – og jævnligt uden særlig debat og uden omtale af en forventet brug af fuldmagten - kan bl.a. skyldes, at selskabet ingen aktuelle planer har om at handle egne aktier. Behov kan imidlertid opstå med kort varsel, og det er både besværligt og bekosteligt for et selskab med mange aktionærer at indkalde en ekstraordinær generalforsamling. Reglen i ASL § 48a (2. Direktiv art. 19 (2)) om at bestyrelsen kan erhverve egne aktier uden generalforsamlingens bemyndigelse, ” hvis det er nødvendigt for at undgå betydelig og truende skade for et aktieselskab” er vist kun sjældent blevet anvendt i praksis i hvert fald i børsselskaber. Nødvendig underretning til aktionærerne kan efter omstændighederne gives ved en fondsboersmeddelelse.

⁴) Et forslag i Betænkning nr.1251/1993 s.58 og 87 om at overføre 10%-reglen til ApSL blev hverken fulgt i lovforslaget eller i den vedtagne reviderede ApSL nr. 378 af 22.maj 1996, fordi det da ”ejerkredsen er lille og kapitalgrundlaget typisk er forholdsvis småt (i ApSér), er fundet vigtigt at sikre kapitalens tilstedeværelse. ApSér har ikke samme behov for midlertidigt at besidde egne aktier”, jfr. FT 1995/96, tillæg A, sp. 4032f.

7. Den bekvemme praksis, der ofte følges ved at godkende en bemyndigelse til bestyrelsen til at købe egne aktier som en årlig rutine, betyder ikke, at selskabernes bestyrelser sjældent eller aldrig giver aktionærerne og omverdenen oplysning om deres planer og beslutninger om dispositioner ved køb og salg af egne aktier. Bestyrelsen er forpligtet til at informere omverdenen om selskabets dispositioner over egne aktier og om planer vedrørende egne aktier både efter reglerne om oplysninger i årsrapporten i Årsregnskabsloven (ÅRL) § 76 og de særlige krav til børsselskaber (efter de almindelige regler om oplysningspligt for børssnoterede selskaber i Værdipapirhandelslovens (VPHL) §§ 27 og 28.) og reglerne om notering på Københavns Fondsbørs.

Et selskab der ejer egne aktier, skal i årsrapporten oplyse antal og pålydende værdi af de egne aktier, antal og pålydende værdi samt den samlede købe- og salgssum af købte og solgte egne aktier i regnskabsåret og "årsagen til regnskabsårets erhvervelser af egne kapitalandele" (aktier), jfr. ÅRL § 76. En del rapporter omtaler ikke årsagsforhold. Dette kan skyldes, at ÅRL giver adgang til ikke at omtale forhold som ikke er væsentlige:

Forhold der er ubetydelige skal ikke optages i årsrapporten, jfr. ÅRL § 13, stk nr. 3 og Hasselager m.fl.: Kommentaren til ÅRL s. 178f. Årsrapporterne i børsselskaber "skal til enhver tid leve op til den højeste standard for den kategori af virksomheder, som selskabet tilhører" (Afsnit 3, §27 i Noteringsreglerne).

Et børssnoteret selskab "skal straks offentliggøre oplysninger om væsentlige forhold, der vedrører virksomheden, og som kan antages at få betydning for kursdannelsen på værdipapirene", jfr. VPHL § 27⁵. Et væsentligt opkøb eller salg af egne aktier kan påvirke kursen.

Til de generelle regler i VPHL om oplysningspligt slutter der sig bl.a. en særlig regel om, at børsselskaber straks skal give Fondsbørsen besked om deres beholdning af egne aktier, hvis denne udgør 2 % eller mere af aktiekapitalen i selskabet, jfr. VPHL §28⁶.

Bestemmelsen i VPHL § 27 er ikke til hinder for at selskaberne bevarer fortrolighed om beslutninger, strategi, planer og overvejelser⁷, men intern fortrolig viden, der kan påvirke aktiernes kurs, må ikke videregives til andre eller udnyttes hverken af

⁵⁾ Reglen gælder kun om væsentlige forhold, jfr. Betænkningen om Børsnoterede selskaber nr 1230 / 1992 s.31f.

⁶⁾ Hasselager m. fl.: Årsrapporten, 3. udgave, 2001, s. 539.

⁷⁾ Jfr. Lau Hansen: Informationsmisbrug, 2001, s.210 og 217.

selskabet eller af nogen anden ved handel med aktier, det være sig egne aktier eller aktier i andre selskaber, jfr §§ 35 og 36 i VPHL.

Regler om "misbrug af intern viden, kursmanipulation og meddelelsespligt ved visse besiddelser af værdipapirer" i VPHL kapitel 10 (§§ 34-39) som ændret ved lov nr. 427 af 6. juni 2002 gælder bl.a. også for selskabernes og ledelsens handel med egne aktier (insider trading). En bestyrelse og selskabets daglige ledelse vil normalt have en betydelig viden om selskabet og adgang til at skaffe sig al mulig viden om selskabet, men hverken bestyrelsen eller andre må misbruge, dvs. udnytte viden som er "intern"

for så vidt som den ikke er almindeligt kendt eller tilgængelig, til at handle egne (eller andre) aktier og derved skaffe selskabet eller sig selv fordele, idet denne interne viden "må antages at få betydning for kursdannelse..., hvis oplysningerne blev offentliggjort", jfr. VPHL § 34 stk. 2.

Kursmanipulation er forbudt, jfr. VPHL § 39. Som kursmanipulation anses bl.a. "indberetning af handel (sml. VPHL § 33) med egne værdipapirer ..., uden at det er markedet bekendt", såfremt dette "er egnet til at påvirke kursen... i en retning der afviger fra disses værdi i markedet", jfr. VPHL § 34, stk. 3, nr 2⁸ og nedenfor i afsnit XIV nr.5.

Direktivet om insider trading taler i art. 1 (1) om intern viden, der mærkbart ville kunne påvirke kursen. Det fremhævede ord er ikke medtaget i VPHL § 34, stk. 2. Oprindeligt fandtes ordet "væsentlig" i § 34, stk. 3 om kursmanipulation, men ordet blev strøget ved Lov nr. 414 af 26. juni 1998. Den praktiske betydning af, at VPHL § 34 stk. 2 og 3 om insider trading og kursmanipulation modsat VPHL § 27 om oplysningspligt, der angår enhver mærkbar kurspåvirkning, omfatter enhver forventelig kurspåvirkning, er beskeden eller måske ikke eksisterende⁹.

Insider trading opdages i almindelighed ved at Børsen undersøger en påfaldende livlig og overraskende handel i tiden før en væsentlig nyhed er blevet offentligt kendt¹⁰. Alle handler med noterede aktier (og andre værdipapirer) skal straks efter at handlen er indgået indberettes til Børsen, jfr. nærmere Fondsrådets bekendtgørelse nr. 414 af 21. maj 2001. Offentliggørelsen af lederes og ledendes medarbejderes handel med selskabets aktier efter reglen i VPHL § 37 (tilføjet ved Lov nr. 427 af 6. juni 2002) er omtalt i afsnit VIII.

Insider trading er strafbart og alvorlige tilfælde straffes strengt, jfr. VPHL § 94 samt UfR 1995, 905H, 1999.513Ø og 2002.673V. Fortjeneste konfiskeres eller

⁸⁾ Jfr. Lau Hansen: Informationsmisbrug – navnlig s. 295f, 492 og 500f.

⁹⁾ Væsentlighedskriteriet er omtalt i Lau Hansen: Informationsmisbrug s. 286f.

¹⁰⁾ Betænkning om Insider-handel nr. 1216/1991/bilag 5.

tilbageføres til kontrahenten som erstatning for hans tab. I de kendte tre straffesager var kurspåvirkningen af den fortrolige interne viden både let forudsigelig og meget væsentlig. Mindre alvorlige tilfælde påtales. Københavns Fondsbørs har flere gange påtalt overtrædelse af regler og forskrifter om egne aktier, f.eks. handel med egne aktier umiddelbart forud for offentliggørelsen af årsregnskabsmeddelelse (Afgørelser og Udtalelser 2001 s.13 og 14.), kritik af Interne regler (smstd s.14) og for sen offentliggørelse om besiddelse af egne aktier efter VPHL §28 (2%-reglen (smstd 2000 s.11 og 12)).De påtalte overtrædelser synes at have været af formel karakter.

8. Et børsselskab skal have oplysning om ledernes beholdning af aktier i selskabet og selskabet skal for hver handelsdag på børsen foretage en opgørelse af lederes køb og salg af aktier i selskabet, jfr. VPHL §34, stk 3. og §37, der blev indføjet i VPHL ved Lov nr. 427 af 6.juni 2002. En beholdningsændring efter en dags handel på under 50.000 kr. kræves dog ikke indberette. Oplysningerne om beholdningerne og ændringer af beholdninger af aktier indberettes af selskaberne hvert kvartal til Fondsbørsen. Aktiebeholdningen for den samlede bestyrelse, direktion og gruppen af ledende medarbejdere offentliggøres. Offentliggørelserne omfatter kun de samlede køb eller salg (nettoopgørelse) og de samlede beholdninger, ikke som i flere andre lande tal for den enkelte ledende medarbejder, direktør eller bestyrelsesmedlem. . De daglige handelstal indberettes løbende til Børsen, men offentliggøres ikke. Disse regler i Loven af 2002 træder i kraft den 1.oktober 2002.

9. Åbenhed og gennemsigtighed om børsselskaberne og deres virksomhed, bl.a. også om aktiebaseret incitamentsaflønning, hører med til god selskabsledelse eller corporate governance. Nørby-udvalgets Rapport om Corporate Governance i Danmark, 2001, indeholder en række anbefalinger om god selskabsledelse. Anbefalingerne er ikke og ventes ikke blive optaget i en lov, men Københavns Fondsbørs anbefalede allerede i sine Regler (udstedt med hjemmel i VPHL § 19, stk.2) for notering på Københavns Fondsbørs A/S af 6.november 2001 som kapitel 5 (§36) i Del II, Afsnit 3 om oplysningsforpligtelser under overskriften "Anbefalinger for god selskabsledelse", at "selskaberne i deres årsrapport forholder sig til de anbefalinger for god selskabsledelse" der findes i Nørbyudvalgets rapport¹¹. I en "Kommentar" til § 36 udtaler Børsen bl.a. at der "alene (er) tale om en tilskyndelse fra Københavns Fondsbørs' side til, at selskaberne i årsrapporten forholder sig til anbefalingerne", eller som det er blevet sagt – comply or explain. Anbefalingerne må ses som et supplement til selskabernes informationsforpligtigelser efter lovgivningen og Børsens egne Noteringsregler.

¹¹⁾ Københavns Fondsbørs noteringsregler er dateret 6.november 2001 og Nørby-rapporten er i § 36 dateret 6. december 2001. Børsen må således have kendt rapporten før den er blevet offentliggjort. Der har ikke været tid til en høringsrunde.-En oversigt over corporate governance rapporter i EU's lande findes i Comparative Study of Corporate Governance Codes relevant to the EU and its Member States, januar 2002.

Dette gælder særligt Nørby-udvalgets anbefalinger (i afsnit III) om åbenhed og gennemsigtighed og (i afsnit VI) om aflønning af bestyrelse og direktion.

I afsnit III anbefaler Nørby-udvalget bestyrelserne at vedtage en vidtgående informations- og kommunikationspolitik. Denne politik bør bl.a. omfatte udbytte, opkøb af egne aktier og brug af egne aktier til programmer for incitamentsaflønning som er nærmere omtalt i afsnit VI i udvalgets rapport.

Vederlæggelsen af bestyrelse og direktion har tiltrukket sig betydelig opmærksomhed i den senere tid, og anbefalingen af ”at alle væsentlige forhold vedrørende aktiebaseret incitamentsaflønning offentliggøres i selskabets årsrapport” vinder stigende tilslutning. Nørby-udvalget anbefaler ikke aktieoptionsprogrammer til bestyrelsen. Udvalget siger ikke, om det bl.a. har tænkt på, at et sådant program kan skabe et motiv til at foretrække aktiekøb og kursstigning fremfor udbetaling af udbytte, sml. Gowers bemærkning refereret ovenfor i afsnit IV, eller på om risikoen for et tag selv bord her er særlig stor eller om løn-incitamenter ikke er nødvendige eller forment

10. De grundlæggende regler om Værdipapirhandel i VPHL er uddybet af regler i form af bekendtgørelser udstedt af Økonomi- og erhvervsministeren og af Fondsrådet¹².

Reglerne i VPHL om oplysningsforpligtigelser og egne aktier er uddybet i Københavns Fondsbørs Regler for notering på denne børs af 6.november 2001. Reglerne er udstedt med hjemmel i VPHL § 19, stk 2, hvorefter en fondsbørs kan fastsætte supplerende bestemmelser om markedets funktion. Med ordet supplerende menes formentlig både regler, der præciserer, og regler som i et vist omfang videreudvikler reglerne i VPHL og i Fondsrådets bekendtgørelser. Overtrædelser af bestemmelserne kan medføre påtale og opkrævning af afgift. Undladelse af at efterkomme et påbud kan medføre straf af bøde, jfr. VPHL §§ 18 og 93, stk 3 som ændret ved Lov nr. 427 af 6.juni 2002.

VPHL og Regler for notering på Københavns Fondsbørs af 6. november 2001 (trådt i kraft d.1.januar 2002) pålægger selskaberne at vedtage interne regler, jfr. VPHL § 36, stk 2 samt Reglernes Afsnit 1 § 5 og Afsnit 3 Kapitel 2, som sikrer, at oplysningsforpligtigelserne efter VPHL og Fondsbørsens regler overholdes, og at intern viden ikke uberettiget videregives. Direktivforslaget af 30.5.2001 (citeret i note 1) tillader udsættelse med ”offentliggørelsen af en bestemt viden for ikke at

¹²⁾ Regler om god værdipapirhandelskik fastsættes af Økonomi- og erhvervsministeren efter høring af Fondsrådet, jfr. VPHL §3 stk 2 som ændret ved Lov nr. 417 af 6.juni 2002. Fondsbørsen bevarer sin kompetence efter Loven af 2002 jfr. dennes §§ 32a og 33a.

skade sine berettigede interesser, forudsat at dette ikke vil kunne vildlede offentligheden, og at udstederen kan sikre, at denne viden behandles fortroligt.”

De interne regler skal opstille et effektivt compliance program, dvs. procedurer der sikrer, at selskabet og dets ledelse ikke overtræder reglerne i VPHL om oplysningspligt. Selskaberne skal også udarbejde interne regler om selskabets og ledelsens handel med selskabets aktier og dertil knyttede finansielle kontrakter, jfr. VPHL § 37 samt reglernes kap. 2 §§ 8 og 9. Selskaberne skal føre en ajourført fortegnelse over de ledere og medarbejdere, der skal indberette deres beholdninger og ændringer af beholdningerne til selskabet, der skal videregive oplysningerne til Fondsbørsen som omtalt ovenfor i afsnit 8.

11. De ”interne regler for handel med selskabets egne aktier” skal indeholde en frist inden for hvilken selskabet ikke må handle med egne aktier, jfr. Fondsbørsens Noteringsregler §8. Fristen anbefales sat til 3 uger før offentliggørelse af årsregnskabsmeddelelse, års- eller delårsrapport eller tilsvarende meddelelser om selskabets aktivitet, resultat og forventede udvikling, Fristen kan fraviges f.eks. ved ”opkøb i forbindelse med aktietilbagekøbsprogrammer, honorering af optionsprogrammer og lignende. Handel udenfor fristen er undergivet de almindelige regler i VPHL om insider trading. Pengeinstitutters effektivering af kundehandler kan altid finde sted. Market making aftaler, hvorefter et pengeinstitut stiller købs- og salgskurser for egen regning, betragtes ikke som handel med egne aktier”, siges det i Børsens kommentar til reglen.

12. De ”interne regler for ledelsens handel med selskabsaktier” skal indeholde en frist (”et vindue”), indenfor hvilken personer i ledelsen må handle med aktier, jfr. Fondsbørsens Noteringsregler § 9. Fristen anbefales sat til højst 6 uger efter offentliggørelse af årsregnskabsmeddelelse etc. (som i den i afsnit XI refererede § 8). Reglerne skal omfatte ”bestyrelsesmedlemmer, direktører og andre ledende eller betroede medarbejders adgang” til at handle med selskabets aktier for egen eller trediemands regning. Reglerne i § 9 kan fraviges bl.a. ved tegning af medarbejderaktier, udnyttelse eller salg af tegningsretter og udnyttelse af forkøbsret. Reglerne kan desuden fraviges i enkelte tilfælde, hvis den, der ønsker at handle straks underretter bestyrelsens formand. Køb bør dog kun ske, ”såfremt der er et ganske specielt behov herfor”. Handel både indenfor 6 ugers fristen og i de angivne undtagelsestilfælde er undergivet de almindelige regler i VPHL om forbud mod insider trading.

13. Der er ikke fremkommet nogen væsentlig kritik af kravene i VPHL om fastsættelse af interne regler. Kravet om at der i sådanne regler skal fastsættes bestemte frister kan dog siges at fjerne sig en del fra Direktivets og VPHL’s generelle regler. De interne regler kan ikke udelukke grov kriminalitet, men har

velsagtens begrænset antallet af småforseelser og bidraget til at undgå tvivlstilfælde. Reglerne gælder kun for børsselskaber.

14. Selskabernes årsrapporter og deres andre meddelelser til offentligheden giver et billede af med hvilket formål og i hvilket omfang der handles med egne aktier i Danmark. Anvendelsen af egne aktier og omfanget af opkøb er væsentlig forskellig i forskellige selskaber. Anpartsselskaber har ikke adgang til at opkøbe sine anparter. Oplysninger om ikke børsnoterede selskaber er ikke let tilgængelige. Nogle væsentlige almindelige situationer i børsselskaber er søgt beskevet i nr 1-5 i det følgende.

Reglerne om beskatning af købesummen for egne aktier spiller en væsentlig rolle. Hovedreglen er at hele købesummen beskattes som indkomst hos aktionæren, medmindre denne opnår en dispensation. I så fald svares beskatning af avancen som ved salg til andre, jfr. Ligningslovens §16B. Reglerne om beskatning af udbytte og af kursgevinster og –tab er forskellige fra land til land. Aktionærer kan have forskellig interesse i at modtage udbytte eller at sælge af deres aktier på grund af skattereglerne og også forskellig interesse i hvornår salg foretages. I Danmark beskattes som hovedregel hele købesummen for egne aktier som almindelig indkomst. Salgssummen behandles som en udlodning. Der kan dog gives dispensation således at der alene sker avancebeskatning, jfr. Ligningslovens §16B, og dispensation gives bl.a. dersom salget er sket i det åbne marked hvor aktionæren ikke kender sin køber¹³. Heri ligger der en del forklaringen på at børsselskaber har kunnet foretage køb af egne aktier. Der har i den offentlige debat været rejst spørgsmål om der burde søges gennemført en beskatning af et maskeret eller fiktivt udbytte i selskaber, der har god indtjening, men vælger at tilbagekøbe aktier fremfor at udbetale udbytte.

A. Tilbagekøb af egne aktier har samme økonomiske virkning for selskabet som udbetaling af udbytte. En kapitalnedsættelse kan ske pro rata for alle aktionærer ved reduktion af aktiernes pålydende. Aktionærerne har i så fald ingen valgt og der sker ingen forrykkelse af forholdet mellem aktionærerne. Et tilbagekøb af aktier behøver ikke, men kan ske ved køb f.eks. over børsen. Aktionærerne har her et valg mellem at sælge og således realisere en mulig kursgevinst eller et tab nu eller om de vil vente og håbe på en kursstigning. Et frit tilbagekøb giver aktionærerne den fordel, at de selv bestemmer om og hvornår de vil realisere deres aktier og en mulig kursgevinst eller kurstab. Et væsentligt opkøb af egne aktier vil stimulere kursen. Nogle aktionærer vil foretrække at realisere en kursstigning eller dog en gunstigere kurs nu, mens andre vil vælge at beholde deres aktier i forventning eller håb om en (fortsat) kursstigning fremmet bl.a. af opkøb af egne aktier.

¹³⁾ John Engsig m.fl.: Indkomstskat, 2.udgave 2000 s.493f.

Selskabet kan i et program for et tilbagekøb til en bestemt fastsat kurs give hver aktionær ret til at sælge aktier med et pålydende på (indtil) x kr. til selskabet til kurs y i et bestemt (kort) tidsrum. Herved sikres lige behandling af aktionærerne. Et opkøb af en størrelse, der kan få en mærkbar kurspåvirkning, og selskabets politik om alene eller tillige at udbetale overskud til aktionærerne ved aktiekøb skal offentliggøres. Selskaberne bør offentliggøre deres planer så betids og omtalen af planerne bør være så indgående, at aktionærerne (og deres rådgivere) har mulighed for at varetage deres interesser på en hensigtsmæssig måde. Den almindelige pligt efter VPHL § 27 til at offentliggøre oplysninger om selskabet, der har betydning for kursdannelsen, gælder også om planer og beslutninger vedrørende egne aktier. Dette sker også i praksis og i stigende omfang. Reglerne i VPHL, i Børsens egne noteringsregler og i ÅRL overholdes stadig mere nøje. Senest har Nørby-udvalget med sin betænkning skubbet på denne udvikling.

Tilbagekøbte egne aktier kan forblive i selskabets eje indenfor 10% 's grænsen i ASL §48. Aktierne kan både indenfor eller udover de 10% annulleres ved nedsættelse af aktiekapitalen. Antallet af aktier kan opretholdes, selvom aktiekapitalen reduceres, hvis dette findes ønskeligt af hensyn til mindre aktionærer og til aktiens likviditet, ved et stock-split. Overgang til no par value shares (Stückaktien) kommer vel engang på tale også i Danmark. Et velstillet selskab vil altid let kunne forhøje sin aktiekapital ved en fondsemission, hvis dette skønnes ønskeligt f.eks. af hensyn til selskabets kreditværdighed eller til særlige kapitalkrav til finansielle virksomheder eller lign.

Nogle selskaber, bl.a. et stort forsikringsselskab (TrygDanmark), har offentliggjort i deres årsrapport, at selskabet ikke vil udbetale udbytte, men agter at tilbagekøbe aktier og reducere sin aktiekapital.

B. Et selskab, der har overskudslikviditet, kan ønske at udbetale beløb, som det ikke har lønsomme anvendelser for, til sine aktionærer enten som ekstra udbytte, ved at tilbagekøbe aktier og nedsætte sin aktiekapital enten således at de opkøbte aktier annulleres eller således at nedsættelsen gennemføres som en forholdsmæssig reduktion af samtlige aktionærers beholdning. Har selskabet ikke investeringer som på sigt er mere lønsomme indenfor sit formål og sine planer for virksomheden end at købe stats- og realkreditobligationer eller at betale sine kreditorer ud, kan det være rimeligt at overlade det til aktionærerne selv at disponere deres andel i likviditetsoverskuddet¹⁴.

Omfanget af og tiden for et større samlet tilbagekøb skal offentliggøres. Tilbyder selskabet en anden (højere) kurs end den aktuelle børskurs skal også kursen

¹⁴⁾ Hasselager m. fl.: Årsrapporten, 3. udgave, 2001 s.314f..

offentliggøres, og aktionærernes ligestilling skal sikres. Aktionærerne bør informeres således at de har mulighed for, hvor der ikke gennemføres en kapitalnedsættelse med virkning for alle aktionærer pro rata, at træffe en begrundet beslutning om hvordan de vil disponere deres aktiebeholdning.

B.l.a. et stort industriselskab (NKT) har foretaget et betydeligt tilbagekøb af egne aktier. Tilbagekøbet skete efter at selskabet havde solgt et datterselskab for et betragteligt beløb og efter offentliggørelsen af et udførligt program for tilbagekøbet.

C. Der stilles ikke i dansk (som i engelsk) ret krav om at egne aktier annulleres. Adskillige selskaber ligger med større eller mindre beholdninger af egne aktier. Et selskab kan ønske at have en beholdning af egne aktier til brug f.eks. for køb af andre virksomheder eller til incitamentsafłønning af ledelse eller medarbejdere. Et selskab, der disponerer over en passende beholdning af egne aktier undgår nødvendigheden af at måtte skaffe sig aktier ved at forhøje aktiekapitalen efter vedtagelse på generalforsamlingen med kvalificeret majoritet og med fravigelse af aktionærernes fortegningsret, såfremt selskabet får brug for aktier. Selskaber kan dog give bestyrelsen bemyndigelse til at forhøje aktiekapitalen og til at udstede tegningsoptioner, jfr. ASL §§37 og 40b. I alle tilfælde kræves transparence, aktionærerne bør have besked og mulighed for at gøre deres indflydelse gældende.

D. Det kan være praktisk, at en aktionær, der ønsker at sælge sine aktier, men ikke kan finde en ønskelig køber, eller aktionærer i et selskab hvor aktiernes omsættelighed er undergivet restriktioner, jfr. ASL §18, kan sælge aktierne til selskabet, der således overtager søgningen efter en passende aktionær og kursrisikoen. Parterne i et sådant salg kan eventuelt vedtage at en (positiv) kursafvigelse ved et videresalg af aktierne fra selskabet skal udlignes mellem aktiesælgeren og selskabet. Indgåelse af en sådan udligningsaftale om afgivelse eller deling af gevinst ved et senere videresalg kan også komme på tale i andre tilfælde af, hvor et selskab foretager et opkøb af egne (eller af andres) aktier.

E. Kursmanipulation som defineret i VPHL § 34, stk 3, er forbudt, jfr. VPHL § 39 og ovenfor i afsnit VII. Opregningen i § 34 stk 3 af handlinger, der anses som kursmanipulation, er udtømmende. Forbudet mod kursmanipulation i §39 kan næppe udvides væsentligt ved analogi, men forbudet suppleres af kravet om iagttagelse af god værdipapirhandelskik, jfr. VPHL § 3¹⁵. Den væsentlighedsbetingelse, der oprindeligt fandtes i § 34 stk 3, blev strøget ved Lov nr. 414 af 26.juni 1998, men det kan formentlig stadig ikke anses for kursmanipulation, men må akcepteres som en tilladelig kurspleje eller handler uden væsentlig kurspåvirkning at et selskab

¹⁵⁾ Det nye direktiv (som er en EØS-relevant tekst) omtalt ovenfor i note 1 vil her gøre en forskel. Opregningen af eksempler på kursmanipulationsmetoder i Bilaget afsnit B er ikke udtømmende.

køber og sælger egne aktier, såfremt selskabet ikke derved påvirker kursen på en måde der kan antages at afvige fra aktiernes værdi i markedet, således som denne kan vurderes af selskabet ud fra dets kendskab til virksomheden og til markedet. Det er en rimelig service overfor aktionærer og investorer at holde aktien likvid ved at aftage og stille aktier til rådighed og at undgå tilfældige og umotiverede, kortvarige kursbevægelser.¹⁶

Kurspleje er uomtalt i Københavns Fondsbørs Noteringsregler. Der er dog i disse regler taget stilling til et selskabs mulighed for ved "overallokering og stabilisering" i forbindelse med en emission at tilfredsstille behovet for aktierne til en passende kurs. Reglerne herom findes i et særligt kapitel 5 i Reglernes afsnit 2 om Prospektkrav og udbudsbetingelser ved aktiers optagelse til notering på Københavns Fondsbørs A/S. Et aktieselskab kan købe egne aktier, men er afskåret fra selv at tegne aktier ved en emission, jfr. ASL §48h (2.Direktiv art. 18).

Et børsprospekt skal indeholde oplysning om selskabets eventuelle aftaler med emissionsbanken (eller anden finansiel formidler) om mulighed for en overallokering af aktier ("a green shoe"), og det skal og senere offentliggøres om og hvordan der er gjort brug af en sådan mulighed for at tegne eller sælge yderligere aktier, jfr. Reglernes §21.

Et prospekt skal også indeholde oplysning om aftaler, som aktieselskabet måtte have indgået med finansielle formidlere om "at foretage transaktioner, der stabiliserer eller støtter kursen på selskabets aktier på et niveau, som ellers ikke ville være gældende,..."

Sådanne transaktioner må kun foretages i op til 30 dage efter første noteringsdag og må ikke ske til en kurs, der er højere end udbudskursen.

Det siges i betragtning (14) i Direktivforslaget af 30.5.2001, at "stabilisering eller handel med egne aktier kan af økonomiske årsager være lovlig under visse omstændigheder og bør derfor ikke i sig selv betragtes som markedsmissbrug. Der bør udarbejdes fælles standarder for at skabe praktiske retningslinier på området." Der er stillet forslag om at Kommissionen efter høring af Det Europæiske Værdipapirudvalg, som skal oprettes kan ændre, supplere og tilpasse bestemmelserne i det nye Direktiv.¹⁷

¹⁶⁾ Sml. Lau Hansen : Informationsmisbrug s. 500f.

¹⁷⁾ Jfr herved FESCO (nu CESR): Market abuse (COM(1999)232 af 29.6.2000)

Ophavsretlig beskyttelse af bevægelse som non-verbalt udtryk

af

Elisabeth Thuesen

1. Indledning

1.1. Emneområdet

Mennesker udtrykker sig ikke blot ved ord og lyd. En væsentlig del af kommunikationen foregår på anden måde, typisk ved bevægelser og handlinger. I denne fremstilling behandles spørgsmålet om, i hvilket omfang udtryk, der tilkendes ved bevægelser, er genstand for immaterialretlig beskyttelse på tilsvarende måde som beskyttelse af verbale og lydige udtryk såsom tale, skrift og musik.

1.2. Fremstillingens formål

Fremstillingen tager udgangspunkt i bevægelse fastlagt dels som non-verbalt udtryk for det meningsfulde indhold i et budskab, hvor kropssproget er underlagt budskabets indhold, dels som et kropssprog, der er en udtryksform i sig selv. På dette grundlag undersøges det, i hvilket omfang det non-verbale udtryk er retligt beskyttet med henblik på at vurdere, i hvilket omfang beskyttelsen er tilstrækkelig og hensigtsmæssig.

2. Bevægelse som non-verbalt udtryk

2.1. Begreb og genstand for beskyttelse

Ved "non-verbale udtryk" forstås i denne fremstilling både præcise, meningsfulde tilkendegivelser, der fremsættes ved bevægelse, og vage tilkendegivelser, der udtrykker ytringer, følelser og sindsstemninger af mere upræcis karakter.

Det er langt fra alle bevægelser, som indeholder tilkendegivelser. De bevægelser, som er meningsfulde, kan være mere eller mindre bevidst struktureret som kropssprog. Et præcist, meningsfuldt udsagn udtrykt i bevægelse vil være bestemmende for, hvorledes bevægelsen udføres, således at bevægelsen er underordnet under tilkendegivelsen, medens bevægelsens udformning kan spille en mere selvstændig rolle ved tilkendegivelser, der for eksempel udtrykker sindsstemninger.

Dans er sammensat af bevidst strukturerede bevægelser, som er velegnede til at kommunikere både klare ytringer og upræcise stemningsudtryk. Eftersom forskellige former for dans indeholder et højt udviklet kropssprog, vil især dans som non-verbalt udtryk blive gjort til genstand for analyse i denne fremstilling.

Til det non-verbale udtryk kan lyd være tilknyttet som en integreret del af udtrykket, for eksempel ledsagemusik til dans eller råb knyttet til en truende bevægelse. Derfor vil immaterialretlig beskyttelse af musik som led i beskyttelse af bevægelse blive berørt i fremstillingen.

Der bortses i denne fremstilling fra tegnsprog for døve, der må opfattes som et særligt sprog beregnet til kommunikation. Bevægelsens indhold, ikke dens form, er afgørende for formålet. Det udelukker ikke, at der i tegnsproget udvikles tegn, der er ophavsretligt beskyttelsesværdige. Men dette område gøres ikke til genstand for behandling.

Genstanden for beskyttelse af bevægelse findes på to planer:

Når bevægelsen tilkendegiver et meningsfuldt budskab, er behovet for beskyttelse rettet mod selve det budskab, der udtrykkes. Men desuden kan behovet for beskyttelse rettes mod den form, hvori budskabet udtrykkes, mod selve bevægelsen. De to former for beskyttelse behøver ikke at være parallelle. Der kan være behov for at beskytte budskabets mening, selv om det udtrykkes i en form, som ikke er genstand for beskyttelse. Tilsvarende kan en almindeligt forekommende tilkendegivelse udtrykkes i en særpræget form, som kræver beskyttelse.

2.2. Kropssprogets betydning¹

Kommunikation ved kropssprog foregår fra et tidligt tidspunkt af et barns udvikling, og det elementære kropssprog er universelt. Dr. Maxine Sheets-Johnstone², USA, har påpeget, at bevægelsen fænomenologisk knytter en persons eget Jeg sammen med omverdenen (Movement is matchpoint with the World). Kroppen har sin egen hukommelse, personens egen historie er knyttet til kropslige oplevelser, følelser er forbundet med bevægelser som udtryk for hengivenhed, afvisning mv. Vi husker ikke intellektuelt vor tidligste barndom, men vi husker non-verbalt ved de kinetiske (bevægelsesrelaterede) erfaringer, som kroppen har gjort. I dans tænker vi gennem bevægelsen (thinking in movement), og dansen bliver udtryk for en fælles tværkulturel arv.

James McBride³ har redegjort for, at kropssproget er et tegnsprog, som er multifunktionelt og multidimensionelt. Det er knyttet til sanserne, og det indeholder for eksempel enheder i rumlige dimensioner, som det verbale sprog udnytter til at uddybe forståelsen, således udtrykket "on the one hand – on the other hand (på den ene side – på den anden side)".

Dr. Lázló Felföldi⁴, Ungarn, har påpeget, at ungarsk dans er bærer af karakteristiske nationale træk. Dansen er udtryk for en kinestetisk (bevægelsesmæssig) og musikalsk overleveret viden. Den levendegør sagn og historier i en emotionel fremstilling, som kan verbaliseres. Der overføres en underbevidst information gennem dansens bevægelser. Han har oplyst, at dansen er blevet anvendt som led i samfundsmæssig styring inden for lokalsamfundet. Som eksempel har han nævnt, at man i et landsbysamfund tidligere en gang årligt fastsatte mælkekvantitet og priser på fåremælk ved aftale mellem de ledende personer i samfundet. Efter forhandlingerne gik man i procession med et lokalt orkester til den øverste færehyrde, hvor aftalen blev bekræftet ved opførelse af den rituelle færehyrdedans.

¹⁾ De forskere, hvis opfattelser er gengivet i dette afsnit, har fremlagt deres synspunkter ved conferenceoplæg under en konference med titlen "International Conference on Cognitive Aspects of Dance" arrangeret af Nordisk Forum for Danseforskning (NOFOD) i Trondheim, Norge, d. 10. – 13. Januar 2002. Der refereres hertil som "NOFOD-Konferencen". Oplæggene er under udgivelse, men endnu ikke udkommet.

²⁾ Dr. Maxine Sheets-Johnstone er uafhængig forsker inden for blandt andet fænomenologi, filosofisk antropologi og kognitiv videnskab. Hun har indtil for nylig været Visiting Associate Professor of Philosophy ved University of Oregon. Der refereres til hendes oplæg ved NOFOD-Konferencen.

³⁾ Der referes til James McBride's oplæg ved NOFOD-Konferencen: "Between Dance and Language: Sign Language Poetry".

⁴⁾ Dr. Lázló Felföldi er leder af The Folk Dance Department, Institute of Musicology, Academy of Sciences, Budapest. Der er refereret til hans oplæg "Hungarian dances, dance workshop".

Det var afgørende for aftalens bindende kraft, at bestemte betydningsfulde personer i lokalsamfundet opførte dansen, og at bestemte kunsthædige trin og bevægelser blev benyttet. Dansen var udtryk for et genetisk tegnsystem, der knyttede lokalsamfundets medlemmer sammen. Aftalen gik bogstavelig talt ”ind i kroppen” og blev husket med kroppen.

2.3. Bevægelse og dans

2.3.1. Definition af dans

Dans er et non-verbalt udtryksmiddel, et kropssprog, som består af kontrollerede, bevidste bevægelser organiseret i en struktur.

Den dansetype, som lægges til grund for denne fremstilling, er hovedsageligt den professionelle dans, især ballet. Den ikke-professionelle selskabsdans, som læres i danseskoler, vil også blive inddraget. Folkedans vil blive berørt i korthed.

2.3.2. Beskyttelsesobjektet for dans

De kreative, immaterielle elementer i dans er vanskelige at beskytte mod ulovlig udnyttelse, fordi dansens natur er flygtig. Dels er det svært at manifestere og fastholde den substans, som skal være genstand for beskyttelse. Dels består dans af grundelementer, som ikke er originale. Fodtrin og kroppens enkelte bevægelser er ikke originale. Substansen for beskyttelse må findes i kombinationen af trin og bevægelser og i dansens figurer og struktur.

2.3.3. Dans og sport

Sammenligner man elitesport og professionel dans, er der lighedspunkter: Der kræves træning af fysiske færdigheder for at kunne udføre aktiviteterne. Der kan begge steder lægges vægt på den æstetiske udførelse af aktiviteterne. Men medens sportens formål er at yde fysiske præstationer i en præsentabel ramme, går dansens formål videre end til den fysiske aktivitet. Bevægelsen er midlet, ikke målet. Formålet med dansen er via kropssproget at kommunikere med dansepartnerne og udtrykke følelser og stemninger og gennemleve handlingsforløb. Danseren er fysisk trænet svarende til elitesportsfolks træning. Men på basis af træning, erfaring og talent arbejder danseren med at udvikle kroppen til at være et instrument til at udtrykke et nuanceret og personligt kropssprog. Danserens egenart består i at have færdighed i at udtrykke sig i bevægelser og kropsholdninger, hvorved danseren skaber sit eget originale kropslige udtryk.

3. Retlig beskyttelse af bevægelse

3.1. Indholdsmæssig beskyttelse af bevægelse som sprogligt udtryk

En bevægelse kan udføres som en teknisk funktion. Den har normalt ikke noget særpræg i sig selv og udtrykker ingenting. Der er ikke behov for retlig beskyttelse.

Men bevægelse er også et middel, hvormed man ytrer sig over for omverdenen.

Det kropssprog, hvorved man fremsætter intellektuelt meningsfulde ytringer, vil normalt være et enkelt, stærkt og entydigt sprog, der er universelt. Bevægelserne, som fastlægger budskabets indhold, har ofte ikke noget beskyttelsesværdigt særpræg, netop fordi det non-verbale sprog er beregnet til at være forståeligt for alle.

Den retlige beskyttelse af indholdet af den non-verbale tilkendegivelse omfatter to områder:

Det intellektuelle indhold kan være beskyttet dels som en menneskerettighed i form af ytringsretten, dels som et litterært eller kunstnerisk værk omfattet af ophavsretten. Kun den sidstnævnte form falder inden for rammerne af denne fremstilling. Ytringsretten vil derfor kun blive omtalt i korthed.

Ytringsretten giver en person ret til at udtrykke sine tanker og meninger med respekt for andre menneskers integritet og værdighed og for den offentlig anstændighed og moral. Der er tale om beskyttelse af friheden til at give og modtage information uden censurering. Ytringsretten er en rettighed, som kan benyttes af alle, og netop derigennem udvikles et sprog, som er universelt.

Ytringsretten er dels beskyttet af de nationale forfatninger, f. eks. den danske grundlov § 77, som forbyder forudgående censur, og dels i internationale konventioner, herunder den europæiske menneskerettigheds-konvention, som i art. 10 fastslår informationsfriheden. Ytringsretten omfatter frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser.

Udøvelse af retten medfører pligter og ansvar og kan derfor underkastes betingelser og restriktioner, som er nødvendige af samfundsmæssige hensyn.

Den ophavsretlige beskyttelse af indholdet af det non-verbale udsagn er den samme som beskyttelsen af den verbale tilkendegivelse i tale og skrift. Udsagnet skal kunne karakteriseres som et litterært eller kunstnerisk værk, se under pkt. 4.1. Da indholdet af en non-verbal ytring som oven for nævnt må være klart og enkelt for at blive forstået korrekt, vil der næppe i almindelighed blive skabt et beskyttelsesværdigt

værk baseret på indholdet. Men i det omfang, der er tale om en ophavsretligt beskyttet ytring, må den behandles på samme måde som et verbalt udsagn. Området vil derfor ikke blive taget op til selvstændig behandling her.

3.2. Beskyttelse af bevægelsens form

3.2.1. Generelt

Når der opbygges strukturerede former for bevægelse, bliver kropssproget nuanceret og individuelt. Her er der behov for retlig beskyttelse af ikke-materielle, kreative frembringelser relateret til udtrykkets form. Sceniske værker, der der beskyttelsesværdige, kan foreligge for eksempel som dans eller pantomime. En sådan optræden kan forekomme som en selvstændig opførelse, såsom en ballet eller et klovnummer, eller kan indgå om led i for eksempel et skuespil.

3.2.2. Særligt om retlig beskyttelse af dans

Inden for dans er den enkelte bevægelse eller et bestemt fodtrin ikke beskyttelsesværdige, da enkelte bevægelser og trin normalt mangler et karakteristisk særpræg.

Derimod er der behov for beskyttelse af den idé, som manifesterer sig ved en bevidst, organiseret bevægelse, fastlagt i et bevægelsesmønster eller kombination af trin. Dansen kan fremstå som en æstetisk helhed, opdelt i detaljerede mønstre, eller som billedfriser, en form for levende billeder. Dans kan rumme et handlingsforløb, et drama, der udtrykkes ved selve dansens struktur og bevægelser, eller ved en blanding af dans og kropssprog i form af pantomime. Den ledsagende musik koordinerer bevægelserne og skaber helhed og mening i dansen og kan på denne måde indgå som en del af manifestationen.

Undersøgelsen er rettet mod de beskyttelsesværdige elementer i de bevægelser, der er udtrykt i dansen, og mod de nedskrevne bevægelser, koreografien, samt mod optagelse og gengivelse af bevægelserne på video, film mv. og overførelse fra et medie til et andet.

3.3. Retskilder

Inden for immaterialretten er det ophavsretten, som har langt den største betydning for beskyttelsen af dans. Dette retsområde tager sigte på beskytte litterære og kunstneriske værker og præstationer mod ulovlig udnyttelse, som typisk kan ske ved kopiering og publicering.

Lovgivningen om markedsføring tilsigter at beskytte af den økonomiske værdi af dans som tjenesteydelse.

I denne fremstilling er det de almindelige principper for ophavsret, som vil blive fremlagt. De bliver illustreret ved hjælp af dansk ophavsret. Danmark har i det væsentlige gennemført de mest betydningsfulde internationale konventioner og EU regler, og den danske ophavsretslov giver således udtryk for de centrale problemer i ophavsretten, og anviser løsninger, som er fælles med de lande, der har tilsluttet sig de internationale regler⁵.

4. Objekt og subjekt for ophavsretlig beskyttelse

Hvad er genstand for ophavsret, dvs hvilke manifestationer, ytringer eller udtryk er beskyttet?

Hvilke personer eller enheder er ophavsretligt beskyttet?

4.1. Objektet for beskyttelse: Et værk⁶

4.1.1. Ophavsretsloven § 1: Et litterært eller kunstnerisk værk, der har værkshøjde

De typiske eksempler på et værk er en bog, et maleri, en komposition eller en film. Et værk behøver ikke i dansk ret at være fikseret til papir eller andet medium, selv om det kan være nødvendigt for at bevise værkets eksistens, og værket behøver ikke at være færdigt. Også brudstykker af et værk er beskyttet. Men værket skal være manifesteret. De tanker, idéer og motiver, der ligger til grund for værket, er ikke beskyttet. De enkelte ord, toner eller bevægelser heller ikke. Beskyttelsens genstand er den personligt prægede form, som idé og indhold fremtræder i. Kun den konkrete

⁵⁾ Gennemgangen af ophavsretsloven bygger især på kommentarene til de enkelte regler i Peter Schønnings værk: "Ophavsretsloven med kommentarer", 2. Udgave, København 1998.

⁶⁾ Se Mogens Koktvedgaard kapitel II, C.

udformning er beskyttet.

Selve ophavsretten opstår med værkets skabelse. Men for at være beskyttet kræves det for det første, at værket er frembragt.

For det andet skal værket være karakteriseret som litterært eller kunstnerisk; det skal have værkshøjde. En koreografi til en ballet vil normalt være nedskrevet i notation, tekst og evt. skitser og tegninger. Den vil umiddelbart fremtræde som en frembringelse med værkshøjde. Der foreligger et litterært værk. Men selv om koreografien ikke er nedskrevet, er den beskyttet, såfremt den har manifesteret sig med værkshøjde, dvs fremtræder som selvstændig og original. De enkelte dansetrin og de enkelte figurer i dansen har normalt heller ikke et sådant særpræg, at de har den fornødne værkshøjde. Men kombinationen af trin og figurer og dansens struktur kan have værkshøjde. Sceneværker er således genstand for beskyttelse.

Typer af selskabsdanse har normalt ikke værkshøjde, da de består af faste trin og figurer i en kombination, som ikke er særpræget for den enkelte dans, men alene for dansetypen, f.eks. vals eller tango. Men der kan struktureres danse inden for typen, som har originalitet og derved får værkshøjde.

Folklore og folkedans er ikke beskyttet i dansk ret, og så vidt vides heller ikke i andre europæiske retsordener. De enkelte danse har ikke en sådan selvstændighed og særpræg, at der foreligger et værk. Man arbejder via WIPO organisationen på at opstille en alternativ beskyttelse og prøver at fastlægge, hvad og hvem der skal beskyttes.

4.1.2. Ophavsretsloven § 4: Bearbejdelse af et værk

Bearbejdelse eller overførelse til en anden kunstart er selvstændigt beskyttet i den bearbejdede skikkelse. Men man må ikke råde over bearbejdelsen i strid med det oprindeligt beskyttede værk.

Hvornår foreligger der en bearbejdelse af et værk ? Der er blevet afsagt en dom UfR 1965.394⁷⁾, hvor Holger Boland var sceneinstruktør af en komisk opera i to akter med ballet, *La Serva Padrona*, som var blevet opført første gang i Napoli i 1733 og i Det kgl. Teater i København i 1900. Operaen blev opført i Tivolis Koncertsal, og under opførelsen blev anden akt transmitteret i fjernsynet til seere i Skandinavien. Holger Boland protesterede mod transmissionen, da han mente, at han skulle have givet samtykke til den, og han krævede erstatning. Han havde ændret i stykket, f.

⁷⁾ Peter Schønning s. 517.

eks. blev en gammel mand ændret til at være en ung mand. Han skabte en rolle til en af stykkets figurer, den stumme Vespone, der udført af en balletdanser som pantomime, og desuden blev der syet nye kostymer. I øvrigt lå stykket stilsmæssigt inden for Commedia dell'Arte-stilen. Højesteret udtalte, at under hensyn til den særegne karakter af en sceneinstruktørs kunstneriske arbejde og den fremtrædelsesform, som hans arbejdsresultat har, så må det kræves, at iscenesættelsen som følge af en personligt skabende indsats fremtræder som et værk af væsentlig ny og særpræget karakter. Det var ikke bevist i sagen. En sceneinstruktør betragtes som en udøvende kunstner, og han anses generelt ikke som nogen, der bearbejder andres værker, selv om det ikke kan udelukkes, at der kan forekomme bearbejdelse. Det er sceneinstruktørens præstation, som er genstand for beskyttelse.

I en senere sag, UfR 1978.42 H (sceneinstruktør Palle Skibelund vedrørende opera-instruktion) udtalte et flertal af dommere i Østre Landsret, at sceneinstruktøren sætter sit særlige præg på udførelsen ikke blot af forestillingen som helhed, men også på den enkelte kunstners præstation. På dette grundlag må han sidestilles med udøvende kunstnere. Et flertal i Højesteret påpegede, at der forelå et nordisk lovsamarbejde inden for området, og at den norske og svenske lov anså sceneinstruktører som udøvende kunstnere. Sceneinstruktør Palle Skibelund blev i denne sag anset for at være beskyttet som udøvende kunstner.

4.2. Subjekt for beskyttelse: Rettighedshaverne⁸

4.2.1. Ophavsmand.

Den, der skaber værket og således frembringer det oprindelige værk, er ophavsmand.

4.2.2. Bearbejder

Den, der bearbejder værket, er ophavsmand inden for sit område. Men han må ikke krænke det oprindelige værk. Det kan være oversætteren, som er ophavsmand til en sproglig oversættelse.

En sceneinstruktør betragtes som tidligere nævnt ikke som en, der bearbejder et værk, men som en udøvende kunstner, se afsnit 4.1.2.

⁸⁾ Mogens Koktvedgaard kapitel II, D.

En balletmester, der omsætter en tekst (en libretto) til kropssprog, må antageligt betragtes på samme måde, dvs som en udøvende kunstner.

4.2.3. Flere ophavsmænd

Når flere ophavsmænd medvirker til at frembringe et værk, må man forsøge, om de enkelte elementer kan udskilles som selvstændige værker, der ejes af hver sin ophavsmænd. Ellers ejes værket af ophavsmændene i fællesskab. Optræder man alene som medhjælp eller konsulent for hovedmanden, får man ingen ophavsret til værket. Klare kriterier kan ikke opstilles for bestemte kategorier, afgørelsen beror på et skøn⁹.

Har man ophavsret til et værk, kan man overdrage denne ret til andre, f. eks. til en producer eller et forlag. Den, der erhverver retten, har iflg. ophavsretsloven § 54 pligt til at udnytte retten. Gør han ikke det, kan ophavsmanden ophæve aftalen efter 5 års forløb.

4.2.4. Arbejdstagere

Arbejdstagere har som udgangspunkt ophavsret til deres frembringelser. Iflg. praksis gælder, at i et fast ansættelsesforhold anses arbejdstageren for at have overdraget sit værk til arbejdsgiver i det omfang, det på produktionstidspunktet var nødvendigt at overdrage ophavsretten, for at arbejdsgiverens sædvanlige virksomhed kunne fungere. Det gælder for eksempel om dagbladenes sædvanlige udnyttelse af journalisters artikler, som skrives for det blad, hvor journalisterne er ansat¹⁰.

Jeg antager på dette grundlag, at de ansatte balletdanseres præstationer for arbejdsgiveren, teatret, er overdraget til teatret.

⁹⁾ Se eksempelvis Erik Aschengreen Kapitel 14, især s. 175 ff. vedr. rettighederne til Jean Cocteau's ballet "Le Jeune Homme et la Mort". Forholdet er behandlet af Marianne Alsne, se Alsne: "Jean Cocteau och upphovsrätten till et dansdrama".

¹⁰⁾ Ruth Nielsen: Lærebog i Arbejdsret, 8. rev. udgave 2001 s. 290.

4.2.5. Nærstående rettigheder

Udøvende kunstneres præstationer og producenters lyd- og billedoptagelser er undergivet et værn, som svarer til ophavsretten, men er mindre vidtgående. Det vil blive behandlet nedenfor under punkt 6.

5. Den ophavsretlige beskyttelses indhold¹¹

Ophavsmanden har eneret til at råde over værket.

5.1. Eneret

Ophavsmandens eneret inden for det her behandlede område har især betydning inden for to hovedområder:

At fremstille og sprede eksemplarer og at gøre værket tilgængeligt for almenheden.

5.1.1 Fremstilling og spredning af eksemplarer

At fremstille eksemplarer kan ske ved kopiering eller ved at overføre værket til andre medier. Det er ikke noget problem ved selve udførelsen af præstationen, men har betydning ved kopiering af den nedskrevne koreografi og ved gengivelse og overførelse af præstationen til tv, video og lignende medier. Derimod opstår der spørgsmål om efterligning af selve præstationen, som ikke vedrører eksemplar fremstilling og spredning heraf.

5.1.2. Tilgængeliggørelse for almenheden

Ophavsmanden har ret til at bestemme, hvornår og hvorvidt der skal foretages en offentlig fremførelse af hans værk, f.eks. et sceneværk. Han skal give samtykke til selve fremførelsen.

Ophavsmanden bestemmer også, om videobånd skal sendes på markedet, dvs om der skal ske en spredning af eksemplarer af videobånd til almenheden. Selv om der er sket en offentlig fremførelse af et værk, skal ophavsmanden på ny give samtykke til optagelse af billeder, markedsføring og salg af film og videobånd.

¹¹⁾ Mogens Koltvedgaard kapitel 2, E.

Men når først et eksemplar af en film eller et videobånd med samtykke fra ophavsmanden lovligt er blevet overdraget til andre, må eksemplaret spredes videre, jfr. ophavsretsloven § 19. Det indebærer, at der opstår konsumtion, når værket lovligt er blevet kopieret, og kopierne er sat i omsætning. Den, der køber båndet, har ret til at sælge båndet videre eller udlåne det til andre. Reglen om konsumtion gælder i hele EU området. Der er visse restriktioner for udlejning af film, § 19, stk. 2, og offentlig fremførelse, § 21, se ndfr. pkt. 5.5.2. og pkt. 5.5.6.

5.1.3. Ophavsrettens gyldighedstid

Når 70 år er forløbet efter ophavsmandens dødsår, ophører den ophavsrettlige beskyttelse. Derefter er der ikke længere nogen eneret til værket. Det kan frit benyttes uden tilladelse eller betaling. For fællesværker vedvarer beskyttelsen indtil 70 år efter den længstlevendes dødsår. Bearbejdelser er beskyttet i 70 år efter bearbejderens død, jfr. ophavsretsloven § 63.

5.2. Andre rettigheder

5.2.1. Faderskabsret

Ophavsmanden har krav på at blive navngivet på eksemplarer af værket og ved offentlig fremførelse, ophavsretsloven § 3, stk. 1, for eksempel ved at anføre navn på plakat eller i program.

5.2.2. Respektret

Værket må ikke ændres eller gøres tilgængeligt for almenheden på en måde eller i en sammenhæng, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart¹², for eksempel ved at anvende værket ved kommerciel eller politisk reklame, eller anvende en klassisk ballet til en pornografisk forestilling, jfr. ophavsretsloven § 3, stk. 2.

Derimod er det tilladt at fremføre parodier og travestier inden for de rammer, der er fastlagt ved traditionen.

Ophavsmanden kan ikke frafalde respektretten, medmindre der er tale om en afgrænset brug af værket.

¹²⁾ Peter Schønning s. 174 ff.

5.3. Droit moral

Droit moral er en beskyttelse af de ideelle rettigheder, som består efter udløbet af ophavsretten.

Ophavsretsloven § 75 bestemmer, at der ikke må foretages noget i strid med faderskabsretten og respektretten, hvis kulturelle interesser herved krænkes. Bestemmelsens formål er at bevare kulturarven. Kun værker, der er en del af kulturarven, er beskyttet mod krænkelse efter ophavsrettens udløb. Kulturministeriet kan gribe ind, hvis der sker overtrædelser. Der er eksempler på, at et klassisk musikkværk er blevet ændret til jazz. Jørgen Thorsens Jesus-film viste scener af Evangelierne i fremførelse med pornografisk karakter¹³.

Beskyttelsen under droit moral er i princippet snævrere end under respektretten, men i praksis er der nok ikke nogen stor forskel. Kulturministeriet vil dog antageligt kun gribe ind over for kendte værker og krænkelse af en vis grovhed.

5.4. Krænkelser af ophavsretten

Når det skal vurderes, om der er sket en krænkelse af et værk, foretages der et konkret, sagligt skøn. Det er det manifesterede, udtrykte værk, der tages stilling til, ikke de idéer og motiver, der ligger bag værket. En krænkelse forudsætter, at den krænkende har haft kendskab til værket. Det indebærer, at den krænkende skal have været klar over, at han ikke var berettiget til at disponere over værket på den måde, som han har gjort. Har han været i god tro, dvs skabt det samme eller et lignende værk uden kendskab til det oprindelige værk, bliver ophavsrettighederne for de to ensartede værker sidestillet.

I praksis anses det for krænkende, at der sker en filmatisering af et værk, dvs overførelse af værket fra et medium til et andet uden tilladelse. Også gengivelse af et teaterstykkets scenegang kan være krænkende¹⁴.

¹³⁾ Peter Schønning s. 576 - 579.

¹⁴⁾ I dommen UfR 1943.431 ØLD blev omtalen af et teaterstykkets scenegang mv. i et teaterprogram dog ikke anset for krænkende.

5.5. Indskrænkninger i eneretten ("lovlige krænkelse")

5.5.1. Aftale, aftalelicens

Der kan træffes aftale med ophavsmanden om tilladelse til at råde over hans værk helt eller delvis. Det kan for eksempel ske ved en kollektiv aftalelicens.

5.5.2. Privat og offentlig brug

Uden aftale er det tilladt for alle at kopiere værker til privat brug og fremføre dem privat, ophavsretsloven § 12 stk. 1.

Ifølge ophavsretsloven § 21 stk. 1 nr. 1 er det ikke tilladt at fremføre et sceneværk eller filmværk offentligt uden tilladelse.

Andre værker, f. eks. musikværker, må fremføres ved offentlige gratis arrangementer, når fremførelsen ikke er det væsentlige ved arrangementet og ikke sker i erhvervsøjemed, samt ved gudstjeneste og som led i undervisning, dvs i forbindelse med kundskabsformidling og andre undervisningsformål.

5.5.3. Citat-ret

Det er tilladt at citere uddrag ikke blot af tekster, men også af levende billeder, når det sker inden for rammerne af god skik, jfr. ophavsretsloven § 22. Men det er ikke tilladt uden fotografens samtykke at fremvise faste billeder, dvs fotografier, ophavsretsloven § 70. Fremvises en del af et fotografi, eventuelt taget ud af sin oprindelige sammenhæng og sat ind i en ny sammenhæng, kan ophavsretten § 3 stk. 2 om respektretten være krænket¹⁵, se under afsnit 5.2.2. Dog er det i praksis blevet tilladt at vise et enkeltbillede (stillbillede) fra tv-udsendelser. I sagen UfR 1984.881Ø blev det anset for overensstemmende med citatretten, at et enkeltbillede fra tv-skærmen, som var blevet affotograferet af dagbladet Berlingske Tidende under Dronningens nytårstale, blev bragt i avisen, når talen samtidig blev refereret eller gengivet¹⁶.

¹⁵ Se Martin Dahl Pedersen s. 222-223, hvor der fra retspraksis omtales sagen UfR 1992.549Ø. Her blev anvendelsen af et fotografi af en person indsat i en anden end den oprindelige sammenhæng anset for krænkende for fotografen.

¹⁶ Se Martin Dahl Pedersen s. 104.

5.5.4. Særligt om offentlig undervisning

Der kan træffes aftaler mellem skoler og ophavsmænd om brug af beskyttede værker, jfr. afsnit 5.5.1.

For danseskoler gælder, at det uden aftale er tilladt at fremstille eksemplarer til forberedelse af egen undervisning samt til enkelte elever, f. eks. koreografisk notation og noder til ledsagende musik.

Der må ikke fremføres sceneværker eller film i undervisningen.

Ved Østre Landsrets dom af 10. april 2002 (KODA / Gramex mod danseskolen "Komogdans", Hellerup) blev det fastslået, at danseskolen skulle betale vederlag til KODA og Gramex for brug af popmusik, da der var tale om en offentlig fremførelse. Den sagsøgte danseskole bestred, at der forelå offentlig fremførelse i forbindelse med, at kursisterne fik tilbud om at lære moderne dansetrin. Det overordnede sigte med dansekurserne var det sociale samvær, udover at fremme interessen for dans. Dommerne udtalte, at selv om det sociale samvær spillede en rolle, var der ikke tale om lukkede hold. Undervisningen var kommerciel og åben for alle med de fornødne forkundskaber. Musikken var afgørende for undervisningen og blev ikke fremført i kredse af privat karakter. Der var ikke tale om brug af musik som kundskabsformidlende led i danseundervisningen i medfør af ophavsretsloven § 21 stk. 1 nr. 2.

5.5.5. Digitale værker

Digitale værker såsom filmværker, musikværker og andet må fremføres på offentlige biblioteker. De må bruges på stedet til personligt gennemsyn eller studiebrug ved hjælp af teknisk udstyr. Men de må ikke kopieres, se ophavsretsloven § 21 stk. 3.

Har man lovligt erhvervet ret til et digitalt værk, må man fremstille en sikkerhedskopi. Man ikke downloade værket, kopiere lyd eller billeder fra digitale bånd, ophavsretsloven § 12 stk. 2. Derimod må man gerne privatkopiere fra analogt til digitalt medium, f. eks. scanne papirbaseret tekst / billede ind på computer, og omvendt fotokopiere fra digital til analog form¹⁷.

¹⁷⁾ Peter Schønning s. 228 - 230.

5.5.6. Mediernes anvendelse af værker

Ytringsretten berører ophavsretten, når der skal sikres informationsfrihed. Derfor må der offentliggøres reportager om beskyttede værker, og et værk må fremføres, når det indgår i en dagsbegivenhed som et naturligt led, en reportage, f. ex. i en filmreportage eller fjernsyn, ophavsretsloven § 25.

Vedrørende fremførelse i radio og fjernsyn er loven restriktiv. Her er det forbudt at udsende fremførelse af værker overhovedet uden tilladelse, ophavsretsloven § 21, stk. 2, bortset fra citering og referat¹⁸. Ifølge ophavsretsloven § 30, stk. 1, kan tilladelse opnås ved aftalelicens i henhold til § 50. Ifølge § 30, stk. 1, andet pkt., er dette dog ikke tilstrækkeligt til fremførelse af scene- og filmværker. Her kæves individuel aftale om rettighederne.

Når radio eller fjernsyn har erhvervet ret til at udsende et værk, må værket optages digitalt til brug for senere udsendelser, den såkaldte efemære optagelse, ophavsretsloven § 31.

6. Nærstående rettigheder

I ophavsretsloven er der for særlige grupper fastlagt rettigheder, som svarer til ophavsrettigheder.

Rettighedshaverne er udøvende kunstnere og producenter.

6.1. Udøvende kunstnere

6.1.1. Definition og kategorier

Udøvende kunstner er enhver, der fremfører, dvs. tolker eller levendegør et litterært eller kunstnerisk værk. Statister betragtes ikke som udøvende kunstnere.

Fremførelse kan enten ske direkte som danser, mimiker, musiker, skuespiller, oplæser, eller kan fremtræde indirekte som det arbejde, der udføres af en koreograf eller sceneinstruktør (regissør), der arbejder på grundlag af et manuskript, skitse til iscenesættelse eller lignende.

¹⁸⁾ Se Martin Dahl Pedersen s. 104 - 105 vedr. praksis.

Dommen om operaen La Serva Padrona UfR 1965.394 H fastslog, at sceneinstruktøren er udøvende kunstner, se ovfr. pkt. 4.1.2. Koreograf og scenekunstner kan desuden udføre bearbejdelse af bestående værker. I den konkrete sag udtalte retten, at sceneinstruktørens indsats ikke havde bragt noget, der var så væsentligt nyt, særpræget og selvstændigt, at indsatsen kunne beskyttes som et værk eller en bearbejdelse. Stykket har undergået talrige indstuderinger af forskellig art. Hvis alle skulle beskyttes, kunne stykket ikke opføres. Derimod var den fornødne selvstændighed til stede i sagen UfR 1978.42 H.

Filminstruktører anses ikke som udøvende kunstnere, men som ophavsmænd til det pågældende filmværk.

6.1.2. Objekt for rettighederne: Præstation, OHL § 65

De udøvende kunstners rettigheder er knyttet til selve præstationen.

I medfør af ophavsretsloven § 65, stk. 1, er den udøvende kunstners præstation som sådan kun beskyttet, når den hviler på fremførelse af et litterært eller kunstnerisk værk. Selve præstationen behøver ikke at være kvalitetsmæssig kunstnerisk; det forlanges, at præstationen skal være "af kunstnerisk art", men der foretages ikke en egentlig kvalitetsbedømmelse. Den rent mekaniske fremførelse er således ikke beskyttet¹⁹.

Ved opførelsen af dansen kan danseren gøre sin egenart gældende ved gennem sit personlige kropslige udtryk at skabe et originalt formsprog, udviklet gennem en kombination af træning, erfaring og talent. Men det kropslige udtryk som sådan er ikke hidtil blevet opfattet som et værk i sig selv.

Det beskyttede værk kan være skabt og manifesteret af den udøvende kunstner selv, således at den præsterende kunstner er beskyttet som ophavsmand, når han fremfører sit værk. Samtidig er selve præstationen beskyttet som fremførelse af et værk med værkshøjde.

Når der ligger en koreografi til grund for et værk, f. eks. en ballet, og denne koreografi har værkshøjde, dvs den er manifesteret i et manuskript eller på anden måde, og koreografien er kunstnerisk, så er koreografien i sig selv beskyttet mod efterligning ifølge ophavsretsloven § 1. Udførelsen af balletten er en fremførelse af et beskyttet værk, en præstation, der som nærstående ret er beskyttet ifølge ophavsretsloven § 65.

¹⁹⁾ Smh. Peter Schønning s. 514 - 516.

Hvis grundlaget for præstationen for eksempel er en dansekururrence med fremvisning af dansetyper med forud fastlagte færdigheder og figurer, vil de fastlagte krav til dansen normalt ikke have værkshøjde. Herefter kan præstationen ikke betragtes som fremførelse af et værk. Der er ingen beskyttelse, selv om fremførelsen i sig selv er original, iflg. § 65.

Det gælder tilsvarende for elitegymnastik, kunstkøjtølb og lignende idrætspræstationer, at fremførelsen skal have værkshøjde for at være beskyttet. For eksempel er der beskyttelse af koreograferede præstationer, hvor det kunstneriske indtryk har afgørende betydning. Der er tale om fremførelse af et kunstnerisk værk.

De medvirkendes præstationer i ensembler, kor, orkester, kan på samme måde være beskyttet. Men bestemmelsen omfatter ikke statister.

Et klovnennummer med dans og pantomime, hvor det originale element består i aktørens personlige udtryk ved brug af velkendte bevægelser og mimik, er ikke beskyttet, når indholdet af fremførelsen - for eksempel et banalt handlingsforløb - ikke har tilstrækkelig værkshøjde. Selve præstationen betragtes ikke hverken som et værk eller som udførelse af et værk. Kun hvis grundlaget for opførelsen har værkshøjde, er præstationen beskyttet, uanset om der foreligger skriftlig dokumentation²⁰.

Indøvelse i en danseskole af en scenedans, for eksempel Bømedansen fra skuespillet Elverhøj, betragtes ikke som en præstation af en udøvende kunstner, da der sker en mekanisk indlæring.

Det er altid tilladt at danse en dans privat ved at følge en beskrivelse eller billedgengivelse, uanset mediet - for eksempel papir, skærm eller video -, når det sker privat. En dans kan også opføres offentligt eller bruges ved undervisning, når den er indstuderet ud fra en beskrivelse, der ikke har værkshøjde.

6.1.3. Rettighedernes indhold

Udøvende kunstners enerettigheder i henhold til ophavsretsloven § 65

²⁰⁾ Peter Schønning s. 515.

6.1.3.1. Generelt

Når kunstneren opfører et ophavsretligt beskyttet værk, er hans præstation beskyttet mod optagelse og gengivelse af billede og lyd, dvs. fixering af præstationen uden hans samtykke. En optagelse må heller ikke uden hans samtykke gøres tilgængelig for almenheden, og der må ikke uden samtykke spredes eksemplarer af optagelsen. Men der er ikke beskyttelse mod imitation. I den henseende har den udøvende kunster ingen eneret²¹. Det indebærer, at det personlige udtryk, som han udviklet, kan gengives af andre. Han har kun krav på den beskyttelse, som ligger i *droit moral*, dvs. at hans indsats ikke må forvanskes.

6.1.3.2. De enkelte beskyttelsesregler i ophavsretsloven § 65

Beskyttelsen i § 65 stk. 1 er rettet mod den udøvende kunstners eneret til fremførelse af litterært eller kunstnerisk værk. Det indebærer, at den udøvende kunstner skal give samtykke til, at hans præstation optages på video, film eller anden indretning. Han bestemmer, om og hvornår den skal gøres tilgængelig for offentligheden. Dog indskrænkes eneretten til optagelser og gengivelse af fremførelsen ved citatreglen i § 22 og reportagerreglen § 25.

Desuden har den udøvende kunstner ingen beskyttelse mod, at der optages og gengives fotografier af hans fremførelse²².

Musik i forbindelse med dans kræver samtykke fra musikerne.

De udøvende kunstnere har krav på vederlag, når de giver samtykke til andres anvendelse af deres præstation, jfr. ophavsretsloven § 68.

Iflg. § 65 stk. 2²³ gælder, at i tilfælde, hvor en fremførelse er blevet optaget, må optagelsen ikke uden samtykke overføres til anden indretning til gengivelse eller gøres tilgængelig for almenheden, før 50 år er forløbet efter udgangen af året for offentliggørelsen.

Kunstnerens samtykke til at optage fremførelsen giver således ikke automatisk ret til at udnytte den. Der skal gives samtykke til at offentliggøre optagelsen, kopiere den og uddele, sælge, udlåne eller udleje den. Optagelsen må ikke uden samtykke vises i

²¹⁾ Peter Schønning s. 513.

²²⁾ Peter Schønning s. 517.

²³⁾ Peter Schønning s. 519.

biograferne. Beskyttelsestiden på 50 år regnes fra udløbet af det år, hvor fremførelsen fandt sted, eller første udgivelse eller offentliggørelse skete. Derefter er der alene droit moral beskyttelse. Der dog adgang til citering og referat, jfr. § 22 og § 25.

§ 65 stk. 3 bestemmer, at en kunstner, der har medvirket i en film, formodes at have overdraget sin ret til filmudlejning til producenten, medmindre der er truffet anden aftale. Men der er ikke formodning for overdragelse af rettigheder i andre sammenhænge, smh. ophavsretsloven § 58, der kun legitimerer filmproducenten til over for omverdenen at være den, der formodes at kunne råde over rettighederne. Der findes ikke nogen generel filmformodningsregel i forhold til udøvende kunstnere²⁴.

§ 65 stk. 4 omfatter konsumtion i EØS-landene af udøvende kunstners spredningsrettigheder. I tilfælde, hvor en fremførelse lovligt er blevet optaget i et EØS-land, og der er givet tilladelse til at offentliggøre og kopiere optagelsen, således at videoen eller filmen kan sælges eller udlånes i et EØS-land, er der ret til uden yderligere samtykke at videresælge eller udlåne den. Spredningsretten er konsumeret. Der er også ret til uden samtykke at citere fra båndet og at lave reportage om det. Men den udøvende kunstner bevarer eneretten til udlejning.

Desuden har den udøvende kunstner ret til blankbåndsvederlag, dvs at han kan få andel i de afgifter, der betales på uindspillede bånd, § 65, stk. 4, jfr. § 39 - 47.

§ 65 stk. 5 indeholder en særlig regel om, at Det Kongelige Teaters festforestillinger og forestillinger ved officielle besøg kan udsendes i fjernsynets public service kanaler DR og TV2 uden samtykke fra de udøvende kunstnere.

6.1.4. Anden beskyttelse af udøvende kunstnere

6.1.4.1. Markedsføringsloven

Da ingen regler i ophavsretsloven beskytter den udøvende kunstner mod efterligning af selve hans præstation, kan et værn søges i markedsføringsloven § 1, som forbyder handlinger, der strider mod god markedsføringsskik. Hvis der ved en efterligning snyltes på den handelsværdi, som præstationen har, kan det forbydes at udføre eller anvende efterligningen. Men netop ved fremførelse af en præstation, som er karakteristisk ved anvendelsen af personlige kropslige udtryksmidler, kan det være svært at bevise, at der foreligger en ydelse, som i sig selv har en beskyttelsesværdig økonomisk værdi. Præstationen vil normalt blive vurderet som led i koreografien, ledsagemusikken, kostymerne og scenografien som helhed.

²⁴⁾ Peter Schønning s. 521.

6.1.4.2. Almindelige retsgrundsætninger²⁵⁾

Arrangementsbeskyttelse kan forhindre ulovlige optagelser. Iflg. almindelige retsgrundsætninger kan arrangører af koncerter, teaterforestillinger mv. forbyde publikum at foretage og videregive / transmittere båndoptagelser og videooptagelser.

Uautoriserede film- el videooptagelser kan i øvrigt forhindres ved at forbyde adgang med teknisk udstyr til et arrangement. Hvis der træffes aftale herom, binder aftalen kun parterne.

Markedsføringsloven § 1, se ovfr. under 6.1.4.1., kan påberåbes som et supplerende værn, idet det kan gøres gældende, at optagelser uden samtykke er i strid med god markedsføringsskik.

6.2. Producentbeskyttelse

En producent er ikke udøvende kunstner. Han er den, der på det tekniske plan fremstiller lydbånd, film eller video og styrer de økonomiske forhold. Ophavsretsloven fastlægger en selvstændig beskyttelse af producenter af lydoptagelser i § 66 og af optagelser af levende billeder i § 67.

Fremstilleren er beskyttet i 50 år fra optagelsen, hhv. udgivelsen eller offentliggørelsen.

Enkeltbilleder beskyttes efter ophavsretsloven § 1 og § 70 om fotografiske billeder. Producenten skal respektere de ophavsrettigheder, der måtte være til filmen, og de udøvende kunstners rettigheder. Nogle film har ikke tilknyttet ophavsrettigheder. Det gælder for eksempel instruktionsfilm og billedreportager af sportsbegivenheder. Her er der tale om en ren producent beskyttelse.

I ophavsretsloven § 68 findes særlige regler om Radio- og tv-udsendelser og andre offentlige fremførelser. Det kan ikke forbydes, at nogen anvender udgivne lydoptagelser mod vederlag. Men en tilsvarende regel findes ikke for billedoptagelser. Her kan anvendelsen af film eller video forbydes. Derfor er det nødvendigt for filmproducenten at sikre sig ret til offentlig fremførelse af filmen eller videoen ved aftale med de udøvende kunstnere om fremvisning mod vederlag.

Spørgsmålet er, om en filmproducent skal finde sig i, at lydsiden af hans film anvendes uden hans samtykke, når blot der betales ham et vederlag. Dette problem

²⁵⁾ Peter Schønning s. 518.

er reguleret ved OHL § 68, stk. 3, som bestemmer, at der ikke er adgang til at benytte lydsiden, når lyd og billede udsendes samtidig. Her er producenten beskyttet mod anvendelse af hans film uden hans samtykke²⁶.

Ophavsretsloven § 69 indeholder regler om signalret, dvs. de tekniske signaler, som benyttes af radio og TV. Bestemmelsen vedrører ikke indholdet af udsendelserne. Her gælder, at radio- og TV foretagender skal give samtykke til andres udsendelse af radio/TV udsendelser eller offentlig fremførelse på anden måde, samt affotografering eller båndoptagelse eller lignende. Bestemmelsen beskytter ikke mod bearbejdelser af udsendelserne.

Radio/TV har eneret til deres udsendelser vedrørende videreudsendelse, viderespredning i kabelanlæg, anden offentlig fremførelse, affotografering og kopiering i 50 år.

Programindholdet er beskyttet efter reglerne om værker.

Radiofonier er producenter af lyd- og billedoptagelser og som sådanne beskyttet af §§ 66 og 67.

6.3. Fremstillere af fotografiske billeder

Ophavsretsloven § 70 indeholder regler om fotografiske billeder. Fotografen er beskyttet som producent af det fotografiske billede uanset værkshøjde. Han har eneret til at fremstille eksemplarer og til at gøre fotografier tilgængelige for offentligheden, og han er beskyttet mod efterligninger.

6.4. Internationalt

På internationalt plan indeholder Romkonventionen af 1961 regler om beskyttelse af udøvende kunstnere, fonogramproducenter og radiofonier. Konventionen er tiltrådt af Danmark i 1965.

For radio- og TV udsendelser gælder der et senderlands-princip, jfr. ophavsretsloven § 86 stk. 4, jfr. § 69. Reglerne omfatter radio- og tv udsendelser i Danmark samt radio- og tv-foretagender, der har hovedsæde i Danmark.

²⁶⁾ Peter Schønning s. 539.

7. Er retsbeskyttelsen tilfredsstillende ?

De kreative elementer, der er knyttet til kropssproget, for eksempel dans og pantomime, kan kun beskyttes ophavsretligt, når de er manifesteret som et værk.

Personlige udtryk, som kommer frem i trin, bevægelser eller kropsholdninger, vil normalt alene kunne beskyttes, når de er et led i fremførelsen af et værk og er da ikke beskyttet mod imitation af det kunstneriske særpræg, som kendetegner fremførelsen.

Hvis grundlaget for præstationen eller præstationen i sig selv ikke betragtes som et værk, har præstationen ingen beskyttelse mod imitation, optagelse og publicering, uanset om de enkelte elementer i fremførelsen er originale. Det er ikke afklaret, hvornår de enkelte elementer udgør en sådan helhed, at præstationen i sig selv kan betragtes som et værk.

Der er behov for en selvstændig beskyttelse af præstationer, der i sig selv har et kreativt særpræg, som er skabt ved udtrykket i den udøvende kunstners bevægelser, uden at præstationen behøver at være knyttet til et værk. Præstationen bør være beskyttet mod efterligninger samt mod optagelse, gengivelse og offentliggørelse på film, video og lignende. Ganske vist vil en sådan præstation ikke sjældent blive betragtet som et værk. Men der findes tilfælde, ikke mindst inden for variétekunst, cirkus og lignende, hvor den fornødne dokumentation for værkshøjde er vanskelig at tilvejebringe. Det danske artistudvalg²⁷ har foreslået, at man indfører begrebet "en kunstnerisk præstation" som er et videre begreb end fremførelse af et værk. Forslaget er stødt på vanskeligheder, da det er vanskeligt at definere.

I Frankrig, Belgien og England er beskyttelsen af udøvende kunstners præstationer udvidet til at gælde varié-forestillinger og lignende forestillinger²⁸. En tilsvarende beskyttelse burde også indføres i den danske lovgivning om ophavsret.

²⁷⁾ Cirkus og artister i Danmark s. 36.

²⁸⁾ Se note 27.

Mediekonvergens

- nogle regulatoriske overvejelser i lyset af sammensmeltningen mellem de elektroniske medier

af

Søren Sandfeld Jakobsen

1. Indledning

Den hastige udvikling indenfor IT og telekommunikation er på vej til at ændre vores mediebillende. Ord som "informationssamfund" eller "netværkssamfund" er blevet almindelige udtryk for det samfund, vi lever i, og helt nye medier som Internettet, mobiltelefonen og andre trådløse og mobile medier har i løbet af få år vundet indpas ved siden af de traditionelle elektroniske medier som radio/TV, telefax og almindelig taletelefoni.

Men udviklingen betyder ikke blot en forøgelse af antallet af elektroniske medier. Samtidig hermed sker der i disse år en *konvergens*, dvs. tilnærmelse eller sammensmeltning, mellem de teknologier, som medierne hviler på. Radio og TV spredes ikke længere blot via de traditionelle radio/TV-netværk og -apparater, men også via internettet og PC'en - og om kort tid via mobile netværk og terminaler. Omvendt vil Internet, e-mail og andre interaktive tjenester, som normalt forbindes med IT, blive tilgængelig via TV og mobiltelefonen. Almindelig taletelefoni kan overføres via Internettet eller TV-netværk osv.

Konvergens medfører med andre ord, at de enkelte medier ikke længere kan defineres ud fra deres teknologiske platform. Grænserne mellem radio/TV, telefoni og datakommunikation opløses. I stedet bliver det terminologisk mere præcist blot at tale om "elektronisk kommunikation".

Den nuværende regulering tager imidlertid kun i begrænset omfang højde for udviklingen. Reguleringen er i al væsentlighed sektorspecifik og traditionsbunden, idet

medierne reguleres i separate love ud fra en forudsætning om, at de klart lader sig adskille teknologisk og samfundsmæssigt.

Kombinationen af et voksende og konvergerende medieudbud på den ene side, og en sektorspecifik og forholdsvis teknologiafhængig regulering på den anden side, rejser tvivl om, hvorvidt de gældende regelsæt fortsat er i takt med tiden, dvs. er egnede til at opfylde både de overordnede politiske målsætninger med lovene og de konkrete juridiske problemstillinger, som brugerne af loven løbende møder. Konvergensudviklingen udgør med andre ord en regulatorisk udfordring for lovgiver. Det er det nærmere omfang og indhold af denne udfordring, der behandles i artiklen.

Neden for vil konvergensbegrebet blive uddybet. Herefter vil de grundlæggende principper i de sektorspecifikke regelsæt, der regulerer de forskellige elektroniske medier, blive beskrevet og sammenlignet. I den forbindelse vil de - forholdsvis få - lovændringer, som mediekonvergens har resulteret i på nuværende tidspunkt, blive beskrevet. På den baggrund vil en række af de regulatoriske problemstillinger i kølvandet på mediekonvergens blive identificeret.

Det skal bemærkes, at det ikke er hensigten med artiklen at opregne samtlige de problemstillinger, som konvergensudviklingen måtte rejse. Det er heller ikke hensigten at anviser specifikke løsninger på de identificerede problemstillinger. Formålet er alene at præsentere begrebet mediekonvergens i en retlig kontekst og henlede opmærksomheden på i hvert fald nogle regulatoriske problemstillinger, som udviklingen rejser - eller i løbet af få år må forventes at rejse, og som lovgiver må antages at blive nødt til at forholde sig til.

2. Begrebet mediekonvergens¹

Begrebet mediekonvergens - eller blot konvergens - hviler ikke på en præcis eller entydig definition, men anvendes i almindelighed som udtryk for en teknologisk og markedsmæssig tilnærmelse/sammensmeltning mellem IT (informations-teknologi), telekommunikation og broadcast (radio/TV).

¹⁾ Konvergensudviklingen - og herunder en definition og diskussion af selve konvergensbegrebet - er beskrevet i en række officielle redegørelser såvel på nationalt som på EU-niveau, jf. bl.a. EU's grønbog af 3. december 1997 om konvergens mellem telekommunikationssektoren, mediesektoren og IT-sektoren og de lovgivningsmæssige implikationer heraf (KOM(97)623), samt fra dansk side Kultur- og Forskningsministeriet: Konvergens i Netværkssamfundet (juni 2001). Herudover er begrebet i en retlig kontekst beskrevet i en - efterhånden betydelig - række udenlandske artikler og bøger, hvoraf særligt kan fremhæves Garzaniti: Telecommunications, Broadcasting and the Internet (2000) og Baldwin m.fl.: Convergence - integrating media, information and communication (1996) og Cowie: Convergence, Competition and Regulation, International Journal of Communications Law and Policy, 1998.

Konvergens er, som ordet antyder, udtryk for en glidende udvikling, hvoraf vi formentlig kun har set toppen på nuværende tidspunkt. Ikke desto mindre kommer konvergens allerede til udtryk på mange måder i dagens mediebillede:

Radio og TV er traditionelt - og også juridisk - snævert forbundet med samtidig udsendelse af lyd- og billedprogrammer til en ubestemt modtagerkreds. TV kan imidlertid nu - som computeren - give adgang til at sende og modtage e-mail og visse internet- og andre former for interaktive tjenester². TV-netværk kan endvidere anvendes til distribution af almindelig taletelefoni. Satellit- og kabel-TV-netværk anvendes allerede i dag ikke kun til fremføring af radio- og TV-programmer, men i stigende grad også til fremføring af Internettet, taletelefoni og andre traditionelle teleydelser. Radio/TV ændrer sig herved fra at være et envejskommunikationsmedium (punkt-til-multipunkt) til at være et interaktivt telekommunikationsmedium (punkt-til-punkt), hvor modtageren selv kan udøve indflydelse på såvel indholdet som tidspunktet for fremførelse af en given tjeneste. Radio/TV konvergerer med andre ord med telemedierne og Internettet.

Fra at være et medie for datakommunikation, dvs. tekst, tal og grafik, er *Internettet* ved at udvikle sig til et elektronisk multimedie, der også kan sende lyd og levende billeder, fx i form af film, nyheder, sport osv. Herved konvergerer Internettet med traditionel radio og TV. Internettet kan desuden bruges til transport af almindelig taletelefoni. Da Internettet anvender telenetværk som transportvej, er Internettet i øvrigt "født" som et eksempel på konvergens mellem IT og telekommunikation.

Telekommunikations-området er ligeledes i rivende udvikling og omfatter i dag langt mere end blot traditionel taletelefoni og telefax. Telenetværkene anvendes i stigende grad til fremføring af Internettet og anden form for datakommunikation. Navnlig den mobile kommunikation er ved at udvikle sig til et multimedie. Den traditionelle mobiltelefon er ikke længere blot en trådløs telefon, men anvendes i stigende grad til datakommunikation, fx i form af SMS og MMS³-beskeder, og - om kort tid - til adgang til Internettet og til fremvisning af lyd og levende billeder i god kvalitet.

²⁾ Interaktivitet betyder, at modtageren bliver i stand til at sende information tilbage til afsenderen og kan bestille og modtage individuelle tjenester. Interaktive TV-tjenester omfatter i dag bl.a. mulighed for - i tilknytning til et bestemt program - at vælge mellem forskellige kamera-vinkler eller modtage særlige former for tekstbaserede oplysninger eller foretage andre handlinger, mens programmet afvikles. Endvidere såkaldt "video on demand", dvs. individuel bestilling af TV-programmer på lige netop det tidspunkt, som passer modtageren. Mere avancerede interaktive tjenester via TV-apparatet, herunder adgang til e-mail og Internet, er endnu på forsøgsstadiet.

³⁾ MMS - Multimedia Messaging Service - er en teknologi, der giver mulighed for over mobiltelefonen at sende beskeder, der kombinerer tekst, lyd, billeder og videoklip.

Sammenfattende kan udviklingen beskrives således, at alle former for indhold - radio/TV, telefoni, datakommunikation - kan distribueres på alle former for teknologiske platforme, hvad enten det er radio/TV-netværk, telenetværk eller computernetværk. Samtidig smelter de forskellige tjenester sammen eller låner træk fra hinanden og gør det dermed sværere at kategorisere en given tjeneste som enten en radio-/TV-, en telefoni- eller en datakommunikations-tjeneste. Medierne tilnærmer sig hinanden - de konvergerer.

Udviklingen sker som følge af IT-udviklingen, jf. straks neden for. Af samme grund er det indlysende, at udviklingen ikke er begrænset til fx Danmark eller Europa, men foregår overalt i verden, hvor IT er i hastig udbredelse. Konvergens er med andre ord et internationalt fænomen.

3. Kort om baggrunden for mediekonvergens

Mediekonvergens er snævert forbundet med udbredelsen af den digitale teknologi, som igen er hjørnestenen i udviklingen af computere og hele det teknologiske univers, der bredt betegnes informationsteknologi - eller blot IT. Den digitale teknologi blev udviklet i årene efter anden verdenskrig og blev for alvor udbredt i slutningen af 1960'erne.

Information, der overføres via digital teknologi, bevæger sig som elektriske signaler, der kun kan antage to former: "Strøm eller ikke-strøm". Et enkelt elektrisk signal kaldes en bit. En endeløs række af signaler af typen "strøm eller ikke-strøm" giver ingen mening, medmindre der på forhånd er defineret en "kode", dvs. et sæt accepterede spilleregler til at arrangere strømmen af elektriske signaler i en sådan orden, at det kan oversættes til det menneskelige sprog. Dette sprog er udviklet ved at give en bit værdien 0 eller 1 (svarende til "strøm eller ikke-strøm") og ved at udtrykke en karakter i det menneskelige sprog, fx et bogstav eller tal, ved en bestemt række af bits. En række af bits (typisk 7 eller 8), der beskriver et bogstav eller tal, kaldes en byte.

Den digitale teknologi er således en bestemt teknologi til transport af information. Men for at forstå den digitale teknologis afgørende betydning er det nødvendigt at sammenligne med den måde, hvorpå information blev transporteret, *før* den digitale teknologi vandt indpas.

Elektronisk information er traditionelt blevet overført ved *analog* teknologi. De traditionelle elektroniske medier, radio/TV og taletelefoni/telefax, hviler således på analog teknologi.

Ved analog teknologi overføres information som elektriske signaler, der bevæger sig i elektromagnetiske bølgeformer. I modsætning til digital teknologi, hvor signalerne kun kan antage to værdier, bevæger de analoge bølger sig med varierende elektrisk styrke og hastighed og ændrer sig således konstant. Dette skyldes, at den analoge teknologi er baseret på, at det elektriske signal nøje følger (dvs. er analogt til - heraf navnet) bevægelsen i den originale lyd eller det originale billede, som signalet skal overføre elektronisk.

Forskellen mellem analog og digital teknologi er således navnlig, at information, der transporteres ved analog teknologi, bevæger sig i komplekse bølgeformer, mens information, der transporteres ved digital teknologi, bevæger sig som elektriske signaler, der kun kan antage to bestemte former. Digitale signaler kan anskues som en analog bølge, der er blevet "fladet ud" og kun kan ligge og svinge mellem to faste punkter.

Analog og digital teknologi er ikke hinandens modsætninger. Begge typer teknologi kan transportere enhver form for information. Analoge signaler kan forholdsvis let konverteres til digitale - og omvendt. Samtidig kan analoge og digitale signaler udmærket transmitteres ved siden af hinanden i samme netværk.

Når den digitale teknologi er den analoge overlegen i så høj grad, at man i dag ofte taler om "den digitale tidsalder", skyldes det, at den digitale teknologi sammenlignet med den analoge har 1) højere hastighed, 2) større kapacitet og 3) bedre kvalitet. Der kan med andre ord overføres flere informationer hurtigere og sikrere. Dertil kommer, at der er udviklet anerkendte standarder for overførsel af digital information, uanset hvilken type, der er tale om (lyd, billeder eller data). Det gør det nemmere at kombinere, integrere og bearbejde forskellige former for information - i modsætning til tidligere, hvor f.eks. radio/TV blev transmitteret ved hjælp af standarder, der var helt forskellige fra de standarder, hvorefter telefoni og data blev overført.⁴

Populært sagt er al slags information med den digitale teknologi kommet på "samme formel", eller har fået samme "grundform", om man vil. Dermed er de teknologiske barrierer mellem de traditionelle medier blevet nedbrudt og vejen til konvergens mellem medierne blevet skabt.

⁴) For en uddybende beskrivelse af mediekonvergensens teknologiske baggrund, herunder analog og digital teknologi, kan fx henvises til Annabel Z. Dodd: *The Essential Guide to Telecommunications* (2. udg., 2000) og John G. Nellist & Elliott M. Gilbert: *Understanding Modern Telecommunications* (1999).

4. Hvor hurtigt vil udviklingen gå?

Hvor hurtigt konvergensudviklingen vil gå, og hvor omfattende samfundsændringer der vil indtræffe i dens kølvand, er uhyre svært at forudse. Det afhænger af en række faktorer, der kan virke som *drivkræfter* for udviklingen⁵⁾. Disse faktorer omfatter for det første styrken af den fortsatte teknologiske udvikling, herunder navnlig fortsat udvikling af fælles standarder og opbygning af et egentlig offentligt bredbåndsnet, dvs. et interaktivt netværk, der har tilstrækkelig transmissionskapacitet til at transportere alle former for information i en tilfredsstillende kvalitet ud til enhver afkrog af landet.

Også forbrugernes efterspørgsel efter de nye indholdstjenester, som konvergens giver mulighed for, er af central betydning for udviklingen. En række undersøgelser fra ind- og udland viser, at forbrugernes medievaner kun langsomt lader sig ændre, og at forbrugernes opfattelse af, at radio/TV, telefon og Internet er 3 forskellige medier, der anvendes i forskellige livssituationer og til forskellige formål, ikke ændres fra dag til dag.

Der er med andre ord en naturlig konservatisme forbundet med vores opfattelse af de forskellige medier. Denne konservatisme overvindes ikke alene af teknologiske landvindinger. De kommercielle aktørers vilje til innovation og evne til at udvikle produkter, som kan overbevise befolkningen om de fordele, de nye mediemuligheder indeholder, er derfor ligeledes en central parameter for udviklingen.

Sidst, men ikke mindst, er også de regulatoriske forhold, som er emnet i nærværende sammenhæng, en væsentlig parameter, idet lovgivningen er en faktor, der kan fremme eller virke som barriere for udviklingen.

5. Konvergensens retlige ramme

Radio/TV-, tele- og IT/internetområdet har hidtil udgjort separate brancher, der hvilede på separate teknologiske platforme. Medierne kunne således forholdsvis let adskilles.

Mens medierne nu som beskrevet konvergerer i teknologisk henseende, går det betydelig langsommere med at tilpasse lovgivningen til udviklingen. Lovgivningen er i al væsentlighed sektorbaseret, dvs. udformet med udgangspunkt i, at de forskellige medier kan adskilles teknologisk.

⁵⁾ Jf. Kultur- og Forskningsministeriet: Konvergens i Netværkssamfundet (2001), s. 74 ff.

Radio og TV reguleres således i radio- og fjernsynslovgivningen, mens telefoni, mobilkommunikation og andre teleydelser reguleres i telelovgivningen. Internettet er – for så vidt angår selve transporten gennem telenettet - reguleret i telelovgivningen, og er herudover reguleret i en række særskilte regelsæt, der tager sigte på problemfelter, der særligt gør sig gældende on-line. For alle medierne suppleres sektorlovgivningen i øvrigt af lovgivningens almindelige regler, herunder aftale-, købe- og markedsføringslovgivningen mv.

5.1 Radio-/TV-lovgivningen

Radio-/TV-lovgivningen er en offentlig regulering af dels selve adgangen til at udøve programvirksomhed, dels karakteren af det programmæssige indhold. Reguleringen har historisk set altid været præget af stærk statslig styring. Styringen har for det første været begrundet i, at spredning af radio og TV-signaler beror på en knap ressource, nemlig spektrum på radiofrekvens-båndet, som sætter grænser for, hvor mange udbydere der er plads til.

Men styringen har også været begrundet i overordnede samfunds- og kulturpolitiske hensyn om, at radio og TV som elektroniske massemedier har væsentlig betydning for befolkningens fælles referenceramme, for udviklingen af dansk kultur samt for den almindelige frie debat og informations- og ytringsfriheden i et demokratisk samfund. Derfor måtte statsmagten have en vis kontrol og indsigt med det indhold, der udsendes via disse magtfulde medier⁶.

Den statslige styring er aftaget væsentligt gennem de senere år i takt med, at lovgivningen er blevet mere og mere liberal. Et aktuelt forslag til ny radio- og fjernsynslov går et yderligere og ganske betydelig skridt i retning af liberalisering og fjernelse af den statslige styring. På trods af de liberalistiske og markedsorienterede tendenser, der minder om tele- og IT-lovgivningen, er området dog fortsat på visse punkter præget af stærke kulturpolitiske målsætninger, der går i en noget anden retning end de målsætninger, der ligger bag de øvrige regelsæt.

5.2 Telelovgivningen

Telelovgivningen var indtil ca. 1990 - som radio-/TV-lovgivningen - præget af stærk statslig styring, idet teleområdet som sådan, herunder ejerskabet til infrastrukturen og udbuddet af teletjenester, var underlagt en statslig monopolvirksomhed. Årsagen til den statslige styring var navnlig, at der var tale om et for samfundet som helhed

⁶⁾ Se nærmere om dansk mediepolitik, herunder dennes historiske udvikling: Betænkning 1300/1995 og 1320/1996 fra Medicudvalget.

væsentligt forsyningsområde, hvor almene hensyn til forsynings sikkerhed og priskontrol var afgørende.

På baggrund af EU-harmonisering er der gennem de seneste ca. 10 år sket en gennemgribende liberalisering og reformering af lovgivningen med det formål at skabe fri og effektiv konkurrence på området⁷. Reguleringen hviler i dag primært på de frie markeds kræfter, og den statslige styring har i takt hermed skiftet karakter fra at være en styring af adgangen til markedet til at være en kontrol med, at konkurrencen på det liberaliserede marked er effektiv.

For at sikre overgangen fra monopol til konkurrenceudsat marked fandtes det nødvendigt i telelovgivningen at indføre en række særlige konkurrenceretlige regler vedrørende navnlig tredjeparts ret til adgang til den infrastruktur, der fortsat hovedsagelig ejes af den tidligere monopolist. Disse regler - de såkaldte samtrafikregler - er stadig gældende, om end det fra politisk hold er hensigten at ophæve de sektorspecifikke konkurrenceregler og lade de almindelige konkurrenceregler regulere området, så snart der er skabt effektiv konkurrence på markedet⁸.

5.3 Internet-lovgivningen

I konsekvens af den betydelige hastighed, hvormed IT udvikler sig, har det i Danmark såvel som på EU-niveau hidtil været en politisk målsætning så vidt muligt at undlade særskilt at regulere Internettet, men i stedet lade dette følge lovgivningens almindelige regler og i øvrigt udvikle sig på markedets og den frie konkurrences vilkår.

Skal der endelig reguleres særskilt, har holdningen været den, at det - som følge af Internettets grænseoverskridende karakter - så vidt muligt skal ske på internationalt niveau. I konsekvens heraf er den regulering, der direkte eller indirekte tager sigte på Internettet, fortrinsvis gennemført på EU-niveau.

Når dette er sagt, må det dog konstateres, at reguleringen af Internettet er klart tiltagende. Som eksempler på problemstillinger, hvor der de senere år er gennemført love eller lovændringer, der direkte eller indirekte tager sigte på Internettet, kan nævnes beskyttelse af persondata, elektronisk signatur, elektronisk betaling, oplysningskrav

⁷⁾ Se uddybende om teliberaliseringen Christian Bergquist i Juristen nr. 3, 2002, s. 114 ff.

⁸⁾ Jf. bl.a. IT- og telepolitisk redegørelse 2002 (Videnskabsministeriet, april 2002). I konsekvens heraf og ud fra undersøgelser af konkurrencen på de forskellige markeder har Videnskabsministeriet i august 2002 sendt et udkast til ændring af bekendtgørelsen om samtrafik (jf. bkg. 570 af 22. juni 2000) i høring. Udkastet indeholder bl.a. en ophævelse af samtrafikreglerne på engros-markedet for internationale forbindelser og det overordnede backbone-net.

og forbrugerbeskyttelse i forbindelse med online-handel, særlige ophavsretlige spørgsmål, visse lovvalgsspørgsmål, ansvarsforhold for internetudbydere mv.

Ved siden af disse særlige regelsæt reguleres Internettet af lovgivningens almindelige regler, herunder fx købe-, markedsførings- og straffelovgivningen. Selve transporten af Internettet reguleres af telelovgivningen, idet Internettet i denne henseende anses som et telenetværk på lige fod med andre offentlige telenetværk, jf. uddybende neden for under pkt. 7.2.

6. Overordnede retspolitiske udfordringer

Meget tyder på, at konvergensudviklingen vil fjerne - eller i hvert fald ændre - selve den forudsætning, som den gældende lovgivning hviler på: At medierne kan og bør reguleres separat ud fra en opfattelse af, at de i deres væsen er forskellige medier, der er knyttet til forskellige teknologiske platforme.

Når denne forudsætning brister, begynder de grundpiller, som lovgivningen er bygget på, at bevæge sig faretruende. I forestillingen om, at medierne kan defineres og afgrænses på baggrund af deres teknologiske platform ligger også fundamentet for gennem lovgivningen at knytte forskellige politiske mål og hensyn til de forskellige medier. Som antydnet synes de målsætninger, som har ligget til grund for de forskellige regelsæt at have ændret sig eller blevet mere modsætningsfyldte med tiden.

Sammenligner man på tværs af de tre regelsæt, synes der navnlig at være forskelle mellem på den ene side de mål og hensyn, der er nedlagt i broadcast-lovgivningen, og på den anden side de mål og hensyn, der ligger til grund for udformningen af IT- og telelovgivningen.

Retspolitisk forekommer der således grundlag for at overveje, om de grundlæggende politiske og regulatoriske mål og hensyn bag den sektorspecifikke reguleringstilgang fortsat kan realiseres, efterhånden som medierne konvergerer.

Det er åbenbart, at såfremt lovgivningen ikke længere kan opfylde de samfundsmæssige målsætninger, som den hviler på, mister den sin anvendelighed som instrument til at styre samfundsudviklingen i den ønskede retning. Loven kan ligefrem blive til en barriere for en dynamisk samfundsudvikling og virke hæmmende for investeringer og innovation i samfundet. Samtidig vil regulatorisk uklarhed og uforudsigelighed medføre generel retsusikkerhed for de af loven omfattede aktører.

Såfremt udviklingen er løbet fra lovgivningen, bør lovgiver overveje, om der er behov for i højere grad at se medierne i en sammenhæng og formulere en fælles

politik og en lovgivning, der ikke tager afsæt i teknologisk platform, men i karakteren af det indhold, der overføres – uanset valg af medium⁹.

7. Konkrete regulatoriske problemstillinger

På det mere konkrete plan synes konvergens mellem medierne at rejse tvivl om det saglige og rimelige i fortsat at regulere medierne forskelligt i en række henseender.

Konvergensudviklingen gør det for det første uklart, hvilket af de sektorspecifikke regelsæt, der overhovedet finder anvendelse på en given informationstjeneste. Selve afgrænsningen mellem regelsættene drages i tvivl. Det samme gør følgelig også snitfladen mellem de - mange - myndigheder, der har kompetence på området for elektronisk kommunikation.

Da de sektorspecifikke regelsæt på en række punkter afviger betydelig fra hinanden, har afgrænsningen af, hvilket regelsæt en tjeneste omfattes af, materiel betydning i en række sammenhænge. Forskellene mellem regelsættene viser sig navnlig i relation til det, man kunne kalde den *offentligretlige* del af reguleringen, dvs. reglerne om statens styring og kontrol med dels *adgangen* til de respektive medier, dels det *indhold*, der kan spredes på medierne.

7.1 Afgrænsningsproblemer og myndighedsstruktur

Konvergensudviklingen nedbryder de traditionelle grænser mellem distributionsnetværk, indholdstjenester og markeder, og nedbryder således også grænserne mellem de eksisterende regelsæt. Herved skabes der grundlæggende tvivl, om en given aktivitet omfattes af det ene eller andet regelsæt - og af den ene eller den anden myndigheds kompetence¹⁰. Usikkerhed herom kan få materielle følger, da regelsættene som nævnt afviger fra hinanden på visse punkter. Usikkerhed om snitfladen mellem de forskellige regelsæt er samtidig retssikkerhedsmæssigt betænkelig.

Afgrænsningsproblemerne gør sig navnlig gældende mellem på den ene side radio/TV og på den anden side Internet- og andre nye interaktive tjenester. Et

⁹⁾ Sådanne overvejelser foregår p.t. i en række andre europæiske lande, herunder Storbritannien, hvor et aktuelt lovforslag benævnt "Draft Communications Bill" lægger op til en ændring af den grundlæggende regulatoriske struktur, således at indhold og teknologisk platform adskilles. Forslaget kan læses på www.communicationsbill.gov.uk/policy.

¹⁰⁾ Jf. bl.a. Kultur- og Forskningsministeriet: Konvergens i Netværkssamfundet (2001) s. 118 ff. Og Nordisk Ministerråd: Konvergens mellem Telekommunikation og Kringkasting (1997) s. 51 ff.

eksempel herpå er spørgsmålet om, hvorvidt et TV-program, der spredes "live" over Internettet eller en mobil platform, er omfattet af radio-/TV-lovgivningen eller tele- og internetlovgivningen? Er et traditionelt TV-program, der tilføjes interaktive elementer, hvorved modtageren kan tilpasse programmet til sit eget behov, et TV-program i radio- og TV-lovgivningens forstand eller en tele- eller internetjeneste?

IT-, tele- og radio-/TV-området reguleres af forskellige myndigheder, hvis indbyrdes kompetencer på dette område allerede i dag kan forekomme uklare, fx Videnskabsministeriet, IT- og Telestyrelsen, Kulturministeriet, Radio- og TV-nævnet, Konkurrencestyrelsen, Forbrugerombudsmanden samt en række forskellige klagenævn o.lign under de forskellige ressortministerier. Kompetenceusikkerhed, manglende koordination og forskelle i administrativ praksis mellem disse myndigheder kan selvsagt virke hæmmende for markedsudviklingen.

Allerede ud fra almindelige retssikkerhedshensyn kan der således i lyset af konvergensudviklingen være grundlag for at overveje den nuværende reguleringsstruktur, herunder i administrativ henseende.

7.2 Adgang til medierne

Begrænsninger i adgangen til medierne forekommer på 2 måder: 1) i form af krav om forudgående offentlig tilladelse til at påbegynde selve den erhvervsmæssige aktivitet (fx som TV-station eller som tele- eller internetudbyder), eller 2) i form af begrænsninger i adgangen til selve den tekniske infrastruktur, hvormed informationen skal spredes, herunder fx kabel-TV-nettet, det offentlige telefonnet eller Internettet.

7.2.1 Adgang til udøvelse af den pågældende virksomhed

Begrænsninger af den første type, findes i radio- og TV-lovgivningen, men ikke i de øvrige regelsæt. Efter den gældende radio- og fjernsynslov (RFL)¹¹ har DR og TV2 hjemmel direkte i loven til udøvelse af programvirksomhed. Alle andre skal indhente tilladelse fra Radio- og TV-nævnet (for så vidt angår lokal radio og TV fra de lokale radio- og fjernsynsnævn) - uanset om der er tale om udsendelse via jordbaseret net, kabel eller satellit¹².

¹¹⁾ Jf. lovbekendtgørelse nr. 701 af 15. juli 2001.

¹²⁾ Jf. lovens § 1.

En ansøgning om tilladelse skal ifølge RFL § 36 give et samlet billede af den påtænkte virksomhed og skal bl.a. indeholde oplysninger om programplaner, ejerforhold og ansøgerens økonomiske grundlag.

I et i august 2002 offentliggjort forslag til ny radio- og fjernsynslov (Lovforslaget)¹³, der bl.a. gennemfører det politiske medieforlig 2002-2006, liberaliseres og forenkles disse regler betydeligt, idet kravet om tilladelse til programvirksomhed i princippet ophæves. I stedet skal programudbyderen ifølge forslaget alene lade sig registrere hos Radio- og TV-nævnet/de lokale radio-/TV-nævn¹⁴.

Tilladelseskravet opretholdes dog i én situation, nemlig hvor den tekniske infrastruktur er begrænset af knappe ressourcer. Det betyder, at tilladelseskravet alene skal gælde for programvirksomhed via de jordbaserede TV-netværk, mens der for programvirksomhed via kabel eller satellit (som ikke hviler på radioanlæg og dermed på begrænsede frekvensressourcer) ikke gælder et krav om tilladelse.

De foreslåede ændringer er ifølge Lovforslaget et resultat af mediekonvergensens¹⁵. Såfremt Lovforslaget vedtages, vil radio/TV-lovgivningen på dette punkt have bevæget sig et betydelig skridt i retning af tele- og IT-lovgivningen, jf. straks neden for.

Efter liberaliseringen af telelovgivningen indeholder denne ikke længere krav om særlig tilladelse til at etablere virksomhed som udbyder af telekommunikation. Som udgangspunkt kan enhver således etablere virksomhed som teleudbyder uden forudgående offentlig tilladelse¹⁶.

Der er ligeledes ingen særlige regler i lovgivningen, der begrænser adgangen til at etablere virksomhed som udbyder af IT- og internetydelser. Der kræves således heller ingen offentlig tilladelse hertil.

For såvel tele- som internetudbydere gælder dog, at såfremt virksomheden etableres på en teknisk infrastruktur, hvor der er knappe ressourcer (dvs. infrastruktur, der hviler på radioanlæg, hvor der kun er et bestemt antal ressourcer til rådighed), skal der indhentes tilladelse til at benytte de nødvendige frekvenser, jf. neden for. Kravet om frekvenstilladelse medfører ingen formel begrænsning i adgangen til at etablere

¹³⁾ Forslaget, der i skrivende stund er i offentlig høring, kan læses på Kulturministeriets hjemmeside www.kum.dk.

¹⁴⁾ Jf. bl.a. Lovforslagets almindelige bemærkninger s. 31.

¹⁵⁾ Ibid, s. 46.

¹⁶⁾ Jf. IT- og Telestyrelsens notat af juni 2002 om bkg. nr. 1169 af 15. december 2000 om udbud af telenet og telenetjenester (se styrelsens hjemmeside på www.itst.dk).

virksomhed af den pågældende karakter. Det er dog indlysende, at det er forholdsvis uinteressant at etablere en medievirksomhed, hvis der ikke kan opnås adgang til det medie, virksomheden baserer sig på.

7.2.2 Adgang til infrastrukturen

For så vidt angår adgangen til den tekniske infrastruktur, netværkene, kan reglerne herom opdeles i to typer: 1) regler om fordeling af knappe frekvensressourcer til opbygning af egen infrastruktur, og 2) regler om adgang til andre udbyderes infrastruktur.

For så vidt angår infrastruktur, hvor der knappe ressourcer, er adgangen hertil efter frekvensloven¹⁷ betinget af tilladelse af IT- og telestyrelsen.

Frekvensloven blev revideret i 2002, bl.a. med det formål at implementere dele af den såkaldte "teledirektivpakke" fra EU¹⁸. Et centralt element i pakken er – under henvisning til konvergensen mellem medierne - at skabe en mere horisontal regulatorisk tilgang til elektronisk kommunikation, bl.a. derved, at alle elektroniske netværk, hvad enten de anvendes til transport af tele-, data- eller radio-/TV-tjenester, skal omfattes af samme regulering. Som følge heraf tager den danske frekvenslov højde for konvergensudviklingen i den forstand, at loven omfatter alle former for anvendelse af frekvenser, hvad enten det er til radio/TV, tele- eller datakommunikation. Gennemførelsen i dansk ret af den resterende del af teledirektivpakken må forventes at resultere i flere lovændringer med tydelig adresse til konvergensudviklingen.

Den omstændighed, at opnåelse af en nødvendig frekvenstilladelse hviler på en særlig tilladelse efter frekvensloven, betyder imidlertid, at en radio- eller TV-kanal, der ønsker at sende via et radiobaseret netværk, skal indhente to myndighedstilladelser efter to separate love: Tilladelsen fra Radio- og TV-nævnet til udøvelse af selve programvirksomheden (i henhold til radio- og fjernsynsloven) og frekvenstilladelsen fra IT- og telestyrelsen (efter frekvensloven). Der er med andre ord tale om et dobbelt tilladelsessystem, hvor den ene tilladelse følger et kulturpolitisk hensyn (kontrol og indsigt med programudbyderen og –indholdet) og

¹⁷⁾ Jf. lov nr. 421 af 6. juni 2002 om radiofrekvenser, kap. 3.

¹⁸⁾ Teledirektivpakken omfatter direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet), direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet), direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) og direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet).

den anden tilladelse alene tildeles ud fra tekniske frekvenshensyn. Dette dobbelte tilladelsessystem forekommer ikke hensigtsmæssigt¹⁹.

Frekvenstildeling sker som udgangspunkt efter "først-til-mølle"-princippet. I en situation, hvor frekvensressourcerne er knappe, sker tildelingen af tilladelser efter offentlig udbud eller et auktionsprincip på lige, åbne og ikke-diskriminerende vilkår²⁰.

Udover knapheden på frekvensressourcer kan adgangen til en given infrastruktur hindres af en dominerende udbyder, der ejer eller på anden måde råder over infrastrukturen. Sådanne konkurrenceretlige begrænsninger er ikke reguleret i RFL, men følger af de særlige samtrafikregler i telekonkurrencelovens²¹ kap. 11-20.

Samtrafikreglerne pålægger teleudbydere, der indtager en dominerende stilling på et givent marked eller som råder over en særlig konkurrencemæssig flaskehalsressource at give konkurrenter adgang til markedet på rimelige og konkurrencedygtige vilkår.

Samtrafikreglerne finder i dag bred anvendelse på alle udbydere af telenet og teletjenester. I forarbejderne til telekonkurrenceloven er det fremhævet, at begrebet "telenet" omfatter enhver form for trådløs eller kabelbaseret infrastruktur og således også omfatter netværk, der anvendes til transport af Internet og radio/TV. Ligeledes omfatter begrebet "teletjeneste" enhver form for *transport* af elektronisk kommunikation i form af lyd, billeder, tekst eller kombinationer heraf, ved hjælp af telekommunikationsteknik. Selve distributionen af radio- og TV-programmer eller Internettet er således også omfattet af begrebet teletjeneste²².

Baggrunden for disse brede definitioner skal ifølge lovbemærkningerne netop søges i konvergensudviklingen, der indebærer, at den traditionelle afgrænsning mellem forskellige kommunikations-infrastrukturer og -tjenester ikke længere kan opretholdes²³. Telekonkurrenceloven er således præget af de samme konvergensovervejelser

¹⁹⁾ Af samme årsag er der ifølge bemærkningerne til frekvensloven, jf. s. 24-25, nedsat en tværministeriel arbejdsgruppe mellem Videnskabs- og Kulturministeriet, der skal opstille modeller for et fremtidigt ét-tilladelsessystem.

²⁰⁾ Jf. frekvensloven kap. 3.

²¹⁾ Lov nr. 418 af 31. maj 2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet med senere ændringer.

²²⁾ Jf. bemærkningerne til telekonkurrencelovens § 3.

²³⁾ Ibid.

som frekvensloven, jf. bemærkningerne om denne oven for, og hviler i øvrigt ligeledes på EU-harmonisering.

At samtrafikreglerne også finder anvendelse på distribution af radio/TV og Internet, betyder fx, at såfremt en dominerende distributør af kabel-TV eller internetadgang nægter en potentiel konkurrent adgang til infrastrukturen, vil samtrafikreglerne efter omstændighederne kunne finde anvendelse.

Det samlede billede, der tegner sig vedrørende reguleringen af selve adgangen til spredning af elektronisk kommunikation, er, at der – som følge af det sektor-specifikke udgangspunkt - er tale om en i lovteknisk henseende unødvendig kompliceret og relativt uoverskuelig lovgivning.

Forholdet er nemlig det, at forudsat radio-/TV-loven liberaliseres i overensstemmelse med det foreliggende lovforslag, gælder der i store træk ens regler efter de forskellige sektorspecifikke regelsæt: Hvad enten der er tale om kommunikation via radio/TV, Internet eller telemedier, kræves der alene myndighedstilladelse, hvor der er knappe frekvensressourcer til rådighed.

Endvidere kan det konstateres, at én af de sektorspecifikke love, telelovgivningen, i en vis udstrækning allerede tager højde for mediekonvergens, idet både frekvens- og telekonkurrenceloven har en bred tilgang til elektroniske kommunikationsydelser, der også omfatter radio/TV og Internet.

At der så for radio og TV's vedkommende i enkelte tilfælde kræves to myndighedstilladelser efter to forskellige regelsæt, synes at være et problem, der er til at løse.

Generelt set kan man måske sige, at de kulturpolitiske hensyn, der i hvert fald tidligere kom til udtryk i radio- og TV-loven, er ved at blive trængt tilbage til fordel for de konkurrence- og erhvervspolitiske hensyn, der præger tele- og IT-lovgivningen. En sådan udvikling synes dog ikke at være resultatet af klare mediepolitiske overvejelser og målsætninger, og retspolitisk synes kursen langt fra at være klar og entydig.

Lovteknisk må man på baggrund af det anførte spørge, om der på lidt længere sigt overhovedet er grundlag for at opretholde en sektorspecifik regulering af adgangen til medierne, når reglerne alligevel for en stor dels vedkommende enten er samlet i telelovgivningen eller er ved at blive gjort identiske på tværs af regelsættene.

Man kan endvidere spørge sig selv, om begrundelsen for at opretholde et tilladelsessystem - hensynet til knappe frekvensressourcer - med konvergensudviklingen kan fastholdes i det lange løb. Digitaliseringen af de teknologiske platforme betyder nemlig, at information kan komprimeres, dvs. "pakkes", på væsentlig mindre plads

i frekvensbåndet, hvorved der frigives plads til andet indhold. Som eksempel kan nævnes, at et eventuelt digitalt jordbaseret TV-netværk, som forventes etableret inden længe, formentlig vil kunne fremføre ca. ti gange så mange kanaler som det almindelige, analoge jordbaserede net²⁴.

På lidt længere sigt kan det desuden vise sig unødvendigt overhovedet at skulle vælge et distributionsnetværk med knappe ressourcer. De knappe ressourcer er som nævnt knyttet til netværk, der hviler på udnyttelse af radiofrekvenser, først og fremmest det almindelige jordbaserede radio- og TV-sendenet. I takt med, at radio og TV kan spredes på andre netværk, hvor der ikke eller kun i beskeden grad er knappe ressourcer (fx satellit- eller kabelnetværk, det almindelige telenet og Internettet) vil problemet med knappe ressourcer blive mindre og muligvis til sidst helt forsvinde. Herved bliver tilladelsessystemet overflødigt.

7.3 Kommunikationens indhold og form

Indholdsregler er regler, der regulerer selve karakteren af den information, der spredes på et givent medie.

Indholdsmæssige krav findes navnlig i radio- og fjernsynslovgivningen. For det første i form af krav til public service-institutionerne (DR, TV2 og de kommende indehavere af adgang til den femte og sjette landsdækkende radiokanal) om kvalitet, alsidighed og mangfoldighed i programudbudet, jf. RFL § 6a. For det andet i form af særlige begrænsninger vedrørende reklamer og sponsoring, jf. RFL kap. 8.

Vedrørende reklame- og sponsorreglerne lægges der i Lovforslaget op til en væsentlig liberalisering af disse, idet reglerne tilpasses de langt mindre restriktive regler i EU's såkaldte "TV uden grænser"-direktiv²⁵. Uanset en eventuel liberalisering er der dog fortsat tale om sektorspecifikke regler, idet der hverken i tele- eller IT-lovgivningen gælder begrænsninger i relation til indholdet af reklamer og sponsoraftaler, jf. neden for.

²⁴) I lovforslaget til ny radio- og fjernsynslov lægges op til, at der efter offentlig udbud udpeges en "gatekeeper", der skal varetage distributionen af programmer på det digitale net, dvs. tildele ledige frekvenser til foretagender, der ønsker at udøve programvirksomhed på nettet, jf. lovforslagets §§ 3-5. De nærmere regler for gatekeeperens tildeling af frekvenser fastlægges i bekendtgørelsesform.

²⁵) Direktiv 89/552/EF som ændret ved direktiv 97/36/EF.

Vedrørende de særlige krav til public service-institutionerne bemærkes i øvrigt, at bestemmelsen i § 6a ved en lovændring²⁶ i 2000 blev udvidet til også at gælde "Internet eller lign". Ifølge forarbejderne til bestemmelsen skyldes ændringen en erkendelse af, at mediekonvergens medfører, at lyd- og billedprogrammer i stigende grad spredes på andre elektroniske netværk end de traditionelle radio- og TV-netværk. Det ansås som følge heraf nødvendigt at skabe hjemmelsmæssigt grundlag for public service-institutionernes tilstedeværelse også på disse medier²⁷.

Ved en lovændring tilbage i 1996²⁸ blev der desuden givet DR og TV2 hjemmel til at anvende deres sendenet til at udøve teletjenestevirksomhed, jf. RFL § 6e, stk. 3. Også her forsøgte lovgiver at tilpasse lovgivningen til konvergensudviklingen, idet det af bemærkningerne til bestemmelsen erkendes, at medieudviklingen gør det vanskeligt at skelne mellem radio-/TV-programmer og teletjenester, hvorfor formålet med bestemmelsen er at give public service-institutionerne mulighed for at udbyde nye tjenester, fx film på bestilling (video-on-demand), spil o.lign., som minder om radio- og TV-tjenester, men som juridisk betragtes som teletjenester omfattet af telelovgivningen^{29 30}.

I modsætning til RFL indeholder hverken tele- eller IT-lovgivningen særlige krav til det indhold, der må spredes på disse medier. Det er dog værd at notere sig bestemmelsen i telekonkurrencelovens § 89, der bemyndiger videnskabsministeren til at fastsætte regler for teletjenester, der indholdsmæssigt kan sidestilles med radio- eller TV-programmer. Ministeren kan ligeledes indføre krav om anmeldelsesordninger.

Bestemmelsen giver hjemmel til at regulere indholdet på fx Internettet og er ifølge forarbejderne endnu et eksempel på en bestemmelse, der er indført som følge af konvergens mellem de elektroniske medier.

²⁶⁾ Lov nr. 1272/2000.

²⁷⁾ Jf. FT 2000-01, tillæg A, sp. 2089 ff.

²⁸⁾ Lov nr. 1208/1996.

²⁹⁾ Jf. FT 1996-97, tillæg A, sp. 2029-30. Bestemmelsen er efter sin ordlyd begrænset til aktiviteter, der har tilknytning til programvirksomheden. Denne begrænsning medfører ifølge forarbejderne, at public service-institutionerne ikke har hjemmel til at udbyde traditionelle teleydelser, fx almindelig taletelefoni o. lign.

³⁰⁾ Uanset det fornuftige formål med de to lovændringer - at tilpasse lovgivningen til konvergensudviklingen - virker de begge i lovteknisk henseende en smule malplacerede. Det skyldes, at bestemmelserne vedrører aktiviteter på teleområdet, der jo som konsekvens af sektorreguleringen slet ikke reguleres efter radio- og fjernsynsloven. Årsagen må antages at være, at radio- og fjernsynsloven, udover at være en lov om spredning af lyd- og billedprogrammer, også er en lov om bestemte institutioner, nemlig public service-virksomhederne.

Bestemmelsen i § 89 er desuden et illustrativt eksempel på de problemer, en sektorspecifik lovgivning medfører, når grundlaget for den sektorspecifikke lovgivning som følge af mediekonvergensen er ved at blive eroderet. Når radio- og TV-programvirksomhed kan distribueres via telenettene - og i så fald juridisk flyttes fra radio- og fjernsynsloven til telelovgivningen - virker det ulogisk og uforståeligt, at der skal gælde strengere regler efter det ene regelsæt end efter det andet. Der er jo grundlæggende tale om helt samme tjeneste. Ved at indføre hjemmelen i § 89 er der skabt mulighed for at lave ens regler på tværs af regelsættene og på den måde afmontere de værste urimeligheder, som konvergensudviklingen måtte afstedkomme.

Bemyndigelsen ses endnu ikke at være udnyttet - muligvis fordi spredning af radio og TV via Internettet og andre telenetværk endnu ikke har nået en udbredelse af betydning. Men måske også fordi en dansk enegang vedrørende en sådan indholdsmæssig regulering af Internettet er problematisk som følge af Internettets grænseoverskridende karakter.

Da hjemmelen i § 89 endnu ikke er udnyttet, og da telelovgivningen i øvrigt kun regulerer *trafikken* - ikke selve *indholdet* på Internettet, er resultatet, at indholdstjenester på Internettet (fx udbud af varer og tjenesteydelser via en hjemmeside) på nuværende tidspunkt ikke er omfattet af telelovgivningen.

En vis indholdsregulering af Internettet følger af den nyligt vedtagne såkaldte e-handelslov³¹. Denne lov tager særlig sigte på Internettet, men regulerer også andre online-tjenester, forudsat disse er af kommerciel karakter og leveres på individuel anmodning fra en tjenestemodtager³². Det betyder, at også online-ydelser, som fx GSM-, WAP- eller de kommende UMTS-netværk, vil være omfattet af loven.

Loven omfatter ikke traditionel radio og TV³³, men efterhånden som mediekonvergensen slår igennem på radio- og TV-området og gør traditionelle programmer "internetagtige", dvs. interaktive og individuelt baserede, vil loven ifølge forarbejderne finde anvendelse. "Video-on-demand"³⁴ må betragtes som en online-tjeneste, og en udbyder heraf, fx en kabel-TV-udbyder, må således antages at være omfattet

³¹⁾ Jf. lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel. Loven hviler på direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000.

³²⁾ Jf. § 2, stk. 1.

³³⁾ Idet disse ikke leveres på individuel anmodning fra en tjenestemodtager, jf. § 1.

³⁴⁾ Dvs. muligheden for individuelt at "bestille" TV-programmer, herunder film mv., på det tidspunkt, som brugeren ønsker. Programmet leveres så direkte fra et online-bibliotek hos udbyderen. Udbredelsen af Video-on-demand er endnu beskeden i Danmark, men forventes at vokse markant i de kommende år.

af e-handelsloven. En mere præcis afgrænsning af lovens anvendelsesområde i forhold til fremtidige digitale tjenester er ikke foretaget i loven eller dens forarbejder, og lovens anvendelsesområde i forhold til fremtidige interaktive informationstjenester må følgelig betragtes som uklart.

E-handelsloven udgør ikke nogen samlet regulering af elektronisk handel, men regulerer alene visse aspekter heraf. Af betydning i nærværende sammenhæng er, at loven påbyder udbydere af online-tjenester at give en række oplysninger og overholde visse forpligtelser i relation til deres online-aktiviteter. Der er bl.a. tale om en række generelle oplysningskrav til nærmere identifikation af erhvervsdrivende, der udbyder online-tjenester. Desuden en række specielle oplysningskrav og forpligtelser i relation til fx prisangivelser, reklameidentifikation og aftaleindgåelse.

E-handelsloven kan på den baggrund betragtes som en indholdsregulering, der supplerer de regler, der følger af andre særlige regelsæt, der også finder anvendelse på Internettet, herunder forbrugeraftale-, kreditaftale-, prismærknings- og markedsføringsloven.

Men netop fordi e-handelsloven som beskrevet ikke kun finder anvendelse på Internettet, men allerede i dag også breder sig ind over tele- og TV-mediernes, passer loven ikke ind i det sektorbaserede lovgivningssystem. I takt med mediekonvergens vil lovens karakter af særlig "internetlov" aftage til fordel for at være en lov, der regulerer visse aspekter af elektronisk kommunikation - uanset om denne tager form af data, lyd eller billeder, herunder levende billeder.

Alt i alt tegner der sig på indholdssiden et nogenlunde lige så broget billede som på adgangssiden. Radio- og fjernsynsloven indeholder en decideret indholdsregulering. Telelovgivningen indeholder en hjemmel til samme, som også omfatter Internettet, men som ikke er udnyttet, mens der for så vidt angår Internettet er tale om et kludetæppe af regelsæt, der både overlapper og supplerer hinanden, og som ikke tager sigte alene på Internettet. Desuden gælder der en særlov, e-handelsloven, som nok tager sigte på Internettet, men som i takt med konvergensudviklingen i stigende grad vil finde anvendelse også på tele- og radio/TV-mediernes og som således bidrager til at gøre reguleringen som sådan noget forvirrende og uoverskuelig.

Spørgsmålet på indholdssiden er derfor - parallelt til spørgsmålet oven for vedrørende markedsadgang - om det fortsat giver mening at knytte forskellige indholdsregler til forskellige teknologiske platforme, når konvergens mellem mediernes indebærer, at en bestemt type indhold ikke længere er bundet til én type infrastruktur, men kan distribueres på alle teknologiske platforme.

Samtidig forekommer det nødvendigt grundlæggende at overveje den lovtekniske tilgang, dvs. overveje, hvorvidt sektorspecifik lovgivning fortsat er en hensigts-

mæssig reguleringsmodel, eller om der bør anlægges en mere horisontal, énstrengt reguleringstilgang, der retter sig mod indhold frem for teknisk infrastruktur.

7.4 Andre regulatoriske udfordringer

Konvergens mellem medierne rejser ikke kun regulatoriske spørgsmål på tværs af IT-, tele- og radio-/TV-lovgivningen. Også andre regelsæt end de sektorspecifikke må forventes at blive berørt af udviklingen. Navnlig ophavsretsloven må antages at blive udfordret af en udvikling, hvor ophavsretlig beskyttet indhold let og uden kvalitetstab kan spredes og manipuleres på en mangfoldighed af elektroniske medier. Der kan også være behov for at overveje, om den forbrugerretlige, herunder persondataretlige, lovgivning sikrer forbrugerne den nødvendige beskyttelse på alle de forskellige elektroniske platforme. En lang række andre eksempler på regelsæt, der i større eller mindre grad bliver påvirket af konvergensudviklingen, kunne anføres.

8. Sammenfatning

Mediekonvergens betegner en udvikling henimod en tilnærmelse eller sammen-smeltning af de kendte elektroniske medier, radio/TV, telefoni og Internet. Konvergens indebærer, at alle former for kommunikation – lyd, billeder og data – integreres og kan distribueres på alle former for teknologiske platforme. Baggrunden for konvergens skal søges i udviklingen af den digitale teknologi og IT-udviklingen som sådan. Hvor hurtigt udviklingen vil bevæge sig, kan der ikke siges noget sikkert om, idet dette afhænger af en række forskellige faktorer.

Lovgivningen om elektroniske medier bevæger sig væsentlig langsommere end konvergensudviklingen. Lovgivningen er af historiske grunde sektorbaseret, dvs. udformet med udgangspunkt i, at de respektive medier kan adskilles teknologisk og markedsmæssigt. Dette skaber en række problemstillinger vedrørende både den overordnede regulatoriske struktur og de konkrete juridiske problemstillinger, som er behandlet i de respektive regelsæt. Disse problemstillinger kommer navnlig til udtryk i relation til dels afgrænsningen mellem de sektorbaserede regelsæt, dels reguleringen af den statslige styring og kontrol med adgangen til medierne og det indhold, der kan spredes på disse.

Mediekonvergens indebærer, at det bliver vanskeligere at afgrænse de enkelte medier i forhold til hinanden og dermed også bliver vanskeligere at afgøre, om en given problemstilling skal henføres til det ene eller andet regelsæt. Dette kan skabe en grundlæggende retsusikkerhed på området.

For så vidt angår adgangen til de forskellige elektroniske medier, er der taget – eller er ved at blive taget – lovgivningsmæssige initiativer til at sikre en højere grad af sammenhæng mellem regelsættene, således at adgangen til spredning af elektronisk kommunikation bliver mere ensartet, uanset hvilken teknologisk platform, der ønskes adgang til. Reguleringen er dog fortsat præget af den sektorspecifikke tilgang, ligesom harmoniseringen af regelsættene langt fra er gennemført.

Reguleringen af selve det indhold, der spredes på de forskellige teknologiske platforme, er fortsat forskellig fra medium til medium, uanset at grænserne mellem de forskellige former for indhold, lyd, billeder og data, som følge af konvergensudviklingen bliver mere og mere utydelige. Den uensartede regulering forekommer i stigende grad problematisk.

Alt i alt synes konvergensudviklingen at afføde et voksende behov for en langt mere tværgående og sammenhængende tilgang til reguleringen af de elektroniske medier, end tilfældet har været hidtil.

Debatten om indførelse af en social klausul i WTO-aftalerne

af

Lynn Roseberry

1. Indledning: om "sociale klausuler" og "social dumping"

Udtrykket "sociale klausuler" omfatter forskellige måder at "linke" arbejdsstandarder med handel på. Der er en omfattende debat vedrørende spørgsmålet om, der bør laves et link af én eller anden art mellem arbejdstagerrettigheder og det multilaterale handelssystem. Som yderpunkter har fagforeninger i de nordlige lande givet udtryk for, at det multilaterale handelssystem ikke tager hensyn til globaliseringskonsekvenserne for arbejdstagerrettigheder. På den anden side har mange udviklingslande og handelseksperter anført, at talen om et link mellem arbejdstagerstandarder og handel bare skjuler de protektionistiske strategier og at et sådan link vil kortslutte den økonomiske udvikling i de fattige lande.

Fra begyndelsen af debatten om sociale klausuler, har nogle fortalere givet udtryk for, at sociale klausuler er nødvendige som modvægt til den "social dumping" der genereres af den internationale markedsøkonomi.¹ Udtrykket "social dumping" blev lånt fra den Europæiske Union, som er den internationale organisation, der har størst erfaring med harmonisering af arbejdsretlige normer og praksis. Begrebet "social dumping" bygger på den præmis, at lande med lave arbejdstagerstandarder (eller lande som ikke håndhæver arbejdstagerstandarder) har kunstige lave arbejdsomkostninger. Kapital, som er flytbar, søger efter billig arbejdskraft, så der kan produceres til lavere omkostning per enhed. Arbejdskraft er ikke lige så flytbar. For at kunne konkurrere med de sydlige landes billige arbejdskraft, må de nordlige lande sænke deres arbejdsomkostninger ved at sænke deres arbejdsretlige normer.

¹⁾ Adelle Blackett, "Whither Social Clause? Human Rights, Trade Theory and Treaty Interpretation," 31 Columbia Human rights Law Review S. 1, 48 (1999).

Valget af "social dumping" som slagord for sociale klausuler er uheldig i den forstand, at "social dumping" som et begreb er meget omstridt af empiriske og teoretiske grunde.

For det første, er det uklart, hvorvidt "social dumping" overhovedet finder sted. Der har været flere empiriske undersøgelser, som hverken har bekræftet eller afkræftet at "social dumping" foregår.²

Et andet empirisk problem er at begrebet "social dumping" forudsætter, at markedet virker uafhængigt af staten.³ Staten kan nemlig svare igen ved at bruge forskellige foranstaltninger, som ikke medfører en sænkning af arbejdstagerstandarder: for eksempel, investering i efteruddannelse eller teknologisk udvikling.

Et tredje empirisk problem er, at begrebet "social dumping" forudsætter, at de lave arbejdstagerstandarder nødvendigvis medfører lave arbejdsomkostninger. Der har været flere undersøgelser, der viser, at højere arbejdsstandarder faktisk kan være med til at øge konkurrenceevne og produktivitet.⁴

Et fjerde empirisk problem vedrører sociale klausulers effektivitet. Ikke alle produkter, der bliver produceret under vilkår, der overtræder arbejdstagerrettigheder, bliver eksporteret. Børnearbejde er bare ét eksempel af problemet. Kun ca. 5% af verdensprodukter produceret ved børnearbejde bliver eksporteret.⁵ En social klausul vil måske ikke have den forventede virkning, fordi antallet af produkter i verdenshandelssystemet, som vil blive ramt af en social klausul, simpelthen er for beskedent.

Fra et teoretisk synspunkt er begrebet "social dumping" meget problematisk, fordi det strider mod den økonomiske teori, som er grundlaget for verdenshandels-systemet: teorien om komparative fordele. Ifølge denne teori skal lande bruge deres forskelligheder til at drage fordel fra handel. Men hvis fortalene for eksempel mener, at alt arbejde lavet af børn skal forbydes, vil de fratage nogle af ulandenes få fordele, der ligger i fattigdom. Nogle børn i ulandene er nødt til at arbejde bare for at overleve og følgerne af et forbud mod børnearbejde kan derfor virke værre end selve børnearbejdet. Dette var tilfældet i Bangladesh, hvor et lovforslag i USA om forbud mod import af produkter lavet af børn, medførte, at unge piger blev

²⁾ *Id.*, S. 49.

³⁾ *Id.*

⁴⁾ *Id.*

⁵⁾ Jagdish Bhagwati, "Afterword: The Question of Linkage" i *American Journal of International Law* 126, 132 (2002).

afskediget fra deres jobs i tekstil branchen. Uden deres løn fra arbejdet i tekstilbranchen sultede disse piger og deres familier,⁶ hvilket resulterede i, at pigerne i stedet blev prostituerede.

Uenigheden vedrørende "social dumping" er derudover ikke den eneste årsag til striden vedrørende social klausulen i verdenshandelssystemet.

Formålet med denne artikel er at fremlægge de grundlæggende årsager til striden. Denne diskussion deles op i seks dele. Først gives en kort historisk redegørelse for den gradvise erkendelse af, at der kan være brug for at lave et link mellem arbejdstagerstandarder og handel. Denne historie strækker sig fra 1700-tallet til verdenshandels-systemets tilblivelse i 1947. Dernæst redegøres for de grundlæggende principper for verdenshandels-systemet, således som de fremgår af den Almindelige Overenskomst om Told og Udenrigshandel (GATT) fra 1947. Den tredje del beskriver GATT's meget begrænsede "sociale klausuler", som findes i undtagelserne til de grundlæggende principper. I den fjerde del redegøres kort for striden om sociale klausulen, som blusede op under Uruguay-rundens forhandlinger, der mandede ud i WTO's oprettelse. I artiklens femte del gives et bud på årsagerne til striden. I artiklens sidste del fremdrages nogle konklusioner.

2. Erkendelsen af, at handel kan påvirke arbejdstagerstandarder: fra 1700-tallet til 1947

Erkendelsen af, at der er en forbindelse mellem arbejdstagerrettigheder og et lands evne til at konkurrere på internationalt niveau er gammel. Den franske finansminister for Kong Louis XVI citeres ofte som den første til at pege på denne forbindelse.⁷ Så tidligt som 1778 skrev han, at hvis et land afskaffer den ugentlige hviledag, vil landet opnå en økonomisk fordel, sålænge andre lande ikke følger efter.

I starten blev sammenknytningen mellem arbejdstagerrettigheder og national konkurrenceevne brugt til at argumentere *mod* indførelse af *nationale* arbejdsnormer, men i 1800-tallet blev det brugt til at argumentere *for internationale* arbejdsnormer.⁸ Det skete i takt med, at den internationale handel var ved at blive liberaliseret på baggrund af Adam Smiths og David Ricardos økonomiske teorier. Internationale arbejdsnormer blev anset som en forudsætning for at opnå de

⁶) *Id.*

⁷) Jonas Malmberg, David Johnsson, "Social Clauses and Other Means to Promote Fair Labour Standards in International Fora" (Arbetslivsinstitutet, Stockholm, 1998:25).

⁸) *Id.*

gevinster ved international handel, som Adam Smith og David Ricardo havde peget på. Præamblen til charteret for den internationale arbejders organisation (ILO) fra 1919 giver udtryk for denne forestilling:

”...the failure of any nation to adopt humane conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries....”

Da den første multilaterale handelsaftale, GATT (General Agreement on Tariffs and Trade eller Den Almindelige Overenskomst om Told og Udenrigshandel) blev forhandlet 28 år senere ved Anden Verdenskrigs slutning, var denne forestilling stadig meget almindelig. Ganske vist var en social klausul med i udkastet til charteret for en internationale organisation for handelssamarbejde (International Trade Organisation, ITO), som skulle have været det tredje ben i et system af internationale økonomiske organisationer, hvor IMF og Verdensbanken var de to øvrige ben. Udkastet til ITO's charter, som blev kaldt Havana charteret fordi det blev underskrevet i Havana i 1948, indeholdt denne bestemmelse:

”The Members recognize that measures relating to employment must take fully into account the rights of workers under inter-governmental declarations, conventions and agreements. They recognize that all countries have common interest in the achievement and maintenance of fair labour standards related to productivity, and thus in the improvement of wages and working conditions as productivity may permit. *The Members recognize that unfair labour conditions, particularly in production for export, create difficulties in international trade, and accordingly, each Member shall take whatever action may be appropriate and feasible to eliminate such conditions within its territory.*”⁹

Denne bestemmelse skulle kunne håndhæves ved at bruge ITO's bestyrelse til at undersøge sager om arbejdsretlige normer i samarbejde med ILO.¹⁰ Et land som klagede over et andet lands arbejdstagerstandarder kunne få lov af Organisationens Konference til at indføre handelssanktioner, hvis Konferencen mente andet ikke var tilstrækkeligt.

⁹ Final Act and Related Documents, United Nations Conference on Trade and Employment, Havana, Cuba, November 21, 1947-March 24, 1948. U.N. Doc. ICITO/1/4 (1948), Article 7.

¹⁰ Håndhævelsesproceduren beskrives i Havana Charterets Artikler 93 (Consultation and Arbitration), 94 (Reference to Executive Board) og 95 (Reference to the Conference).

Treoghalvtreds af de seksoghalvtreds lande, som sendte delegationer til Havana, skrev under på charteret. Alligevel trådte Havana charteret aldrig i kraft, fordi det ikke lykkedes for den amerikanske regering at få Kongressen til at godkende charteret. Grunden til dette var måske, at Havana charteret var for vidtgående for amerikanerne. Det gik videre end handel i snæver forstand, da det også omfattede beskæftigelse, konkurrenceregler, investeringer og tjenesteydelser.

I stedet for Havana charteret, fik vi GATT. GATT—som bestod af væsentlige toldnedsættelser—blev forhandlet samtidig med arbejdet på Havana charteret. GATT blev underskrevet den 30 oktober 1947, og da parterne forventede at Havana charteret ville blive godkendt og ITO oprettet, besluttede de at sætte GATT i kraft midlertidigt. Da Havana charteret dernæst ikke trådte i kraft, blev GATT bevaret som en midlertidig løsning, der varede i næsten 50 år—indtil funktionerne blev overtaget af Verdenshandelsorganisationen (WTO).¹¹

GATT¹² indeholder nogle bestemmelser, der kan betragtes som sociale klausuler, men de er ikke nær så vidtgående som Havana charterets sociale klausul. For at kunne forstå GATT's sociale bestemmelser, skal man først kende til GATT's grundlæggende principper.

3. GATT's grundlæggende principper

De forpligtelser, som landene påtog sig i 1947 ved indgåelsen af GATT aftalen, var knyttet til handel med varer og specielt til told. Det grundlæggende GATT-princip var, at told var den eneste lovlige måde at begrænse import. Af GATT's Artikel 11 fremgik et generelt forbud mod kvantitative restriktioner.¹³ Alle andre former for begrænsninger var forbudt. Omlægningen fra mængdemæssige begrænsninger til told skyldes, at det generelt er lettere for eksportører at handle på grundlag af en toldsats.¹⁴ Efter at mængdemæssige begrænsninger var blevet lavet om til told,

¹¹⁾ WTO var ikke i formel, folkeretlig forstand efterfølger for den gamle GATT-aftale (GATT 47). Snarere blev WTO systemet den handelspolitiske efterfølger for GATT. De fleste af de lande, som var parter i GATT-aftalen, tilsluttede sig WTO fra organisationens start den 1. januar 1995. Derfor blev det besluttet at bringe GATT-aftalen fra 1947 til ophør med udgangen af 1995. GATT 1947's indhold findes stadig væk i den nye GATT-aftale, GATT 94, som er en af WTO-aftalerne. Klaus Holm, Ulrik Vestergaard Knudsen og Karsten Vagn Nielsen, *WTO og Den Nye Handelspolitik* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1999) SS. 14-15.

¹²⁾ Jeg bruger GATT som betegnelse for indholdet i GATT 1947 og 1994.

¹³⁾ Der var dog nogle enkelte undtagelser fra forbuddet, f.eks. i tilfælde af alvorlige betalingsbalancelanceproblemer.

¹⁴⁾ Holm, Knudsen, Nielsen (1999) S. 22.

gennemførte liberaliseringsprocessen i GATT ved at toldsatser blev fastlåst ("bundet") på det eksisterende niveau¹⁵ og ved at forbyde indførelsen af nye hindringer. Derefter blev eksisterende handelshindringer afskaffet eller trappet gradvist ned.

Ud over de deltagende landes tilsagn om omlægningen fra mængdemæssige begrænsninger til told og told-bindinger, indeholdt GATT-aftalen to grundlæggende principper:

- *Mestbegunstigelse (Most Favoured Nation principle – MFN), Artikel 1: Handelsmæssige fordele (f.eks. lavere told for en vare), som gives til én part, skal også gives til alle andre partnere. MFN betyder således at alle GATT-medlemmer skal behandles ens. Man må derimod godt diskriminere over for lande, der ikke er med i GATT/WTO.*

- *Nationalbehandling, Artikel 3: importerede varer skal—når de har passeret grænsen—have samme behandling som indenlandske varer, f.eks. med hensyn til afgifter, tilladelser, krav og standarder. Importerede varer må således ikke stilles ringere, når de først er bragt i omsætning.*

Ved at skrive under på disse principper, forpligtede landene sig til ikke at bruge handelspolitiske skridt som led i den økonomiske politik (sådan som det var sket i 1930'erne). Disse grundlæggende GATT principper blev fastholdt ved overgangen fra GATT til WTO som fundamentale principper for det multilaterale handelssystem.

4. GATT's begrænsede "sociale klausuler"

GATT's meget begrænsede "sociale klausuler" findes i Artikel 20, som opremser en række undtagelser for GATT's principper. Kun stykke a, b og e er relevante i denne sammenhæng. Der står:

"Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

¹⁵⁾ Det blev gjort gennem forhandlingsrunder hvor toldsatserne blev aftalt på forskellige varer.

- (a) *necessary to protect public morals*
- (b) *necessary to protect human, animal or plant life or health,*
- (c)...
- (d) ...
- (e) *relating to the products of prison labour;*

Det nærmeste man kom en social klausul i GATT var undtagelsen i stykke e. Fængselsproducerede varer kan efter denne bestemmelse gives en negativ diskrimination. Alligevel har intet land nogensinde brugt Artikel XX(e).

Der har været nogle forslag om at tilføje en yderligere undtagelse til Artikel XX hvor de grundlæggende ILO konventioner opremses og dermed kan bruges af medlemslandene til at indføre handelspolitiske tiltag mod medlemslande, der ikke overholder konventionerne. En sådan social klausul er den mest yderliggående mulighed, idet den tillader lande at gribe til "selvhjælp" mod et medlemsland, der ikke overholder de grundlæggende arbejdstagerrettigheder. Et medlemsland, der bliver genstand for "selvhjælp", vil kun kunne klage til WTO og i sidste ende føre en sag foran et WTO panel. Det vil så blive panelets opgave at finde ud af, om medlemslandet overholder de grundlæggende arbejdstagerrettigheder, og om "selvhjælpen" opfylder kriterierne i Artikel XX.

En anden, næsten lige så yderliggående måde at "indføre" en social klausul på, fordi den også bruger Artikel XX's mulighed for selvhjælp, er at fortolke "public morals" i stykke (a) som omfattende grove og vedvarende overtrædelser af grundlæggende arbejdstagerrettigheder.¹⁶ Man kunne måske også fortolke stykke (b)'s "beskyttelse af menneskeliv og -sundhed" således, at medlemslandene kan indføre handelspolitiske tiltag, der er nødvendige for at beskytte arbejdstagernes liv eller sundhed i det producerende land og dermed også indirekte i de øvrige lande.¹⁷

5. Striden om en "social klausul" i WTO sammenhæng

Under de afsluttende forhandlinger ("Uruguay-runden"), som førte til WTO's oprettelse i 1994, blev spørgsmålet om indførelsen af en "social clause" rejst af USA og andre industrialiserede lande. Motivationen var nok at tilfredsstille fagbevægelserne, som har forholdsvis stor indflydelse på national politik i de nordlige lande. Grundlaget for fagbevægelsernes argumenter for indførelse af en social

¹⁶⁾ Blackett (1999) 37-38. ICFTU, "Why Trade measures to implement the ILO Resolution on Burma Would be Entirely Compatible with WTO Rules", tilgængelig på <http://www.ICFTU.org> (Background or discussion documents, 31/10/2001).

¹⁷⁾ *Id.*

klausul i verdenshandelssystemet har været både empirisk og teoretisk. Den teoretiske del er begrebet "social dumping". Dette begreb er allerede blevet behandlet oven for. Den empiriske del omfatter "økonomiske frizoner" eller "eksportfrizoner", der etableres i udviklingslande og nogle tilfælde af grove overtrædelse af grundlæggende arbejdsrettigheder, f.eks. i Burma. Jeg vil her sætte fokus på problemerne med eksportfrizoner.

En "eksportfrizone" er ikke nødvendigvis et geografisk område. Det væsentlige kriterium er, at den bliver oprettet af national lovgivning, som giver eksportproducerende virksomheder nogle særrettigheder, for eksempel skattelettelse og andre økonomiske fordel. Flere lande har også fritaget eksportproducerende virksomheder fra landets arbejdsret. Det fremgår eksempelvis af en rapport udgivet af ILO i 1996,¹⁸ at Tyrkiet havde undtaget eksportvirksomheder fra nationale regler om strejke, lockout og voldgift i de første 10 år efter, at virksomheden påbegynder produktion i Tyrkiet. Indien, Filippinerne, Sri Lanka og Mailasien har også vedtaget regler, hvorefter at strejke og andre kollektive aktioner forbydes i forhold til virksomheder i eksportfrizoner, der udfører væsentlige tjenester for landet. Selvom nogle landes eksportfrizoner ikke omfatter fritagelser fra national arbejdsret og selvom disse lande påstår, at deres national arbejdsret bliver håndhævet i disse zoner, peger ILO på, at der er meget få organiserede arbejdstagere i disse zoner. I Indien og Sri Lanka ligger antallet af organiserede arbejdstager under 2% i eksportfrizonerne—væsentligt lavere end i andre dele af disse lande. Det tyder på, at grundlæggende arbejdstagerrettigheder—for eksempel foreningsfriheden—ikke bliver overholdt.

I 1970 var der kun 10 lande med såkaldte eksportfrizoner. Antallet tog kraftigt til mens Uruguay-runden var i gang, således at der var 74 eksportfrizoner et år efter WTO's oprettelse. Det omstændigheder var åbenbart motivation nok til at få de nordlige lande til at rejse emnet om social klausulen under Uruguay-runden. Muligheden for at indføre en social klausul var tilsyneladende også tilstede, da flere multilaterale handelsaftaler, som indeholdt sociale klausuler af den ene eller anden art, enten var blevet afsluttet eller var under forhandling i årene op til Uruguay-rundens afslutning.¹⁹ Tanken om en social klausul var tilsyneladende ved at vinde nogenlunde accept.

Mest bemærkelsesværdig af disse nyere handelsaftaler var nok den nordamerikanske

¹⁸⁾ ILO rapport (1996), "Export processing zones: Addressing the social and labour issues", tilgængelig på <http://www.transnationale.org/pays/cpz.htm>.

¹⁹⁾ F.eks. Sixth International Tin Agreement, 1982, Article 45, O.J. (1982) L342/3 (ikke længere i kraft); International Sugar Agreement (1987), Article 28, O.J. (1988) L53/4 (ikke længere i kraft); International Natural Rubber Agreement 1987, Artikel 53, O.J. (1988) L58/18.; International Cocoa Agreement 1993, Artikel 49, O.J. (1994) L52/26.

handelsaftale, NAFTA (North American Free Trade Agreement). NAFTA er en handelsaftale mellem Canada, Mexico og USA som blev forhandlet i 1993 og trådte i kraft 1. januar 1994. Samtidig med selve handelsaftalen blev der forhandlet nogle "side agreements" (selvstændige aftaler) om både arbejds- og miljøretlige principper. Aftalen om arbejdsretlige principper hedder North American Agreement on Labor Cooperation (NALC), og den omfatter en særskilt tvistbilæggelsesprocedure for arbejdsretlige tvister. Aftalen lægger vægt på udveksling og udvikling af information og viden om de arbejdsretlige systemer i NAFTA landene. Efter denne aftale skal NAFTA landene håndhæve deres egne arbejdsretlige regler. Både medlemslandene og faglige organisationer har ret til at klage over et NAFTA lands undladelse af at håndhæve dets nuværende arbejdsretlige regler. Imidlertid findes der alligevel ingen bestemmelse i NAFTA som betinger handel af overholdelsen af grundrettigheder eller bestemte arbejdstagerstandards.

Selvom NAFTA og de andre forudgående handelsaftaler tegnede godt for diskussionen om en social klausul i verdenshandelssystemet, kom der ikke noget substantielt ud af Uruguay-runden på det punkt—primært på grund af udviklingslandenes modstand. I Marrakesh Erklæringen af 15. april 1994, som sluttede Uruguay-forhandlingsrunden og markerede oprettelsen af den nye verdenshandelsorganisation WTO, stod der kun, at det var blevet aftalt at sætte emnet på dagsorden for den første toårig ministerkonference i WTO's regi. Ved den konference, som blev holdt i Singapore i December 1996, blev døren til videre diskussioner om en social klausul tilsyneladende lukket. I Singapore Erklæringen stod der:

"We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International labour organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration."

Erklæringen omfatter 4 væsentlige punkter:

1. Alle WTO-medlemslande har sluttet sig til de mest væsentlige af de internationalt anerkendte arbejdstagerstandards.
2. ILO har det primære ansvar for arbejdsretlige problemstillinger.
3. Handelssanktioner bør ikke bruges til at håndtere strid om arbejdstagerstandards.

4. Medlemslandene er enig om, at den komparative fordel, som lande med billig arbejdskraft har, ikke bør kompromitteres.

På trods af dette nederlag, bliver nogle fagbevægelser og NGO'er ved med at argumentere for indførelsen af en social klausul i WTO's regelsæt. U-landene—som har flertallet i WTO—sætter sig stadig væk mod en WTO-social klausul. Handelseksperter og WTO-tjenestemænd støtter U-landenes holdning.

6. Årsager til striden om indførelsen af en socialklausul i WTO

Årsagerne til striden om indførelsen af en social klausul i WTO ligger i de forskellige grundlag for handelsreglerne samt udviklingen i den internationale arbejdsret og dennes stilling indenfor det folkeretlige system. Handelsreglernes udvikling og folkeretlig stilling fremlægges nedenfor efterfulgt af udviklingen i den internationale arbejdsret og dens folkeretlige stilling.

6.1. Handelsreglernes udvikling og folkeretlige stilling

Det første teoretiske grundlag for handelsliberalisering findes i Adam Smiths "Wealth of Nations" fra 1776:

"What is prudence in the conduct of every private family can scarcely be folly in that of a great kingdom. If a foreign country can supply us with a commodity cheaper than we can make, better buy it of them with some part of the produce of our own industry."

Fra denne enkle idé udviklede Smith en teori om absolutte fordele, hvorefter hvert land burde specialisere sig i at fremstille de produkter, hvor det havde en produktionsmæssige fordel i forhold til andre lande.

Smiths teori om absolutte fordel blev fulgt op af økonomen David Ricardo med teorien om komparative fordele i 1817. Ricardo påstod at et land, der ikke har nogen produktionsmæssige fordele i forhold til andre lande, alligevel gennem komparative fordele vil kunne bidrage til international handel og produktion. Det vil sige, at hvert land bør specialisere produktionen i de ting, landet er bedst til, og derefter handle sig til andre produkter på et åbent verdensmarked.

Der gik lidt tid før Smiths og Ricardos tanker satte sine spor i de internationale handelsrelationer. Det var først med GATT, at handelsliberalisering som ideologi blev dominerende.²⁰

Der var et kortvarigt forsøg med handelsliberalisering i Europa i anden halvdel af 1800-tallet. Men da Europa blev ramt af recession i 1870'erne, forlod de fleste europæiske lande frihandelsprincipperne. Børskrakket i 1929 og USA's indførelse af særdeles protektionistisk lovgivning i 1930 ledte verdensøkonomien ind i en periode med gengældende protektionistiske foranstaltninger og konkurrerende devalueringer—en udvikling der betragtes som måske en af de vigtigste medvirkende faktorer til indledningen af Anden Verdenskrig. GATT's forbud mod kvantitative restriktioner og GATT's principper om toldbindinger, MFN og national behandling var et direkte svar på Anden Verdenskrig. Det kan betragtes som et åbenbart forsøg på at forebygge en tredje verdenskrig.

GATT havde to fundamentale funktioner: dels at være forum for forhandlinger om øget adgang til at handle på basis af aftalte regler, dels at påse reglernes efterlevelse i praksis og at løse de uenigheder, som måtte opstå. Den væsentligste arbejdsmetode i GATT var forhandlingsrunder, hvor de kontraherende parter mødtes i en vis tidsperiode og aftalte nye gensidige indrømmelser.

I alt blev der gennemført otte GATT-runder.

Den manglende gennemførelsen af ITO—som omtalt ovenfor—nødvendiggjorde, at udviklingen af arbejdsprocedurene og alt det organisatoriske arbejde blev betroet til et elitehold af økonomer, som specialiserede sig i handelsproblemstillinger. Dette elitehold bestod af tidligere og nuværende statstjenestemænd, internationale tjenestemænd fra andre organisationer (særligt Verdensbanken, OECD og IMF), som beskæftigede sig med handelsproblemstillinger og nogle få advokater, konsulenter og tidligere politikere. Disse handelseksperter organiserede dagsordenen for forhandlingsrunderne og skabte en procedure for tvistbilæggelse, selvom der stod meget lidt i GATT om disse ting.

GATT's udvikling blev påvirket af disse eksperter, blandt andet ved at de satte dagsordenerne for forhandlingsrunderne og ved GATT-paneernes anvendelse af GATT-regler i tvistbilægninger. GATT's regler og GATT-paneernes fortolkning og anvendelse af reglerne udsprang af deres økonomiske synspunkt, snarere end af en normativ eller folkeretlig synsvinkel. Det økonomiske synspunkt illustreres med handelselitens forståelse for forholdet mellem handelspolitik og national og international politik. Denne forståelse tog udgangspunkt i, at hvor handelsbarriere,

²⁰⁾ Det følgende historiske sammendrag bygger på Holm, Knudsen, Nielsen (1999), SS. 2-3, og 13-24.

f.eks. told, ville forvride priserne på importlandets markedet, kunne national velvære forbedres ved at fjerne barriererne da forbrugernes samlede gevinster altid ville være højere end arbejdstagernes/producenternes tab. Handelseksperterne har til tider virket fuldstændig ligeglade med spørgsmålet om retfærdig fordeling af de goder og byrder, der stammer fra fjernelse handelsbarriere. For handelseksperterne vedrører dette spørgsmål national politik. Efter deres mening har det ikke betydning for verdenshandelssystemet.

Hele traditionen indenfor GATT taler imod at tage spørgsmålet om fordeling af goder og byrder op indenfor WTO. Denne tradition har udelukkende handlet om at fjerne handelsbarriere og at gøre handel genstand for et politisk neutralt regelsæt, som kan forsikre verden mod de gengældende protektionistiske foranstaltninger som ledte til Anden Verdenskrig. Der har været en vis stolthed over, at det multilaterale handelssystem blev udviklet med grundlag i videnskab frem for politik, og således ikke blev udsat for den næsten ubegrænsede strid, der plagede de fleste internationale institutioner.

Det multilaterale handelssystem har også haft forholdsvis stor succes med handelsliberaliserings-projektet. I løbet af en periode på 50 år, førte GATT-forhandlingsrunderne til, at toldsatser blev bragt ned fra en told på i gennemsnit omkring 40% til under 4%. Samtidig blev importkvoter stort set fjernet. Endvidere voksede medlemskredsen for alvor sidst i 1960'erne og i begyndelsen af 1970'erne, da en række lande specielt i Afrika og Asien opnåede selvstændighed og dermed sluttede sig til det internationale samarbejde. Resultatet af alt det var, at væksten i verdenshandelen—ca. 8 pct. om året—i denne periode blev betydeligt større end væksten i produktionen.

WTO's oprettelse er et storslået forsøg på at lukke nogle af de tilbageværende huller. På trods af et stort fremskridt med at få toldsatserne ned og øge verdenshandel, var GATT reelt ikke så effektiv som man ellers kunne tro. Den mindskede betydning af told som handelsbegrænsning bevirkede, at andre restriktioner fik stigende indflydelse. Samtidig skabte økonomiske kriser i 1970'erne og 1980'erne en øget interesse for indgreb, som kunne beskytte særligt udsatte erhverv i de enkelte lande mod udenlandsk konkurrence. Under Tokyo-runden, som varede fra 1973-79, blev der udviklet et regelsæt, der kom til at regulere anvendelsen af et bredt felt af handelspolitiske instrumenter,²¹ men aftalerne som kom til i denne runde var plurilaterale—ikke multilaterale. Det betød, at landene kunne tilslutte sig dem på

²¹⁾ F.eks. subsidier, anti-dumping-foranstaltninger, særlige beskyttelsesforanstaltninger (safeguards), tekniske handelshindringer, mv.

en selektiv basis og der skete hermed en vis opsplitning af systemet.²² De kontraherende parter tilsagn om at åbne deres markeder og fjerne retlige og politiske handelsbarriere virkede svagere og svagere. Parterne så stort på GATT regler om importbegrænsninger; toldsatserne på varer som ulandene havde den største interesse i at eksportere—f.eks. landbrugsprodukter og tekstiler—var meget høje i de industrialiserede lande, fordi der aldrig indenfor GATT var opnået enighed om et regelsæt for disse produkter. Der var også mange undtagelser fra principperne om mestbegunstigelse og nationalbehandling i form af GATT-autoriserede fritagelser.

Desuden var der ingen effektiv tvistbilæggelsesmekanisme. GATT-panelernes anbefalinger skulle vedtages med konsensus, hvilket indebar, at den tabende part i en sag skulle samtykke. Det betød i praksis, at afgørelserne ikke var bindende. I denne periode blev det ofte sagt, at "GATT" betød "Gentlemen's Agreement to Talk and Talk".

Alle disse problemstillinger førte til Uruguay Runden—den ottende og sidste GATT-runde. Uruguay Runden gik i gang i 1986 og sluttede i 1994. Denne forhandlingsrunde førte ikke alene liberaliseringsprocessen videre, men førte den også ind på nye områder som landbrug og tjenesteydelser. Den førte endvidere til dannelsen af WTO—en egentlig verdenshandelsorganisation. Med WTO blev det oprindelige multilaterale forhold genetableret med princippet om "single undertaking", dvs., at man tilsluttede sig alle aftalerne på én gang, og medlemskabets forpligtelser blev dermed som udgangspunkt igen ens for alle. Måske endnu vigtigere var den nye tvistbilæggelsesmekanisme, som WTO-aftalerne indførte.

WTOs tvistbilæggelsesmekanisme blev oprettet med ikrafttrædelsen den 1. januar 1995 af tvistbilæggelsesforståelsen ("Dispute Settlement Understanding eller DSU). Den mest afgørende nyskabelse ved WTO's tvistbilæggelsessystem i forhold til GATT er, at afgørelser er bindende. I modsætning til GATT-panelernes anbefalinger, som skulle vedtages med konsensus, skal der være konsensus *imod* en afgørelse for at blokere den. Dette medfører, at for at blokere en afgørelse skal den vindende part i en sag ligeledes stemme imod en afgørelse for at annullere den. Det betyder i praksis, at alle tvistbilæggesafgørelser bliver tiltrådt.

En anden nyskabelse ved WTO's tvistbilæggelsessystem er, at det er blevet sværere for medlemslandene at ignorere en afgørelse.²³ Systemet kræver efterlevelse eller

²²⁾ USA rejste emnet om arbejdstagerrettigheder igen uformelt under Tokyo-runden i 1978, men kun de nordiske lande støttede USA.

²³⁾ Holm, Knudsen, Nielsen (1999) SS. 46-47.

kompensation—ellers kan gengældelsesforanstaltninger iværksættes.

Et tredje nyt og vigtigt element er, at der er indbygget en automatik i systemet.²⁴ I modsætning til GATT er deltagelse i tvistbilæggesessystemet obligatorisk for alle medlemslande og det finder anvendelse på hele WTO-aftalesættet—også de nye TRIPs og GATS (som behandler tjenesteydelser) aftaler. Der er endvidere klare procedurer og tidsfrister for tvistbilæggesessager.

Endelig er der oprettet en ny toleddet struktur med både paneler og et appelorgan, som har det sidste ord i sagerne. Det var denne mulighed for at appellere afgørelser, som var en forudsætning for, at alle GATT-landene kunne støtte en mere bindende tvistbilæggesmekanisme.²⁵

WTO's tvistbilæggesmekanisme er enestående i folkeretten. Med den har WTO fået den mest effektive håndhævelsesmagt i det folkeretlige system. Der har simpelthen ikke tidligere været andre folkeretlige institutioner med den samme magt.²⁶

6.2 International arbejdsrets udvikling og folkeretlig stilling

I modsætning til det multilaterale handelssystem, blev det internationale arbejdsretlige system udviklet ud fra et normativt syn, som står tydeligt frem i Præamblen til ILO's charter fra 1919.²⁷ Der står i Præamblen, at universel og varig fred kun vil blive til, hvis der sikres social retfærdighed. Præamblen præciserer, at arbejdstagernes vilkår straks skal forbedres, at arbejdstiderne skal reguleres, ledighed skal forebygges, arbejdstagerne skal beskyttes mod sygdom og arbejdsskader, børn, unge og kvinder skal beskyttes, vandrende arbejdstageres interesser skal varetages, ligeløn for arbejde med lige værdig skal indføres, og at der

²⁴⁾ *Id.*

²⁵⁾ *Id.*

²⁶⁾ EF Domstolen er ikke blevet taget i betragtning, da den hører alene til den Europæiske Union som har en særstilling indenfor folkeret. Den eneste anden folkeretlige institution med tilsvarende håndhævelsesmagt er den nye domstol for internationale forbrydelser (International Criminal Court). For et oversigt over den nye domstols oprettelse og kompetence se <http://www.iccnw.org/html/pressqandaicc.pdf>.

²⁷⁾ En international forening for arbejdsret blev oprettet i 1901 på grundlag af ideer fremlagt af to industrimænd, Robert Owen fra Wales og Daniel Legrand fra Frankrig, der levede i den første halvdel af 1800-tallet. De havde argumenteret for oprettelse af en international arbejdsretlig organisation ud fra humanitær, politisk og økonomisk hensyn. Deres ideer blev grundlaget for ILO's oprettelse ved Første Verdenskrigs slutning i 1919.

skal være foreningsfrihed. Disse principper skal ses i lyset af, at Første Verdenskrigs og den russiske revolution netop havde fundet sted. ILO's Præamblen og tilblivelse kan ses som et udtryk for frykten for en revolution og krig i Europa på den tid.²⁸

Ligeledes i modsætning til det multilaterale handelssystem blev de internationale arbejdsretlige princippers udvikling efterset af ILO, der er en international organisation med folkeretlig kompetence.²⁹ ILO har siden sin tilblivelse formuleret internationale arbejdstager- standarder i 170 konventioner. De væsentligste arbejdstagerrettigheder fremgår af otte grundlæggende ILO konventioner. Antallet af ratifikationer viser, at langt de fleste lande slutter sig til disse rettigheder. Med andre ord: der er betydelig enighed om, hvilke normer der bør tilvejebringes for at sikre arbejdstagerrettigheder.³⁰

1. Konvention nr. 29 og 105 om forbud mod tvangsarbejde (hhv. 161 og 156 ratifikationer)
2. Konvention nr. 87 om fagforeningsfrihed (141 ratifikationer)
3. Konvention nr. 98 om retten til at føre kollektiv forhandlinger (152 ratifikationer)
4. Konvention nr. 100 ligeløn (159 ratifikationer)
5. Konvention nr. 111 om ikke-diskrimination vedrørende beskæftigelse og erhvervsvalg (156 ratifikationer)
6. Konvention nr. 138 om afskaffelse af børnearbejde (117 ratifikationer)
7. Konvention nr. 182 (fra 1999) om de værste former af børnearbejde (129 ratifikationer).

Selvom det er lykkedes ILO at fremme arbejdstagerstandarder på den normative plan, og selvom ILO er verdens eneste international organisation med folkeretlig kompetence indenfor arbejdsretlige normer, er ILO svag i forhold til andre internationale organisationer.

For det første, er ILO blevet marginaliseret fra de steder, hvor international økonomisk politik bliver til.³¹ ILO fik ingen plads ved forhandlingsbordet i Bretton Woods, New Hampshire, hvor GATT, verdensbanken og IMF blev forhandlet på

²⁸⁾ Blackett, S. 8.

²⁹⁾ Article 39, ILO's charter: "The International labour Organization shall possess full juridical personality and in particular the capacity: (a) to contract; (b) to acquire and dispose of immovable and movable property; (c) to institute legal proceedings".

³⁰⁾ Bemærk at antallet af medlemslande i ILO er 175.

³¹⁾ Blackett, S. 10.

plads. ILO deltager i OECD's arbejde, men kun for så vidt angår de ikke bindende OECD retningslinier for Multinationale Virksomheder. Selvom ILO er et særligt FN-organ, kunne ILO ikke få bemyndigelsen til at koordinere implementeringen af FNs Økonomiske og Sociale Konvention.

For det andet, er ILO særdeles svag i forhold til WTO. I modsætning til WTO, giver ILO's grundlov ikke mulighed for at anvende sanktioner af nogen art til at gennemtvinge overholdelse af ILO konventioner. ILO må kun undersøge klager, afsige kendelser og lave anbefalinger. ILO's magt består kun i at kunne overtale overtræderne til at overholde konventionerne.

7. Konklusioner

Hvis man for det første tager i betragtning, hvor megen håndhævelsesmagt WTO har, og dernæst tillægger viden om, hvor svært det åbenbart er at få landene til at overholde de grundlæggende ILO konventioner de har underskrevet, bliver fagbevægelsens fristelse for at skabe et link mellem arbejdstagerrettighederne og WTO tydelig.

På den anden side er det stadigvæk et hold af økonomiske eksperter, der står i spidsen for WTO, og de møder ethvert forslag om at lave et link mellem WTO og arbejdstagerrettigheder med stor mistanke, fordi en social klausul ud fra deres synspunkt er et politisk middel, der ikke hører hjemme i det multilaterale handelssystem. Ved at indføre en social klausul af en eller anden art ser handelseksperterne stor risiko for verdensøkonomiens destabilisering. Fra deres synspunkt virker talen om sociale klausuler som en tilbagevenden til tiden før WTO, hvor medlemslandene fandt på alle mulige andre handelspolitiske instrumenter end told for at beskytte nationale erhverv.

I betragtning af de forskellige syn tjenestemænd i WTO og ILO har på forbindelsen mellem handel og arbejdstagerrettigheder—én økonomisk, den anden normativt—må man nok indrømme, at ILO på nuværende tidspunkt umiddelbart forekommer bedst rustet til at tage sig af spørgsmål om overholdelse af arbejdstagerrettigheder. ILO har endvidere den nødvendige fagkyndighed og den nødvendige tillid blandt verdens lande. Derfor må forslagene om at indføre en social klausul i GATT's Artikel XX afvises, medmindre den forslåede klausul lægger op til en ILO afgørelse

af spørgsmålet, om det pågældende land har overtrådt en grundlæggende arbejdsretteret. Hvis man skal tage højde for handelsøkonomernes bekymringer om en tilbagevenden til tidligere protektionistisk praksis, må forslag om at bruge andre GATT bestemmelser end Artikel XX, som ikke omfatter selvhjælp, men kræver en forudgående WTO afgørelse af spørgsmålet om sanktioner,³² foretrækkes.

³²⁾ Blackett, S. 36, henviser til ILO's Director-General forslag, at Artikel XXIII bruges for at undgå vanskelighederne med Artikel XX. Jf. Art. XXIII (om "Nullification or Impairment"):
"1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it ...under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded, ..., the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned....
2. If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1(c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES ...shall make appropriate recommendations to the contracting parties...or give a ruling on the matter, as appropriate. The CONTRACTING PARTIES may consult with...any appropriate inter-governmental organization in cases where they consider such consultation necessary. If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances."

Loyalitetspligt og partneringaftaler

af

Christina D. Tvarnø

1. Indledning

Formålet med artiklen er for det første at foretage en begrebsafklaring af aftaleformen *partnering*, for det andet at redegøre for den loyalitetsforpligtelse parterne er underlagt ved indgåelse af traditionelle aftaler sammenholdt med parternes loyalitetsforpligtelse ved indgåelse af partneringaftaler.

2. Partnering – begrebsdefinition og begrebsafklaring

Partnering som aftaleform er opstået fordi virksomhederne, på grund af globaliseringen og den deraf følgende ændring i virksomhedernes økonomiske forhold, har haft behov for nye samarbejdsformer.¹ Det har været nødvendigt at indgå aftaler med det formål at samarbejde om at sænke og dele omkostningerne samt at skabe større effektivitet. Dette samarbejde er nøglen til forståelse af partnering som aftalemodel og behovet for samarbejde mellem virksomhederne har således skabt partneringaftalen.

¹⁾ Globaliseringen medfører en stigning i omkostningerne for de virksomheder, der ønsker at fastholde deres markedsposition. Dette er bl.a. øgede omkostninger til R & D, salg, marketing og distribution mv. Derudover står virksomhederne overfor en øget grad af risiko og en højere grad af konkurrence. Samtidig bliver presset på velfærdssamfundet og forventningerne til effektivitetskravet til den offentlige sektor øget, se for dette Christina D. Tvarnø, Retsvidenskabeligt Tidsskrift, 2002, s. 74 og Ugebrevet Mandag Morgen den 21. maj 2002.

Når en virksomhed skal fastlægge en strategi for, hvordan et samarbejde eller samhandel med en anden virksomhed skal forløbe, kan virksomheden f.eks. tage udgangspunkt i Williamsons transaktionsomkostningsteori.²

Williamson opstiller forskellige institutionsformer og kontrakttyper, hvorefter han søger at afdække en mængde af måder, hvorpå en transaktion kan organiseres. Han foretager en opdeling i kortsigtede velspecificerede aftaler, langsigtede mere åbne aftaler, der anvendes når kompleksiteten og usikkerheden øges, til yderpunktet hvor parterne bør indgå en vertikal integration, grundet høj grad af aktivspecifitet og hyppighed i transaktionen.

Den måde hvorpå transaktionen mellem de to virksomheder skal udformes kan ses som et kontraktmæssigt arrangement, som består af en nærmere specificeret beslutningsprocedure, hvilket Williamson definerer som en "governance structure".³

Hermed står en virksomhed over for den strategiske overvejelse, hvilket kontraktmæssigt arrangement (governance structure) der vil være den relativt mest efficiente og således det mest omkostningsminimerende for transaktionen.⁴

Hvis det er mest efficient at indgå et kontraktmæssigt arrangement i form af en strategisk alliance, og gennemføres dette samarbejde alene ved hjælp af en kontrakt mellem de to parter, kan implementeringen af den strategiske alliance herefter foregå enten ved en traditionel aftale eller i form af en *partneringaftale*.

Det samme gør sig gældende, når en offentlig myndighed skal udlicitere eller outsource en arbejdsopgave til en privat virksomhed. Her kaldes samarbejdet ikke en strategisk alliance men et *partnerskab*, men det er de samme overvejelser der ligger bag. Begrebet partnerskab bruges således til at beskrive en bestemt type samarbejdsrelation mellem offentlige myndigheder og private virksomheder bl.a. i forbindelse med byggesager, i forbindelse med produktion af serviceydelser eller i forbindelse med et almindeligt køber/leverandør-samarbejde.⁵ Karakteristisk for serviceydelsen er, at den er forbrugt ved levering, og tjenesteydelsen er således ikke af vedvarende karakter, som det er tilfældet i bygge- og anlægssager.

²⁾ Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: Free Press, 1985.

³⁾ Se også Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, bind 2, s. 217.

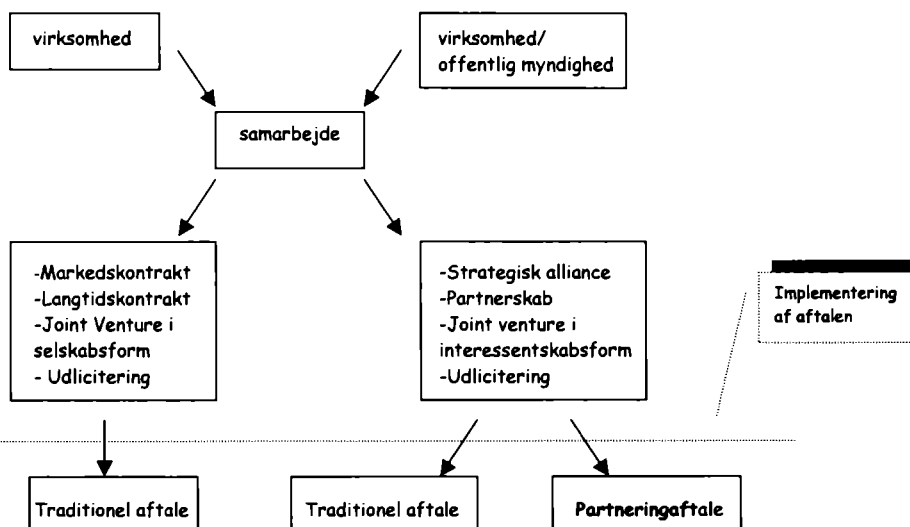
⁴⁾ Jf. Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: Free Press, 1985. Se også Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, bind 2, s. 218.

⁵⁾ Institut for Serviceudvikling, *Kronik: En dansk udgave af partnerskab*, Torsdag den 6. juni 2002, Udbudsportalen.

Hvis den offentlige myndighed vurderer, at det økonomisk mest fordelagtige vil være at indgå i et partnerskab, kan den offentlige myndighed vælge at implementere kontrakten i form af en traditionel aftale eller i form af en *partneringaftale*, hvis der er mulighed for dette i henhold til reglerne om offentlige udbud.⁶

Partneringaftalen kan begrebsmæssigt ligeledes karakteriseres som en *partnerskabs-* aftale. Begrundelsen for at anvende begrebet partneringaftale i denne artikel skyldes anvendelsen af dette begreb i forarbejderne til tilbudsloven.⁷ Den aftale som implementeres i hhv. den strategiske alliance og i partnerskabet bygger på identiske værdier, parametre og forudsætninger, samt det samme økonomiske fundament, hvorfor der trods begrebsforskellen er tale om samme aftaletype. I denne fremstilling anvendes betegnelsen *partneringaftale*.

Partneringaftalen er således en implementeringsmetode til gennemførelse af en ganske bestemt samarbejdsform mellem hhv. to virksomheder (en strategisk alliance) eller en offentlig myndighed og en privat virksomhed (et partnerskab).



⁶ Reglerne om offentlige udbud, herunder EU's udbudsregler og disses betydning for anvendelsen af offentlige virksomheders partneringarrangementer behandles ikke i denne artikel.

⁷ Jf. L 140, 2000/1, Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Ved at bruge partnering i aftaleprocessen kan de involverede parter maksimere deres effektivitet ved at stile efter et fælles mål. Partneringaftalen har til formål at skabe ligevægt mellem parternes ønskede mål og reducere antallet af tvister, krav og juridiske omkostninger. Ved at anvende en partnering aftale kan virksomhederne via samarbejde skabe bedre kundefokus, forøge kvaliteten samt øge ansvarligheden for forandringer og innovation. Dette er med til at reducere de samlede omkostninger for projektet.⁶

I den traditionelle aftale er kontrakten en styringsmekanisme for parterne, og således et sæt af utvetydige spilleregler, der har til formål - som et konfliktforebyggende dokument - at skabe klarhed om retsfaktum (forbud og påbud) og retsfølge (konsekvenser).

Ved indgåelse af en partnering aftale indgås således samarbejdsaftaler, frem for en utvetydig partsaftale, der karakteriserer den traditionelle aftale. Ved indgåelse af en partnering aftale går parterne hermed fra at være parter til at være partnere.

Partneringaftalen bygger på parametre som fælles mål og optimering, maksimering af fælles nytte og indtjening, tillid og samarbejde, minimering af omkostningerne og risikoen for konflikter mellem aftaleparterne samt reducere af antallet af tvister, krav og juridiske omkostninger.

En aftalepart i en partnering aftale skal således skifte fokus fra at maksimere egen nytte og indtjening og i stedet medvirke til at skabe en situation, hvor begge parter - partnere - opnår størst nytte ved aftalen. Partnering aftalens retlige ramme omfatter således en transaktion, som ikke er defineret ved, hvad der er mest optimalt for den enkelte part, men en transaktion, som er mest optimal for begge parter, hvor hele aftalen bygger på et fundament af fælles nytteoptimering.

Der er hermed tale om en anderledes aftaleform, med et andet grundlag og fokus end traditionelle aftaler, men det aftaleretlige grundlag for partnering aftalen skal findes i de almindelige obligationsretlige regler. En partnering aftale skal således fortolkes og udfyldes efter samme regler og principper som traditionelle aftaler.

Selv om partnering aftaler bygger på et andet fundament og udgangspunkt end traditionelle aftaler skal en tvistsituation løses efter de almindelige obligationsretlige

⁶⁾ At partnering er en aftaleform, som adskiller sig fra den almindelige måde, hvorpå parter normalt indgår aftaler ses bl.a. af de partnering aftaler, der er indgået i byggeriet. Flere forsøg med partnering i forbindelse med offentlige byggesager viser, at der er penge at spare ved denne aftaleform. Se for dette By- og boligministeriets Rapport : Nye samarbejdsformer – arbejdsrapport om udformning af samarbejdsaftaler ved partnering.

regler. Det må dog forventes, at der vil være forskel på, hvordan en tvistsituation løses for henholdsvis en partneringaftale og en traditionel aftale.

3. Loyalitetsforpligtelsen

I vurderingen af hvorvidt der er sket rigtig opfyldelse i et aftaleforhold tages der udgangspunkt i aftalegrundlaget, fordringen, skadegørende handling mv. Herefter foretages en fortolkning af selve aftalen, som parterne har indgået, parternes forudsætninger og øvrige omstændigheder. Hvor aftalen ikke indeholder bestemmelser til at afgøre et tvivsspørgsmål udfyldes aftalen efter de almindelige regler.

Det har betydning for et aftaleforhold, hvordan man kvalificerer den rigtige opfyldelse af den indgåede aftale. Partneringaftaler er en aftaleform, som anvendes, hvis parterne søger at opfylde noget andet og mere end, hvis parterne havde indgået en traditionel aftale. Ønskede parterne ikke denne yderligere forpligtelse, ville de blot indgå en traditionel aftale. Ved at indgå en partneringaftale viser parterne, at de er interesserede i at pålægge sig selv og de andre parter en øget samarbejdsforpligtelse.

For traditionelle aftaler gælder der en inter partes pligtrelation, som rækker videre end selve opfyldelsen af aftalens indhold og genstand. Denne loyalitetspligt er i traditionelle aftaler ikke eksplicit fastlagt i den enkelte aftale, men følger af kontraktforholdet som et *naturalia negotii*, og kommer således til anvendelse uden særlig vedtagelse i forbindelse med fortolkning og udfyldning af aftalen.

3.1. Traditionelle aftaler og loyalitetsforpligtelsen

Aftalefriheden giver parterne ret til at aftale hvad de vil, men i det øjeblik der er indgået en aftale, er parterne bundet af denne, hvorved parterne i aftaleforholdet ikke længere kan opretholde deres handlingsfrihed.⁷ Tilbudsgiver afgiver denne handlefrihed allerede fra tidspunktet, hvor accepten kommer til kundskab, jf. aftalelovens § 1, 1. pkt. og § 7 modsætningsvis.

⁷ Se også Bert Lehrberg, *Avtalstolkning*, 2. udg., s. 13, som udtrykker "När man talar om avtalsfrihet, parternas dispositionsfrihet eller partsautonomi, är det denne parternas möjlighet att binda sig – att med bindande verkan avstå från sin handlingsfrihet – som åsyftas." Stig Jørgensen definere i *Kontraktsret*, bind 1, *Aftaler*, Juristforbundets Forlag, 1971 s. 27, aftalefriheden som "*den frie adgang til ubundet af enhver form at indgå aftaler af ethvert indhold, som ikke strider mod loven og ærbarheden*" i henhold til DL 5-1-2.

En gyldig aftale medfører, at parterne indbyrdes er forpligtet til at opfylde aftalen. Ved indgåelsen af en aftale skabes således en retsregel, der i kombination med de andre retsregler, aftalen eventuelt udløser, bliver parternes retsgrundlag.⁸

Et aftaleforhold indebærer hermed en række retsvirkninger for parterne, hvorfor aftalen danner grundlag for reguleringen af parternes adfærd i en given transaktion, og aftalen giver således udtryk for parternes intentioner og parternes vilje i forhold til den transaktion, der ønskes gennemført. Aftalen danner grundlag for, at parterne i en vis udstrækning kan forudberegne modpartens adfærd med henblik på at kunne tilrettelægge egne dispositioner.⁹

Fortolkning og udfyldning af aftalen bliver aktuelt, hvis parterne ikke selv kan blive enige om de retsvirkninger, der knytter sig til aftalen. Ved fortolkning af parternes aftale udledes retsvirkningerne af parternes udtrykkelige eller stiliende vilje og forudsætninger udtrykt ved den indgåede aftale, sammenholdt med en stigende grad af anvendelse af deklaratorisk ret.¹⁰ Udfyldning retter sig mod fastlæggelsen af aftalens retsvirkninger ud fra almindelige regler i henholdsvis lovgivning og retsorden i øvrigt.¹¹

Både retsfaktum og retsfølge kan variere i detaljeringsgrad og præcision, afhængigt af hvor stor grad af usikkerhed der er forbundet med aftalen. Der skal skabes en sammenhæng mellem retsfaktum og retsfølge, da resultatet ellers bliver uoverskuelighed og inkonsekvens.¹²

Parternes aftale er således udtryk for den retlige ramme og dermed retsregel, som parterne har ønsket at forpligte sig til ud fra et fælles formål med henblik på gennemførelse af en transaktion. Overholder parterne ikke aftalen kan den manglende opfyldelse blive mødt med retlige sanktioner.¹³

⁸⁾ Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 89.

⁹⁾ Se også Stig Jørgensen, Kontraktsret, bind 1, Aftaler, Juristforbundets forlag, 1971 s. 22.

¹⁰⁾ Se nærmere Vibe Ulfbeck, Kontrakters relativitet, , Gad Jura, 2000, s. 48, hvoraf det fremgår, at der i nordisk ret viser sig en bevægelse væk fra de snævert partsorienterede kriterier hen imod en stigende betydning af deklaratorisk ret i forbindelse med fortolkningen af aftaler.

¹¹⁾ Palle Bo Madsen, Aftalefunktioner, s. 44.

¹²⁾ Mads Bryde Andersen, Praktisk aftaleret s. 51.

¹³⁾ Grönfors angiver i "Avtal och omförhandling, 1995, Nerenius & Santérus Förlag AB, s. 20 ff.", at: Med fasthållande av tanken på det rättsliga bandet kan sägas, att formlerna "rättsfaktum:avtal" och "rättsföljd: skall hållas" måste bli lösare sammenknutna. En viss "töjman" och därmed ökad elasticitet tvinger sig fram. Se närmere om dette nedenfor i afsnit 3.2.

Ud over aftalen som regelmodel påhviler der parterne en vis loyalitetsforpligtelse, som ikke eksplicit fremgår af aftalen og aftaleforholdet. Loyalitetsforpligtelsen har til trods for sin manglende eksplicitte fremtoning betydelig indflydelse på parternes adfærd og forpligtelse i aftaleforholdet. Da loyalitetsforpligtelsen ikke er eksplicit udtrykt i aftalen, kan den ikke udledes af fortolkning af selve aftalens ordlyd. Loyalitetsforpligtelsen hænger sammen med princippet *bona fides*, og aftalens retsvirkninger skal derfor endvidere fastlægges i overensstemmelse hermed.¹⁴

Parternes loyalitetsforpligtelse påvirkes af aftalens art, varighed og intensitet, hvorfor loyalitetsforpligtelsen således vil have stor betydning for partneringaftaler. Dette skyldes selve grundlaget og indholdet i partneringaftalen, som bygger på tillid, fælles optimering, fælles risiko mv., og selve opretholdelsen af disse betingelser i et aftaleforhold vil kræve en høj grad af loyalitet mellem kontraktens parter.

Mads Bryde Andersen angiver begrebet *loyalitetsvirkninger* som samlebetegnelse for de forskellige implicitte loyalitetsforpligtelser, som ligger ud over det eksplicitte aftalegrundlag og opdeler loyalitetsvirkningerne *før, under og efter aftalens indgåelse*.¹⁵ Sidstnævnte opdeling anvendes nedenfor til at inddele loyalitetsforpligtelserne i aftalens forskellige faser.

Hvor det er nødvendigt angives en særlig betegnelse for loyalitetsforpligtelsen, som f.eks. omsorgsplikten i henhold til købelovens regler, men derudover anvendes begrebet loyalitetsforpligtelse som en generel angivelse af den implicitte forpligtelse til at varetage hinandens interesser i en aftaleforhold.¹⁶

3.1.1. Loyalitetsforpligtelsen før aftalens indgåelse

Loyalitetsforpligtelsen indtræder i nogle situationer allerede før aftalens indgåelse, hvor parterne er i et forhandlingsforløb, som er etableret med henblik på eventuelt senere at indgå en aftale. Her forpligtes parterne i en vis udstrækning i form af loyal oplysningspligt, i form af en forpligtelse til at henlede modpartens opmærksomhed

¹⁴⁾ Se Ussing, *Obligationsretten*, Almindelig del, 4. udgave, ved A. Vinding kruse, 1961, s. 23 og Palle Bo Madsen, s. 76.

¹⁵⁾ Mads Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, s. 95 ff.,

¹⁶⁾ Ussing angiver ikke en særlig betegnelse for den implicitte forpligtelse til at varetage hinandens interesser, der påhviler parterne i et aftaleforhold. Senere værker definerer denne forpligtelse som loyalitetsforpligtelsen, se herfor Gomard, *Obligationsretten i en nøddeskal* I, 1985, s. 39, Palle Bo Madsen, s. 72, Stig Jørgensen, *kontraktsret* II, s. 32. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemænd*, s. 424 ff.

på byrdefulde vilkår i en standardkontrakt og en sikring mod misforståelse hos modparten.¹⁷

Parterne har således pligt til at optræde hæderligt før aftalens indgåelse. Retsvirkningen af en uhæderlig optræden før aftaleindgåelsen falder dog som udgangspunkt udenfor aftaleretten, hvis aftalen aldrig bliver indgået, men pligten kan alligevel få indirekte aftaleretlig virkning.¹⁸

Loyalitetspligten før aftalens indgåelse kan få betydning på et senere tidspunkt, hvis aftalen efterfølgende indgås mellem parterne. Hvis en af parterne tilsidesætter loyalitetsforpligtelsen i forbindelse med aftaleforhandlingerne, og dette f.eks. giver anledning til misforståelse hos modparten, som derefter får indflydelse på det direkte indhold i aftalen, vil en sådan tilsidesættelse i forbindelse med aftalens forhandling og indgåelse kunne føre til, at hele eller dele af aftalen kan anses som ugyldig.¹⁹

Reglen om culpa in contrahendo har ligeledes betydning for det prækontraktuelle ansvar, og hermed betingelserne for at ifalde ansvar før aftalens indgåelse, og dermed risikoen for at blive erstatningsansvarlig for at afbryde forhandlingen af aftalen, antages kun at være tilstede, hvis der er tale om chikanelignende forhold, overtrædelse af formskrifter eller lignende, og dermed er betingelserne for at ifalde ansvar skrappe.²⁰

Loyal oplysningspligt i forbindelse med markedsføring med tilbudsvirkning indebærer et forbud for erhvervsdrivende mod at give urigtige oplysninger i forbindelse med markedsføringen af deres produkter og påbyder, at forbrugeren modtager vejledning når aftalen indgås.

Der stilles særlige offentligretlige krav til en sælgers loyalitetspligt i forbrugerkøb, ligesom illoyal konkurrence er i strid med god markedsføringsskik.²¹ Det samme gælder i situationer, hvor aftaleforhandlinger munder ud i en situation, hvor parterne

¹⁷⁾ Palle Bo Madsen, Aftalefunktioner, s. 75 samt samme i Aftaler og Mellemmænd s. 425.

¹⁸⁾ Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 95-96.

¹⁹⁾ Se også Palle Bo Madsen, i Aftaler og mellemmænd, s. 425, hvoraf det fremgår, at en tilsidesættelse af aftalen i denne situation nærliggende vil ske efter aftalelovens § 36, med henvisning til NDS 1984.19 NoH (NRt 1984.28).

²⁰⁾ Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 96.

²¹⁾ Se Palle Bo Madsen, Aftalefunktioner, s. 78, hvorefter kontraktsynspunkter og rene konkurrencemæssige overvejelser virker i tæt samspil, "idet de to regelsæt opstiller sammenfaldende eller overlappede krav om loyalitet". Se også for dette U 1982.4 H.

vælger at gå hver til sit. Her indebærer loyalitetsforpligtelsen, at parterne ikke må misbruge eventuel fortrolige oplysninger og viden, som er erhvervet om den anden part gennem aftaleforhandlingerne.²²

3.1.2. Loyalitetsforpligtelsen under aftalens indgåelse

Loyalitetsvirkningerne omfatter endvidere de pligter, som indtræder i selve tilbudsfasen. I henhold til aftalelovens § 4, stk. 2 og § 6, stk. 2 gælder under aftalens indgåelse en forpligtelse for tilbudsgiveren til, uden ugrundet ophold at meddele tilbudsmodtageren, hvis han ikke vil godkende den henholdsvis uoverensstemmende eller for sent ankomne accept. Dette gælder, såfremt tilbudsmodtageren går ud fra, at accepten er kommet frem i rette tid eller overensstemmende med tilbudet, og hvis tilbudsgiveren må indse dette.

Hermed opstår der en række gensidige forpligtelser mellem parterne allerede inden aftalen er indgået. Hvis parterne ikke overholder disse forpligtelser vil undladelsen kunne medføre, at aftalen anses for sluttet.²³

3.1.3. Loyalitetsforpligtelsen efter aftaleindgåelsen

Loyalitetsforpligtelsen mellem parterne skærpes efter aftaleindgåelsen, fordi der nu er indgået en aftale mellem parterne. Parterne har for det første pligt til at holde hvad de har lovet i henhold til den gyldigt indgåede aftale. For det andet gælder den almindelige retsgrundsætning om, at den skadelidte har pligt til at reducere sit tab mest muligt. I henhold til Ussing har det betydning for de økonomiske behov, der ligger til grund for omsætningsmekanismen, at parterne opfylder aftalen. Såvel parterne som omsætningskæden skal have sikkerhed for, at aftaler skal holdes.²⁴

Loyalitetsforpligtelsen kan dog i visse tilfælde have en konsekvens for hovedreglen om at aftaler skal holdes. I henhold til Palle Bo Madsen gælder, "*at loyalitetskravet til aftaleparterne i kontraktsretten kan rumme en egentlig modifikation til reglen i aftalelovens § 1, jf. DL. 5-1-1, om, at man er bundet af, hvad man har lovet*", således at overskrides loyalitetsforpligtelsen i forhold til modpartens økonomiske interesser, vil det være muligt at ændre et allerede aftalt vilkår. Dette ses af U 1981.300 H.

²²⁾ Palle Bo Madsen, Aftaler og Mellemmænd, s. 425.

²³⁾ Mads Bryde Andersen, grundlæggende aftaleret, 1997, s. 99 f.

²⁴⁾ Se også Ussing, Aftaler, 3. udgave, 1950, Gad, s. 23 og Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 348.

U 1981.300 H omhandler sagen mellem en tømmermester og Gulf Oil A/S, hvor olieselskabet i 1969 lejede et ubebygget areal af tømmermesteren til brug for opførelse af en servicestation for en tiårig periode med mulighed for yderligere forlejeret. Olieselskabet yder tømmermesteren et lån på 350.000 kr., og til sikkerhed oprettes et skadesløsbrev på 650.000 kr. i en anden af tømmermesterens faste ejendomme. Den pågældende ejendom blev i 1978 udstykket til ejerlejligheder, men skadesløsbrevet gjorde salget af ejerlejlighederne vanskeligere, hvorfor tømmermesteren ønskede skadesløsbrevet udleveret mod at stille en anden lige så god sikkerhed. Olieselskabet ønskede ikke at tømmermesteren foretog en sådan udskiftning i form af en bankgaranti.

Olieselskabet anførte, at tømmermesteren havde indgået en aftale om at stille netop dette skadesløsbrev som sikkerhed, og at han derfor ikke kunne kræve denne aftale ændret. Tømmermesteren kunne endvidere blot have indfriet gældsforholdet.

Højesteret fandt, at det pågældende skadesløsbrev havde til formål at sikre tilbagebetaling af et eventuelt resterende forudbetalt lejebeløb, som olieselskabet havde betalt ved aftalens indgåelse, i tilfælde af, at lejeperioden ville ophøre, og et tilbagebetalingskrav ville blive aktuelt. Olieselskabet havde ikke ”anført nogen loyal grund til at modsætte sig ombytningen af sikkerheden” og olieselskabets nægtelse kunne herefter ”alene anses for begrundet i ønsket om at lægge pres på appellanten for at opnå en mere fordelagtig ordning af parternes samlede mellemværende under et kommende opgør”.

Ifølge Mogens Munch²⁵ og Palle Bo Madsen²⁶ støtter Højesteret ikke direkte afgørelsen i U1981.300 H på aftalelovens § 36, men tillægger ligeledes loyalitetskravet i kontraktsretten betydning for afgørelsen. Således lægger Højesteret afgørende vægt på olieselskabets chikane i forhold til modparten, hvilket fremgår af domskommentaren.

Hermed medfører loyalitetsforpligtelsen, at hvis den ene part i et aftaleforhold med rimelighed kan begrunde et ønske om ændring i et aftalevilkår, vil der være et krav om loyale begrundelser for at kunne modsætte sig et sådant ønske.²⁷

²⁵⁾ Mogens Munch i U 1981 B, s. 298.

²⁶⁾ Palle Bo Madsen, Aftalefunktioner s. 77.

²⁷⁾ Se Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, s. 428.

U1995.366 H giver et eksempel på skærpelsen af loyalitetsforpligtelsen efter aftalens indgåelse.

U 1995.366 H omhandler sagen, hvor sagsøger Søren Ulbæk i 1969 solgte et areal beliggende i landzone til Herlev Kommune. Det blev i skødet bl.a. bestemt, at såfremt det solgte areal eller dele heraf ved en eventuel senere ændring af zonegrænserne ville blive henført til byzone, skulle sagsøgeren have 50 % af differencen mellem købsprisen eller den forholdsmæssige del deraf - med tillæg af erlagte ejendomsskatter, afholdte byggermodningsudgifter og forrentning på 7 % af købesummen - og værdien ifølge den første ejendomsvurdering efter zoneændringen. Denne ret ville bortfalde ved udgangen af 1989. I lokalplanen fra 1979 blev en del af det pågældende areal henført til byzone.

Lokalplanen blev offentliggjort i en række dagblade, dog uden angivelse af zoneændring, og sagsøgeren Søren Ulbæk blev ikke særskilt orienteret om selve zoneændringen. I slutningen af 1989 rejste Søren Ulbæk krav om tillægsbetaling i henhold til skødet på 785.230 kr. + renter fra tidspunktet for overgangen til byzone med heraf følgende nyvurdering af 1. september 1979 til beløbets anvisning. Sidstnævnte beløb blev afvist af Herlev Kommune.

Herlev Kommune fandt ikke, at de var hverken juridisk eller moralsk forpligtet til at underrette Sagsøgeren om zoneændringen til trods for, at denne ændring medførte en økonomisk forpligtelse for Kommunen.

Landsretten fandt, at Søren Ulbæk under hensyn til sagens omstændigheder havde føje til at påregne sig underrettet af Herlev Kommune, hvis der opstod krav om tillægsbetaling.

Højesteret fandt ligeledes, at kommunen ikke med rette kunne gå ud fra, at Søren Ulbæk var eller umiddelbart ville blive bekendt med zoneændringen, og ud fra den almindelige kontraktsretlige grundsætning om pligt til loyal hensyntagen til den anden parts interesser påhvilede det derfor kommunen at give meddelelse til Søren Ulbæk senest ved lokalplanens vedtagelse i 1979. Højesteret fandt derfor, *"at kommunen herved åbenbart har tilsidesat sin loyalitetsforpligtelse."*

U1995.366 H viser, at aftaleretten er væsentlig påvirket af princippet om bona fides, og deraf følger kravet om loyalitetsforpligtelse mellem parterne i en aftale, og at dette princip slår igennem både ved retsvirkningsfastlæggelsen i både ugyldighedens og fortolkningens form.²⁸

²⁸⁾ Se for dette ligeledes Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmænd*, s. 426, med henvisning til U1976.21 H og NDS 1988.425 NoH (NRt 1988.1078).

For parterne i et aftaleforhold gælder endvidere parternes omsorgspligt, der medfører, at parterne i et vist omfang aktivt skal beskytte den andens interesser i den transaktion, som er genstand for aftalen.²⁹ I køberetten findes omsorgspligten bl.a. i reglerne om reklamationspligt, hvis den ene part ønsker at gøre en misligholdelsesbeføjelse gældende, samt omsorgspligten ved fordringshavermora, jf. kbl § 33. Indførelsen af kbl § 76, stk. 1, nr. 1 og nr. 2³⁰ medfører f.eks., at der foreligger en mangel, hvis sælgeren eller tidligere led i salgsleddet har afgivet urigtige eller vildledende oplysninger om genstanden, som kan antages at have haft betydning for køberens bedømmelse af genstanden.

I henhold til Mads Bryde Andersen gælder endvidere en særlig diligenspligt for aftaleparter i kommercielle forhold – mellem to handlende – og for handlende i et aftaleforhold, som involvere en handlende og en forbruger.

Diligenspligten medfører således, at der opstår en pligt mellem parterne i aftaleforholdet til at underrette hinanden om forhold, der kan føre til såvel skuffelser som økonomisk tab for modparten.³¹ Diligenspligten gælder således i aftaleforhold af særlig økonomisk og erhvervsmæssig karakter, samt aftaleforhold der involvere en forbruger som den svage part.

Loyalitetsforpligtelsens retsvirkninger for et aftaleforhold indtræder således i alle aftalens faser, såvel før, som under og efter aftalens indgåelse og omfatter dels loyalitetsforpligtelsen, omsorgspligten og diligenspligten. Fælles for loyalitetsforpligtelsens retsvirkninger er, at parterne skal forvente, at der gælder en yderligere implicit forpligtelse til at opføre sig loyalt i aftaleforholdet, og at manglende loyal handling kan få retsvirkning.

Fastlæggelse af loyalitetspligtens karakter og omfang sker efter de udfyldende retsregler ud fra aftalens art, varighed og parternes kontraktmæssige forbindelse.³²

For traditionelle aftaler gælder således, at parterne normalt ikke nedskriver denne forpligtelse, men at der indfortolkes en loyalitetspligt i aftalegrundlaget, hvorefter det forudsættes, at parterne opfylder aftalen under hensyn til den anden parts interesser. I henhold til Ussing skal parterne for at undgå erstatningsansvar eller andre ugunstige retsfølger ”ud over hvad der kræves til at hidføre selve ydelsen efter

²⁹⁾ Mads Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, s. 99.

³⁰⁾ Ved lov nr. 147 af 4. april 1979.

³¹⁾ Mads Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, s. 99.

³²⁾ Palle Bo Madsen, *Aftalefunktioner*, DJØF, 1986, s. 73.

aftalen – *tage hensyn til den anden parts interesser* og foretage positive handlinger til værn for dem.”³³

Således medfører loyalitetspligten, at der i et traditionelt aftaleforhold gælder ”en vis pligt til at tage rimeligt hensyn til hinandens interesse”,³⁴ således at parterne i et vist omfang varetager hinandens interesser og søger at undgå skade for den anden part.³⁵

Hvis parterne ikke opfylder loyalitetspligten og tager fornødent hensyn, vil parterne kunne ifalde erstatningsansvar for en efterfølgende skade. Loyalitetsforpligtelsen vedrører ikke aftalens specifikke transaktion, men det forhold at parterne er forpligtet til at varetage de øvrige medkontrahenters interesser, og loyalitetsforpligtelsen gælder for alle aftaleparterne, såvel skyldnere som fordringshavere.

Aftaleparterne har således pligt til at beskytte den andens interesser i forbindelse med aftalens transaktion, både før, under og efter aftaleindgåelsen. Loyalitetspligten omfatter kendte, konkrete egenskaber ved genstanden og transaktionen omfattet af aftalen. Dette indbefatter derimod ikke, at parterne skal oplyse om almindelig tilgængelig viden i form af verekundskab, kendskab til markedet eller branchen, og en undladelse af oplysning af denne form for forhold er således ikke i strid med aftaleloven, købeloven eller almindelige obligationsretlige retsgrundsætninger.³⁶

3.2. Særligt om loyalitetspligt og partneringaftaler

Loyalitetsforpligtelsen gælder for traditionelle aftaler som gennemgået ovenfor, og parterne er således forpligtet af en ikke nedskrevet og dermed implicit forpligtelse, der indfortolkes i aftalegrundlaget. Aftaleparter skal derfor handle loyalt og tage hensyn til den anden parts interesser. Dette gælder selv når traditionelle aftaler defineres som et sæt af utvetydige spilleregler og en styringsmekanisme for parterne, der har til formål at skabe klarhed om retsfaktum og retsfølge.

³³⁾ Ussing, *Obligationsretten – Almindelig del*, 4. udgave ved A. Vinding kruse, 1961, s. 23.

³⁴⁾ Jf. Ussing, *Obligationsretten – Almindelig del*, 4. udgave ved A. Vinding kruse, 1961, s. 23 nederst.

³⁵⁾ Se også Gomard, *Obligationsretten i en nøddeskal I*, s. 37, Palle Bo Madsen, *Aftalefunktioner*, s. 73 og Stig Jørgensen, *Kontraktsret II*, s. 32.

³⁶⁾ Se herfor Bernhard Gomard, *Almindelig kontraktsret*, 1996, s. 159 ff.

Partneringaftalen bygger som nævnt på helt andre indholdsmæssige forudsætninger, præget af økonomiske forhold og ønsker om fælles optimering, ansvar og risiko, hvilket kræver en større grad af samarbejde.

For eksempel indeholder en partneringaftale bestemmelser, som viser, hvorledes dette samarbejde skal forløbe, men også vigtigheden af samarbejdets betydning for opfyldelsen af kontrakten. Nedenfor i artiklens afsnit 4 er opstillet et eksempel på en række bestemmelser, som kan forekomme i en partneringaftale, og heraf fremgår, at indholdet forventeligt vil kræve af parterne, at de forpligter sig til at handle i overensstemmelse med intentionerne i partneringaftalen, da dette er en afgørende forudsætning for, at aftalen kan realiseres.

Derudover forpligter parterne sig til i fællesskab at formulere og respektere transaktionens succesmål, samt at fastlægge risici og forudsætninger. Parterne forpligter sig endvidere til at sætte samarbejdet i centrum for opfyldelsen af aftalen.

Samarbejdet bliver hermed grundlaget for gennemførelsen af transaktionen. Kun ved at respektere dette samarbejde bliver det muligt at foretage en fælles optimering af kontraktens transaktion, og til det kræves en høj grad af tillid, åbenhed, ærlighed og gensidig respekt, for at sikre en effektiv og udviklende proces.

Samarbejdet og processen bliver således vigtigere end produktet i en partneringaftale. Ofte vil parterne ikke eksplicit have defineret selve ydelsen eller genstanden for transaktionen. Derimod vil parterne aftale, at de i fællesskab skal finde en løsning til det behov, som den ene eller begge parter måtte have, for at sikre den mest efficiente løsning, og dermed det mest efficiente produkt.

Dette kan illustreres ved en leverandør-partneringaftale, som har til formål at øge den gensidige relation mellem producent og leverandør i den vertikale omsætningskæde. Formålet med at indgå en leverandør-partneringaftale er at forøge effektiviteten på såvel kort som lang sigt til gavn for *begge* parter. Ved at samarbejde om transaktionen skifter fokus væk fra en "køber-sælger" situation til en partnerrelation, med fokus på lavere transaktions-omkostninger, sikkerhed i leveringen, forbedret koordination og produkt samt lavere slutpris.³⁷

Ved at opstille en kontrakt, som ikke eksplicit definerer produktet, men i stedet lægger fokus på processen og samarbejdet, bliver det vanskeligere at udlede retsfaktum og retsfølge.

³⁷⁾ Derudover vil parterne i denne relation skabe en forbedret konkurrencesituation og skabe større adgangsbarrierer for konkurrenter. Der vil endvidere skabes et fundament for fælles produktudvikling, større mulighed for at forebygge fejl og dermed et bedre produkt.

Grönfors henviser til den svenske aftalelovskommentar, hvoraf følger, "avtalet såsom det rättsfaktum, varpå de ömsesidiga förpligtelserna uppkomma".³⁸ I henhold til Mads Bryde Andersen skal der netop skabes sammenhæng mellem retsfaktum og retsfølge, da resultatet ellers bliver uoverskuelighed og inkonsekvens.³⁹ For traditionelle aftaler gælder således, at aftalen skal fortolkes i henhold til sit indhold, og udgangspunktet for fortolkningen af, hvorvidt aftalen er opfyldt, er således selve aftalen samt de almindelige obligationsretlige regler sammenholdt med den implicite loyalitetsforpligtelse, som parterne er underlagt.

Grönfors adskiller aftaler under stabile baggrundsforhold fra aftaler med omskiftelige baggrundsforhold. For indgåede aftaler med stabile baggrundsforhold vil det være korrekt at fastholde udgangspunktet "*att formlerna "rättsfaktum: avtal" och "rättsföljd: skall hållas" fortfarande är hårt knutna til varandra.*"⁴⁰

Aftaler med omskiftelige baggrundsforhold nødvendiggør i henhold til Grönfors derimod en nuanceret indgangsvinkel i retning af øget foranderlighed. Grönfors analyserer aftaler og omforhandling og angiver, at der er behov for større elasticitet ved løsning af aftaleproblemer i denne forbindelse og at grundsætningen om, at aftaler skal holdes,⁴¹ skal være løsere i denne form for aftaleforhandling.

Grönfors' observation for så vidt angår aftaler under omforhandling kan sammenlignes med partneringaftalen, da der er ligheder mellem de to aftalesituationer. For det første er der tale om en lang forhandlingssituation i forbindelse med indgåelsen af en partneringaftale. Dette skyldes, at parterne i fællesskab – efter aftalens indgåelse – sammen skal finde frem til den mest efficiente transaktion, hvilket ganske givet vil forandres afhængigt af, hvor langt parterne er kommet i processen for opfyldelse af aftalens formål. Således er aftalen konstant under omforhandling. Dog sker forhandlingen til forskel fra en traditionel aftale under omforhandling på et løsere grundlag.

Ved en traditionel omforhandling ligger der ofte en specifikt detaljeret kontrakt til grund for parternes allerede igangværende aftaleforhold. Det er dette grundlag, som er til omforhandling. Ved en partneringaftale ligger der en partneringaftale til grund, hvilket ofte vil medføre en løsere aftale, med fokus på processen frem for

³⁸⁾ Kürt Grönfors, *Avtal och omförhandling*, 1995, Nerenius & Santérus Förlag AB, s. 20, med henvisning til forslag til aftalelov, 1914, s. 37.

³⁹⁾ Mads Bryde Andersen, *Praktisk aftaleret* s. 51.

⁴⁰⁾ Kürt Grönfors, *Avtal och omförhandling*, 1995, Nerenius & Santérus Förlag AB, s.21 ff.

⁴¹⁾ Se ovenfor: att formlerna "rättsfaktum: avtal och rättsföljd: skall hållas".

transaktionen, hvilket gør, at der ikke er tale om omforhandling men i stedet ren forhandling om selve transaktionen.

Ved en traditionel omforhandling gælder den oprindelige kontrakt typisk stadig, og problemet er at rette i eventuelle bestemmelser, tilføje nye eller fjerne eksisterende bestemmelser. Dette er ikke situationen ved en partneringaftale, hvor den oprindelige aftale stadig er fundamentet og hele grundlaget for forhandlingen, men hvor der vil være en del uløste problemstillinger, som skal løses løbende i henhold til den aftalte proces.

Således er der ved en partneringaftale tale om en længerevarende forhandlings-situation med omskiftelige baggrundsforhold, hvilket kræver, at parterne lever op til et større krav om elasticitet. Det samme gør sig gældende for en eventuel senere fortolkning af aftalen.

Partneringaftalen udgør derved den retlige ramme og dermed den retsregel som parterne har ønsket at forpligte sig til ud fra et fælles formål med henblik på gennemførelse af en transaktion. Derudover medfører partneringaftalen en højere grad af loyalitetsforpligtelse end ved traditionelle aftaler, da loyalitetsforpligtelsen i større grad vil fremgå eksplicit af aftalen, hvilket ses nedenfor af eksemplet på en partneringaftales indhold i artiklens afsnit 4.

Således er loyalitetsforpligtelsen ikke længere alene en implicit forpligtelse gældende for aftaleforholdet, som det er tilfældet for en traditionel aftale. Den almindelige obligationsretlige loyalitetsforpligtelse gælder stadig for aftaleforholdet, endda i udvidet form, hvilket skyldes parternes eksplicite angivelse af ønsket om at forpligte sig yderligere i forhold til hinanden i selve aftalegrundlaget.

Endvidere gælder for aftaler med omskiftelige baggrundsforhold i henhold til Grönfors, at "*Princippen bliver i stället att avtalet skall förverkligas till sitt huvudsakliga ändamål*"⁴², hvilket er særlig relevant for partneringaftalen. For at sikre at aftalen gennemføres i henhold til sit formål skal vægten i henhold til Grönfors flyttes fra princippet om, at "*avtal skall hållas*" til "*avtal skall genomføres*".⁴³

Således kan det være mere vigtigt for aftaler med omskiftelige baggrundsforhold at få aftalen til at fungere, frem for udelukkende at lægge vægt på at aftalen skal holdes i henhold til udgangspunktet. Hvis dette skal gennemføres, nødvendiggør det, at aftalen i alle dens detaljer tillægges mindre betydning. Hovedessensen i en

⁴²⁾ Kürt Grönfors, *Avtal och omförhandling*, 1995, Nerenius & Santérus Förlag AB, s. 22.

⁴³⁾ Kürt Grönfors, *Avtal och omförhandling*, 1995, Nerenius & Santérus Förlag AB, s. 23. SE også Palle Bo Madsen, i *Aftaler og Mellemmænd*, s. 429.

partneringaftale er, at parterne lægger vægt på gennemførelsen af transaktionen ud fra et princip om fælles optimering via samarbejde, hvorfor partneringaftalen ligeledes på dette punkt har fællestræk med aftaler under omforhandling.

Partneringaftalens formål er at sikre den mest effiente løsning for transaktionen og at skabe en situation, som ligger tættere på en fælles nyttemaksimering, frem for en individuel nytteoptimering. Kravet til parternes opfyldelse af såvel den implicitte som den eksplicitte loyalitetsforpligtelse bliver hermed øget, da det har væsentlig betydning for opfyldelsen af aftalen, hvorvidt parterne har handlet loyalt i forhold til de øvrige aftaleparter.

Forandringen fra den traditionelle aftalefortolkning vil således for partneringaftaler i højere grad være, at man skal gå fra begrebet "aftaler skal holdes" til "aftaler skal gennemføres".⁴⁴ Der skal i en tvistsituation lægges vægt på, hvordan aftalen optimalt kan opfyldes af parterne, frem for hvilken part, der ikke har opfyldt sin del af aftalen.

Hvorvidt den ene part kan siges at have optrådt illoyalt i en partneringaftale skal således underlægges en betydelig strengere vurdering i forhold til traditionelle aftaler, *således at der i en partneringaftale skal væsentligt mindre til, at en part har tilsidesat sin loyalitetsforpligtelse*. Hvorimod det kun er i *et vist omfang* en part i en traditionel aftale kan blive forpligtet af loyalitetsvirkningerne.

Der gælder således i forhold til partneringaftalens særlige karakter en øget loyalitetspligt mellem parterne, således at parter i en partneringaftale må forvente, at partneringaftalen indebærer, at parterne lever op til en yderligere loyalitetsforpligtelse.

Sammenholdes den strengere loyalitetsforpligtelse med "aftaler skal gennemføres" får det den betydning for fortolkningen af partneringaftaler, at tvister skal afgøres således, at gennemførelsen af processen, der leder til opfyldelse af aftalens transaktion kommer i centrum, hvilket svarer til Grönfors princip om, at aftaler skal fortolkes i henhold til hovedformålet.⁴⁵

⁴⁴⁾ Se for denne konklusion Kürt Grönfors, *Avtal och omförhandling*, 1995, Nerenius & Santérus Förlag AB, s. 23 nederst, hvor dette i henhold til Grönfors har særlig betydning i aftaleomforhandlinger og for langtidskontrakter.

⁴⁵⁾ Kürt Grönfors, *Avtal och omförhandling*, 1995, Nerenius & Santérus Förlag AB, s. 22: "*avtalet skall förverkligas till sitt huvudsakliga ändamål*".

4. Et eksempel på partneringaftalens indhold⁴⁶

§ 1. Opgaven løses i en partnering model, hvor alle parterne i fællesskab løser opgaven i et åbent samarbejde. Parterne forpligter sig til at sikre fælles nytteoptimering og fælles mål for alle de involverede parter. Dette kræver et positivt, konstruktivt og løsningsorienteret samarbejde, der bygger på åbenhed, ærlighed og gensidig respekt, med henblik på at gennemføre en effektiv og udviklende proces.

§ 2. Parterne har sat sig som mål at gennemføre en effektiv og udviklende proces, der sikrer en efterlevelse af de fastsatte kvalitative, tidsmæssige og økonomiske mål samt at efterleve de i fællesskab fastlagte rammer og spilleregler for samarbejdet.

§ 3. Parterne har sat sig som mål at gennemføre transaktionen, så den opfylder parternes behov, samt at gennemføre en proces som leder frem til produktet i vished om, at kvaliteten af processen kan være afgørende for produktet.

§ 4. Aftalens parter forpligter sig til at handle i overensstemmelse med intentionerne i nærværende aftale. Det er således en afgørende forudsætning for aftalen og for realisering af den målsætning og de intentioner, der udspringer af den aftalte samarbejdsform, at parternes samarbejde bygger på tillid, fuld åbenhed og professionalisme.

§ 5. Alle parter forpligter sig til i fællesskab at

- fremkomme med en afklaring af en fælles opfattelse af hvad partnering er i relation til opgaven
- formulere og acceptere opgavens succesmål
- fastlægge risici og forudsætninger
- udarbejde en tidsplan
- udarbejde procedure for håndtering af uenigheder

⁴⁶⁾ Artiklens eksempel på klausuler i en partneringaftale bygger på indholdet i en række allerede gennemførte partneringaftaler i byggebranchen samt en standardaftale udarbejdet af byggeriets parter: Byggeriets Arbejdsgivere, Bygherreforeningen, Danske Entreprenører, Praktiserende Arkitekters Råd og Foreningen af Rådgivende ingeniører. For de allerede gennemførte partneringaftaler se Erhvervsfremmestyrelsen, Partnering – et studie af nye samarbejdsformer i byggeriet, maj 2000, som omfatter byggeriet i Tuborg Nord, omfattende ca. 200.000 m² etageareal blandet erhverv og bolig, samt fællesarealer, parkeringskældre mm., og Nykredits hovedsæde på Kalvebod Brygge omfattende nybyggeri på 24.000 m². og Trianon på Strøget, hvor der skulle foretages en ombygning og nyindretning af en ejendom tidligere anvendt til beboelse, bageri og bagerbutik til ny butiklejer og kontorformål, med et budget på 20 mio. kr. Nykredit er dog det eneste af projekterne, hvor partnering har været fuldt i hele byggesagen. I de to øvrige byggesager har partnering været anvendt konkret i forhold til dele af byggeriet, hvor partnering har været anset for fordelagtigt.

§ 6. Det er parternes fælles målsætning, at

- gennemføre transaktionen inden for budgetrammen med en forbedret økonomi set i relation til kendte kontraktformer
- sikre kvalitet for pengene
- sikre projektets parter en sund forretning
- sikre at projektets totaløkonomi tilgodeses

§ 7. Der er fuld åbenhed om økonomien, og alle parter er medansvarlige for at sikre, at økonomien holdes indenfor budgetrammen og er forpligtet til at medvirke til at optimere økonomien med henblik på at opnå en øget indtjening/besparelse for alle parter.

§ 8. Der udarbejdes en incitamentsaftale, som skal danne udgangspunkt for en model for overskuds-/underskuds-delning mellem parterne.

§ 9. Parterne hæfter i forhold til beskrevne ansvars/arbejdsområder. De enkelte parter er alene ansvarlig for egne fejl og forsømmelser. Der gælder således et proratarisk ansvar mellem parterne. Uanset ovenstående fritager dette imidlertid ikke de øvrige parter i at bidrage til at finde den optimale løsning for at rette/neutralisere fejlen.

§ 10. Uoverensstemmelser skal afklares dialogmæssigt og hurtigt og på lavest mulige niveau i organisationen. Parterne kan løbende beslutte at anvende mediation for at fremme en forligsproces, så parterne selv kan finde en løsning.

5. Afrunding

Partneringaftaler kan defineres som en aftaleform, der indgås med det formål, at parterne ønsker at optimere fælles frem for at optimere individuelt. Dette fordi fælles optimering kan føre til en række økonomiske fordele i form af bl.a. bedre produkt, bedre konkurrenceevne og lavere omkostninger. Partneringaftaler er en implementeringsmetode, der med fordel kan anvendes, hvis parterne ønsker at gennemføre en samarbejdsaftale ved f.eks. en strategisk alliance, outsourcing eller udlicitering.

Partneringaftaler kan således anvendes til at gennemføre aftaler i leverandør-producent forhold, i forbindelse med køb af IT-løsninger, hvis virksomheden ønsker at lade andre foretage serviceydelser eller hvis virksomheder ønsker at samarbejde om forskning og udvikling mv. Partneringaftalen er således ikke anvendelig i alle aftaleforhold, og kan ikke erstatte en traditionel aftale. Partneringaftalen er derimod en fordel, hvor konkurrencesituationen lægger op til et tættere samarbejde, og partneringaftalen er derfor et alternativt til den traditionelle aftale i særlige situationer.

Partneringaftalens anvendelse, formål, indhold og udformning medfører, at den adskiller sig fra den traditionelle aftale i aftaleretlig henseende. Den kan sammenlignes med Grönfors' aftaler med omskiftelige baggrundsforhold, således at selve gennemførelsen af aftalen bliver vigtigere end princippet om, at aftalen skal holdes. Dette skyldes, at det er processen for opfyldelsen, som leder til, at aftalens transaktion kan gennemføres. Ligeledes indeholder partneringaftalen eksplicite bestemmelser, som leder til, at der er en øget loyalitetsforpligtelse mellem parterne, således at den almindelige obligationsretlige loyalitetsforpligtelse skærpes.

Tilsvarende vil gælde for andre aftaleretlige forhold, som fortolkning, udfyldning og gyldighed i forbindelse med partneringaftaler, da det økonomiske grundlag for at indgå en partneringaftale er væsentlig anderledes end ved indgåelse af traditionelle aftaler.

Lovvalget i immaterialretlige sager

af

Bjørn Ryberg

1. Indledning

Når en dansk domstol skal afgøre et immaterialretligt spørgsmål, må den først tage stilling til, hvilket lands immaterialretlige regler, den skal anvende. Ud fra en rent statistisk betragtning anvender danske domstole normalt dansk ret ved afgørelsen af immaterialretlige spørgsmål. Der er imidlertid intet i vejen for, at en dansk domstol kan anvende for eksempel tyske, argentinske eller canadiske immaterialretlige regler. Det skal danske domstole, når de danske lovvalgsregler peger på et af disse landes immaterialretlige regler.¹

2. Lovvalget i sager om gyldighed med videre

Spørgsmål om en immateriel rettigheds opståen, registrering, gyldighed og lignende skal altid afgøres efter rettighedslandets regler. I tilfælde af et tysk patent vil det for eksempel føre til anvendelse af de tyske regler om patenters ugyldighed.²

¹⁾ I dansk international privatretlig litteratur er der en tendens til at anskue reglerne i ophavsretslovens § 85 - 88 som lovvalgsregler. I realiteten er der dog blot tale om regler, ifølge hvilke a) et værk, en lydoptagelse etc. som udgangspunkt skal have en vis tilknytning til Danmark eller Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) for at kunne nyde retlig beskyttelse efter den danske ophavsretslov, og b) beskyttelsen ved kongelig anordning kan udvides til også at omfatte fremmede værker, lydoptagelser etc. Hvis et værk ikke lever op til de nationale tilknytningskrav i §§ 85 - 88, er der ganske enkelt ikke nogen ophavsretlig beskyttelse i henhold til den danske ophavsretslov, og der kan derfor ikke i relation til sådan et værk opstå spørgsmål om valg eller fravalg af de danske ophavsretlige regler.

²⁾ Rettighedslandets myndigheder har ofte enekompetence til at afgøre spørgsmål om gyldighed og lignende, jf. for så vidt angår EF-Domskonventionens anvendelsesområde art. 16, stk. 1, nr. 4, i konventionen. Tilsvarende bestemmelser findes i Luganokonventionen og i EF-

EF-varemærkeforordningen (40/94) af 20. december 1993 og EF-designforordningen om de regionale rettighedstyper EF-varemærker og EF-design indeholder i art. 50-53 henholdsvis art. 24-25 en række bestemmelser om ugyldighed. EF-varemærker og EF-design kan strengt taget ikke siges at være knyttet til noget enkelt "rettighedsland", idet de per definition omfatter hele EF. Lovvalgsreglernes henvisning til rettighedslandet må i denne sammenhæng utvivlsomt skulle fortolkes således, at den skal anses for at pege på ugyldighedsreglerne i de nævnte (overnationalt) forordninger.

Tilsvarende lovvalgsregler må antages at gælde for spørgsmål om forbenyttelsesret, tvangslicens og lignende - i det omfang der i det hele taget kan opstå sådanne spørgsmål i relation til de forskellige immaterielle rettigheder.

3. Lovvalget i sager om krænkelse

I alle de danske immaterialretlige love er der specificeret en række handlinger, som krænker den immaterielle rettighed, hvis de foretages uden rettighedshaverens tilladelse.³ Det er ikke udtrykkeligt anført i lovene, at rettighederne kun kan krænkes, i det omfang der er tale om handlinger foretaget på dansk territorium. Der hersker dog ingen tvivl om, at det i overensstemmelse med international tradition på området er forudsat, at der er tale om nationalt begrænsede rettigheder. En dansk ophavsrettighed vil således ikke kunne håndhæves over for en produktion, der finder sted i Italien.

Straffelovens almindelige del (kap. 1-11 i straffeloven) finder i medfør af straffelovens § 2 direkte anvendelse på de immaterialretlige love, idet de alle er udstyret med bestemmelser, ifølge hvilke krænkelse kan være strafbare.⁴ Princippet om, at en immateriel rettighed kun kan håndhæves over for handlinger foretaget på rettighedslandets territorium ("*territorialitetsprincippet*") kan derfor siges at have udtrykkelig lovhjemmel i straffelovens § 6.⁵ Ifølge § 6 omfatter dansk

forordning 44/2001 af 22. december 2000 art. 22, stk. 1, nr. 4. Dette kompetencespørgsmål er i princippet et selvstændigt spørgsmål, som ikke er afhængigt af lovvalgsspørgsmålet.

³⁾ Som eksempler kan nævnes patentlovens § 3, varemærkelovens § 4 og ophavsretslovens § 2, 65-71 og 77.

⁴⁾ Som eksempler på immaterialretlige straffebestemmelser kan nævnes patentlovens § 57, varemærkelovens § 42 og ophavsretslovens § 76.

⁵⁾ Territorialitetsprincippet antages at være internationalt præceptivt, således at parterne ikke har mulighed for gyldigt at aftale, at deres immaterialretlige tvist skal afgøres under anvendelse af de immaterialretlige regler i et andet land end rettighedslandet, jf. Peter Arnt

straffemyndighed nemlig som hovedregel kun handlinger foretaget i den danske stat, det vil sige på dansk territorium. På tilsvarende vis finder fremmede immaterialretlige love som udgangspunkt kun anvendelse på handlinger foretaget på rettighedslandenes territorium.

Det følger af straffelovens § 23 at alle, der på en eller anden måde har medvirket til en strafbar lovovertrædelse, kan straffes for lovovertrædelsen. En rocker, der låner en kollega et oversavet jagtgevær til brug for dennes likvidering af en fælles fjende, kan således straffes for (medvirken til) drab. Tilsvarende kan en person, der har planlagt og iværksat et større bankrøveri dømmes for (medvirken til) bankrøveriet, selv om han hverken har befundet sig på selve gerningsstedet eller har været i fysisk kontakt med de sjålne penge. Dette princip om, at enhver, der medvirker til en strafbar handling, kan drages strafferetligt til ansvar for handlingen, finder også anvendelse ved krænkelse af immaterielle rettigheder, jf. straffelovens ovenfor omtalte § 2.

Hvis straffelovens § 6 var eneafgørende for anvendeligheden af reglerne om straf-sanktionerede krænkelse af danske immaterialrettigheder, kunne man ikke med de danske immaterialretlige regler ramme medvirken til krænkelse, i det omfang der var tale om medvirkende handlinger, som blev udført uden for danske territorium. Danske straffebestemmelseres geografiske anvendelsesområde er imidlertid genstand for en række udvidelser i forhold til straffelovens § 6. Den i denne sammenhæng mest relevante udvidelse er straffelovens § 8, stk. 1, nr. 1, der har følgende ordlyd:

"Under dansk straffemyndighed hører endvidere handlinger, foretagne uden for den danske stat, uden hensyn til, hvor gerningsmanden hører hjemme 1) når handlingen krænker sådanne interesser, hvis retsbeskyttelse i den danske stat forudsætter en særlig tilknytning til denne".

I 1923-straffelovsbetænkningen er følgende anført om denne bestemmelse (kursiveringen er tilføjet her):

"Der er hermed tænkt på angreb foretagne i udlandet på sådanne retsgoder, der regelmæssig kun nyder en nationalt begrænset beskyttelse. Da alle stater i det væsentlige følger samme eksklusivitetsprincip, ville sådanne interesser savne alt værn mod angreb udefra, hvis hjemstaten ikke her trådte til. Og på den

Nielsen, International privat- og procesret (1997) s. 626. For fuldstændighedens skyld bemærkes det, at Peter Arnt Nielsen syntes at anvende begrebet "territorialitetsprincippet" i en betydning, der er en del videre end den her anvendte.

anden side findes det at være urimeligt, om for eksempel den, der fra udlandet krænker *her bestående enerettigheder o.s.v.*, ikke her skulle kunne straffes."

Navnlig under hensyn til det i 1923-straffelovsbetænkningen anførte må det antages, at når der på dansk territorium foreligger en krænkelse af en dansk immateriel rettighed, kan man håndhæve den danske rettighed ikke alene over for dem, der har foretaget de krænkende handlinger på dansk territorium men også over for medgeringsmænd, der ved handlinger foretaget i udlandet kan siges at have medvirket til krænkelsen af den danske immaterielle rettighed.

Det forhold, at danske rettigheder kun kan krænkes ved handlinger foretaget på dansk territorium, at italienske rettigheder kun kan krænkes ved handlinger foretaget på italiensk territorium etc., indebærer ikke som en logisk nødvendighed, at rettighedslandets regler altid skal finde anvendelse ved afgørelsen af, om der foreligger en krænkelse af den pågældende rettighed, om der skal betales erstatning og så videre. I princippet kunne man således godt forestille sig, at en dansk domstol, der skulle behandle en sag om en dansk virksomheds krænkelse af en italiensk ophavsrettighed, kunne vælge at anvende de danske regler om ophavsrettens beskyttelsesomfang ved afgørelsen af, om den italienske rettighed skulle anses for krænket. Ifølge danske lovvalgsregler er der imidlertid ingen tvivl om, at en dansk domstol skal anvende rettighedslandets regler ved afgørelsen af, om en udenlandsk rettighed må anses for krænket etc. Hvis for eksempel en tysk virksomhed ved Østre Landsret sagsøger en dansk virksomhed for krænkelse af et tysk patent og i den forbindelse fremsætter et erstatningskrav, skal landsretten anvende de tyske regler om, a) hvornår et patent skal anses for krænket, b) hvornår en krænker har pligt til at betale erstatning, og c) hvilke beløb en krænker skal betale, når han er forpligtet til at erstatte rettighedshaverens tab. Denne danske lovvalgsregel svarer til retsstillingen i det meste af den øvrige del af verden.

Det er et klassisk immaterialretligt spørgsmål, om en rettighedshaver under påberåbelse af, at vilkårene i en licensaftale er blevet tilsidesat af licenstageren, kan anlægge en krænkelsessag mod sin licenstag. For så vidt angår varemærker er dette spørgsmål nu løst i varemærkelovens § 40, stk. 3. Ifølge denne bestemmelse kan en varemærkehaver føre krænkelsessag mod sin licenstag, hvis denne ikke overholder licensaftalens vilkår med hensyn til a) licensens gyldighedsperiode, b) varemærkets udformning, c) de mærkede varers og tjenesteydelsers art, d) det geografiske område eller e) de mærkede varers og tjenesteydelsers kvalitet. Dette har betydning for lovvalget, idet man under en krænkelsessag - i modsætning til under en sag om misligholdelse af licensaftalen - ikke vil være bundet af et

eventuelt lovvalg i licensaftalen, og *idet* lovvalget ikke vil skulle træffes efter de danske regler om lovvalg i licensaftalespørgsmål. Under en krænkelssag ved en dansk domstol vil lovvalget skulle træffes i overensstemmelse med de ovenfor omtalte danske regler om lovvalget i krænkelssager.

Bestemmelser, som svarer til den danske varemærkelovs § 40, stk. 3, finder man også i EF-varemærkeforordningens art. 22, stk. 2, og EF-designforordningens art. 32, stk. 2.

Når det gælder andre rettigheder end nationale danske varemærker, EF-varemærker og EF-design er der i Danmark ikke veletablerede regler i form af fast højesteretspraksis eller lignende om licensgiveres muligheder for at anlægge krænkelssager mod deres licenstagere. Det er derfor sandsynligt, at de regler, der med udtrykkelig lovhjemmel gælder for nationale danske varemærker med videre vil få en afsmittende betydning på retsstillingen ved andre immaterielle rettighedstyper.

4. Lovvalget i tings- og panteretlige spørgsmål

De danske internationale privatretlige regler om valget af tings- og panteretlige regler er i hovedsagen udledt af retspraksis. Der er således som udgangspunkt ikke tale om lovbestemte regler.

Når en domstol i en sag om afgørelse af et tings- eller panteretligt spørgsmål skal tage stilling til, hvilket lands regler den skal anvende, er der såvel i dansk som i fremmed international privatret en tendens til at lægge afgørende vægt på stedet, hvor det pågældende formuegode befinder sig, *lex situs*.⁶ I overensstemmelse hermed og i overensstemmelse med territorialitetsprincippet, antages det, at danske domstole ved afgørelsen af en tings- eller panteretlig tvist om en immateriel rettighed i hvert fald som udgangspunkt skal anvende rettighedslandets tings- og panteretlige regler.⁷

I Den Europæiske Patentkonventions art. 74 er der en særlig bestemmelse om lovvalget i tings- og panteretlige spørgsmål om *europæiske patentansøgninger*.

⁶⁾ Peter Arnt Nielsen, *International privat- og procesret* (1997) s. 615 og Allan Philip, *Dansk International privat- og procesret*, 3. udg. (1976) s. 394.

⁷⁾ Peter Arnt Nielsen, *International privat- og procesret* (1997) s. 626 med henvisninger.

Bestemmelsen lyder i den engelske originalversion som følger (kursiveringen er tilføjet her):

"Article 74

Law applicable

Unless otherwise specified in this Convention, the European patent *application* as an object of property shall, in each designated Contracting State and with effect for such State, be subject to the law applicable in that State to national patent applications." ⁸

Art. 74 indebærer, at pantsætningen ikke er genstand for de tings- og panterretlige regler i et enkelt af de i ansøgningen designerede lande, og at pantsætningen, for så vidt angår muligheden for efterfølgende at få registreret det på grundlag af ansøgningen udstedte patent i Danmark, er genstand for dansk rets panterretlige regler. Dette fører til, at den til en pantsætnings beskyttelse over for trediemand nødvendige sikringsakt er tinglysning i Bil- og Personbogen ved Retten i Århus, for så vidt angår den "danske del" af en europæisk patentansøgning. Selv om man i praksis ofte ser, at der sker tinglysning i Bil- og Personbogen af pantsætninger af dansk ejede europæiske patentansøgninger, og der ikke er nogen tvivl om, at parterne forestiller sig, at man derved foretager den relevante sikringsakt med hensyn til *hele* den europæiske patentansøgning, fører lovvalgsreglen i art. 74 til, at tinglysningen ret sikkert er uden betydning med hensyn til den ikke danske del af den europæiske patentansøgning.

Som det fremgår, handler art. 74 udelukkende om europæiske patentansøgninger. Den Europæiske Patentkonvention indeholder ingen tilsvarende bestemmelse om udstedte patenter. Det vil sige, at lovvalget, for så vidt angår udstedte europæiske patenter, er underlagt de almindelige tings- og panterretlige lovvalgsregler. I den forbindelse må det antages at være af betydning, at konventionens art. 64 foreskriver følgende om det udstedte patent:

"A European patent shall confer on its proprietor from the date of publication of the mention of its grant, in each Contracting state in respect of which it is

⁸⁾ De undtagelser, som ordene "unless otherwise specified in this Convention" sigter til, er art. 72 og art. 73. Ifølge art. 72 skal en overdragelse af en europæisk patentansøgning leve op til 2 formalitetskrav, nemlig for det 1. at den skal være skriftlig, og for det 2. at den skal være underskrevet af såvel overdrager som erhverver.

granted, the same rights as would have been conferred by a national patent granted in that stat." ⁹

På baggrund heraf må det antages, at danske tings- og panteretlige lovvalgsregler - på samme måde som art. 74 - vil pege på reglerne i de forskellige designerede lande, hvor det europæiske patent bliver registreret. ¹⁰

For så vidt angår *EF-varemærker* og *ansøgninger om EF-varemærker* følger det af art. 16 og 24 i EF-varemærkeforordningen, at de som genstand for ejendomsret - herunder tings- og panteret - som hovedregel i deres helhed og gældende for hele EF's område skal betragtes som nationale varemærker, der er registreret i den medlemsstat, hvor indehaveren ifølge EF-varemærkeregisteret har sit hovedsæde eller sin bopæl på den relevante dato.

Det følger ikke af art. 16 og 24, at man nødvendigvis skal bedømme de ejendomsretlige spørgsmål efter reglerne i det land, hvor indehaveren har hovedsæde/bopæl. Bestemmelsen indebærer blot, at når en domstol skal træffe afgørelse om, hvilket lands ejendomsretlige regler, den skal anvende, så skal den træffe samme afgørelse, som den ville have gjort, hvis der havde været tale om et nationalt varemærke fra det land, hvor indehaveren har hovedsæde/bopæl. I de lande, der har samme lovvalgsregler som i Danmark, fører det imidlertid i praksis til samme lovvalg, som hvis man i art. 16 direkte havde peget på de tings- og panteretlige regler i det land, hvor rettighedshaveren havde bopæl/hovedsæde på den relevante dato.

Eksempel 1. Er der tale om et EF-varemærke med *en i Danmark boende indehaver*, og en *dansk domstol* skal træffe afgørelse i en sag om et ejendomsretligt spørgsmål vedrørende varemærket, vil den danske domstol som udgangspunkt skulle træffe sit valg af anvendelige regler, som om der var tale om et nationalt dansk varemærke. *Da* de danske lovvalgsregler i tings- og panteretlige spørgsmål som tidligere omtalt peger på *lex situs*, og *da* et registreret dansk varemærke i dansk ret anses for at befinde sig i Danmark, fører dette til, at de danske tings- og panteretlige regler som udgangspunkt skal finde anvendelse med virkning for hele EF.

Eksempel 2. Er der tale om et EF-varemærke med *en i Tyskland boende indehaver*, og en *dansk domstol* skal træffe afgørelse i en sag om et ejendomsretligt spørgsmål

⁹⁾ I overensstemmelse hermed er det i den danske patentlovs § 76 anført, at et europæisk patent har samme virkning som et patent meddelt af den danske patentmyndighed.

¹⁰⁾ For så vidt angår det europæiske patents registrering i Danmark se patentloven § 77.

vedrørende varemærket, vil den danske domstol som udgangspunkt skulle træffe sit valg af anvendelige regler, som om der var tale om et nationalt tysk varemærke. *Da* de danske lovvalgsregler i tings- og panteretlige spørgsmål som tidligere omtalt peger på *lex situs*, og *da* et registreret tysk varemærke i dansk ret anses for at befinde sig i Tyskland, fører dette til, at de tyske tings- og panteretlige regler som udgangspunkt skal finde anvendelse med virkning for hele EF.

Eksempel 3. Er der tale om et EF-varemærke med *en i Danmark boende indehaver*, og en tysk domstol skal træffe afgørelse i en sag om et ejendomsretligt spørgsmål vedrørende varemærket, vil den tyske domstol som udgangspunkt skulle træffe sit valg af anvendelige regler, som om der var tale om et nationalt dansk varemærke. De tyske lovvalgsregler vil formentlig ligesom de danske lovvalgsregler pege på *lex situs*. Dette vil - under den angivne forudsætning - føre til, at de danske tings- og panteretlige regler som udgangspunkt skal finde anvendelse med virkning for hele EF, idet et dansk varemærke i tysk ret formentlig må anses for at befinde sig i Danmark.

Med hensyn til retsvirkningerne over for trediemand følger det imidlertid af forordningens art. 23, at licenser, overdragelser, pantsætninger og lignende transaktioner som hovedregel først har virkning over for trediemand, når transaktionerne er blevet inført i EF-varemærkeregisteret. Det er klart, at art. 23 overruler art. 16 og 24. Uanset hvilke tings- og panteretlige regler, der følger af, at EF-varemærket skal betragtes som et nationalt varemærke i varemærkehaverens hjemland, skal domstolene derfor anvende art. 23. Kun i det omfang der er tale om spørgsmål, som ikke kan anses for omfattet af art. 23, kan de for nationale varemærker gældende tings- og panteretlige regler komme til anvendelse. Dette indebærer, at der i tings- og panteretlige spørgsmål om forholdet til trediemand kan gælde vidt forskellige regler for henholdsvis nationale danske varemærker og EF-varemærker, selv når varemærkehaveren er dansk. Retsvirkningerne af indførslen af en licens, en ejendomsretsoverdragelse eller en pantsætning i det danske varemærkeregister er nemlig meget begrænsede set i forhold til de i art. 23 foreskrevne retsvirkninger.

For så vidt angår *registrerede EF-design* og ansøgninger om registrering af EF-design, finder man i EF-designforordningens art. 27, 33 og 34 regler, som i vid udstrækning svarer til de ovenfor omtalte regler i EF-varemærkeforordningens art. 16, 23 og 24.

For så vidt angår *ikke-registrerede EF-design* bestemmes det blot i EF-designforordningens art. 27, at de ikke-registrerede design som genstand for ejendomsret i deres helhed og gældende for hele Fællesskabets område som udgangspunkt skal betragtes som nationale design i den medlemsstat, hvor

designindehaveren har sit hovedsæde eller sin bopæl på det relevante tidspunkt. Når det drejer sig om overdragelser, pantsætninger og ligende af ikke-registrerede EF-design med en dansk designindehaver, finder dansk rets almindelige tings- og panteretlige regler med andre ord som hovedregel anvendelse, jf. de ovenfor anførte 3 eksempler vedrørende lovvalget i sager om EF-varemærker.

Nu også en svensk finansaftalelov? - Konsumentskydd vid finansiell rådgivning SOU 2002:41.

af

Lennart Lynge Andersen og Henrik Juul

Norge har i 1999 gennemført en finansaftalelov, og i Sverige kommer der i disse år en række udredninger om forbrugerbeskyttelse og den finansielle sektor. De er præget af intensitet og kvalitet. Forfatterne fokuserer på de svenske forhold og omtaler særligt den nyeste betænkning om lovgivning vedrørende finansiell rådgivning.

1. Temaet

I en tankevækkende kronik i Politiken den 7. april 1995 gav *Erik Werlauff* under overskriften: "Det haster med en lov om bankers adfærd" startskuddet til en debat om en dansk bankaftalelov. Kronikken blev suppleret med en bog, der argumenterede for løsningen på en række områder. Der er siden kommet flere offentlige udredninger - dog ikke med en principiel og velunderbygget stillingtagen, der illustrerer, at man har viljen til at gennemføre de store ting på området - og den foreløbige kulmination på debatten synes at være Økonomi- og Erhvervsministeriets overtagelse af kompetencen i 2002 til at udstede regler vedrørende de finansielle institutioner, også på forbrugerområdet.¹

I Norge blev bolden givet op i 1988 ved *Carsten Smiths* to notater: »Om tidens behov for kodifikasjon av bank- og kredittlovgivningen« og »Om behovet for en

¹⁾ Jf. lov nr. 428 af 6. juni 2002.

banklovkommissionen», begge optrykt i Rettstenkning i samtiden (1992) s. 422 ff. I 1994 kom Banklovkommissionens udredning *NOU 1994:19*, der var et meget grundigt arbejde. Der skulle imidlertid gå 5 år, inden loven blev vedtaget i 1999 som lov nr. 46 af 25. juni 1999 om finansavtaler og finansopdrag.²

I Sverige blev debatten skudt i gang i 1999, se ndf., og dette regeringsinitiativ har nu bl.a. udmøntet sig i udredningen »Konsumentskydd vid finansiell rådgivning», *SOU 2002:41*. Det er navnlig denne udredning, der er genstanden for vor artikel, der vil gennemgå forslaget perspektiver og komme med et bud på, hvilke perspektiver udredningen har for de danske forhold. Men i øvrigt sker der en række interessante ting i Sverige, der bør tages i betragtning også ved de danske overvejelser om reguleringen på det finansielle område.

Vi vil i afsnit 2 beskrive den svenske udvikling, i afsnit 3 vil vi gennemgå de vigtigste dele af forslaget vedrørende finansiell rådgivning, medens vi i afsnit 4 vil afslutte med nogle bemærkningerne om udredningens perspektiver for de danske overvejelser på området.

2. Den svenske udvikling

2.1. Sverige har en række forskrifter for bankernes virksomhed, de vigtigste samlet i bankrörelseslagen fra 1987 med senere ændringer, men som i Danmark er der i al væsentlighed tale om strukturforskrifter.³ Der er dog grund til at nævne, at den svenske lov indeholder en direkte bestemmelse om bankernes kreditvurdering af kunderne, og loven indeholder yderligere en hovedregel om, at banken skal kræve sikkerhed (pant eller kaution) i forbindelse med långivning. Det hedder i bankrörelseslagens 13 §, 1. stk., at

»Kredit får beviljas endast om låntagaren på goda grunder kan förväntas fullgöra låneförbindelsen. Dessutom krävs betryggande säkerhet i fast eller lös egendom eller i form af borgen. Banken får dock avstå från sådan säkerhet om den kan anses obehövlig eller om det annars föreligger särskilda skäl att avstå från säkerhet.«

²⁾ Se herom bl.a. Lennart Lyng Andersen: Norsk finansaftalelov - perspektiver for Danmark? i U 2000 B s. 215 ff, Lars Gorton: Den norska finansavtalslagen i Svensk Juristtidning 2001 s. 523 ff og Sven Iver Stein: Presentasjon av den norske Finansavtalelov (i Lars Gorton (red.): Bankrättsligt seminarium (2001) s. 11 ff.

³⁾ Se om sontringen mellem strukturforskrifter og adfærdsforskrifter Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff: Introduktion til Kreditretten (2000) s. 11 f.

Det principielle krav om, at der inden lånets bevilling foretages en prøvelse af kundens forhold, suppleres i den svenske konsumentkreditlag fra 1992 med en bestemmelse i 5 §, hvorefter en erhvervsdrivende i forhold til forbrugeren skal iagttage god kreditgivningsskik og herved varetage forbrugerens interesser med tilbørlig omsorg.⁴

2.2. Den 7. januar 1999 besluttede den svenske regering at indkalde en parlamentarisk komite, der fik til opgave at fremkomme med et forslag til, hvordan fremtidens forbrugerpolitik skal kunne give mennesker forudsætninger for at føle sig trygge som forbrugere og have en stærk indflydelse på sin hverdagssituation. Komiteen tog navnet "Konsumentpolitiska kommittén 2000".

Opgaven indebar ifølge direktivet til den Forbrugerpolitiske komité 2000, at komiteen skulle gennemgå forbrugerpolitikken som følge af de store forandringer, samfundet har gennemgået i de senere år. Arbejdet skulle gennemføres i et EU-perspektiv, hvor det nordiske samarbejde var et vigtigt udgangspunkt. Man skulle også overveje, hvilke midler i form af lovgivning og økonomiske og andre ressourcer, som burde udnyttes for bedst at nå disse mål.

Ved et tillægsdirektiv fik komiteen til opgave at kortlægge retstilstanden, når det gælder forbrugernes muligheder for at få forbrugerinformation om dagligvarer via internettet.

2.3. I juli 1999 afgav Banklagskommittén en delbetænkning, Vårdslös kreditgivning samt sekretess i banker m.m. (SOU 1999:82) hvor et udvalg havde arbejdet med spørgsmålet om "uforsvarlig kreditgivning" i lyset af, at svenske banker led meget store tab i 1990'erne. En gennemgang af udredningen viste imidlertid, at udvalget navnlig har haft straffe- og erstatningsretlige overvejelser for øje, og man kan således atter konstatere, at interessen har samlet sig om strukturlovgivningen. Kun i udredningens anden del om bankhemmeligheden, findes der et (meget) kort afsnit med visse forbrugerretlige overvejelser.

2.4. I september 1999 indleverede Konsumentpolitiska kommittén 2000 delrapporten "Finansielle tjenester fra et forbrugerperspektiv" til regeringen, som skulle fungere som et diskussionsgrundlag for det fortsatte arbejde. Det blev konkluderet,

⁴ Se herom *Anders Eriksson og Göran Lambertz: Konsumentkreditter* (1993) s. 78 f og hertil *Lennart Lyngé Andersen* i TIR 1994 s. 494.

at forbrugerbeskyttelsen burde forstærkes på en række områder og der blev i hovedtræk foreslået:

- 1) Øget undervisning i privatøkonomiske spørgsmål i skolen.
- 2) Forbrugerstyrelsen skulle nærmere analysere årsagerne til såkaldte gældsfælder (f. eks. hvorfor forbrugerne tager lån med meget høje renter), og foreslå passende tiltag for at komme problemet til livs.
- 3) Der burde indføres bestemmelser i konsumentkreditloven bl.a. med udtrykkeligt krav om kreditvurdering, krav om at angive omkostningerne til en kredit i kroner i bl.a. markedsføringen samt delvis nye forudsætninger for betalingsansvar ved tab af kreditkort og PIN-kode.
- 4) Forbrugerbeskyttelsen ved de finansielle institutioners ansvar ved rådgivning burde forstærkes gennem lovgivning.
- 5) Forbrugerstyrelsen skulle sammen med Finanstilsynet virke for en højnelse af kvaliteten i informationen om finansielle tjenester.
- 6) Prisinformationsloven burde gøres anvendelig på samtlige finansielle tjenester.
- 7) Informationspligten ved betalingstjenester burde øges gennem lovgivning.
- 8) "Riksforsäkringsverket" og "Premiepensionsmyndigheten" skulle gennem en dialog med parterne på det aftalemæssige pensionsområde opnå en samordning af information om den generelle pension og aftalepensionen samt undersøge mulighederne og formerne for fælles central og lokal rådgivning til almenheden om pensionsspørgsmål.

2.5. I april 2001 afgav Konsumentpolitiska kommittén 2000 en diger betænkning på 680 sider: "Starke konsumenter i en gränslös värld", *SOU 2000:29*. På bankområdet foreslår udredningen - her omtalt i oversigtsform - bl.a. følgende:

1) Forbrugermyndighederne burde undersøge spørgsmålet om "skyldfælder", d.v.s. hvorfor forbrugere ofte tager lån med meget høje renter.⁵

⁵⁾ Man må nok antage, at dette spørgsmål for Danmarks vedkommende har mere relation til finansieringsselskaberne end til bankerne.

2) Der bør indføres et udtrykkeligt krav om kreditvurdering af kunderne i konsumentkreditlagen, og Finansinspektionen bør gives bemyndigelse til at udfærdige nærmere forskrifter. Det fremhæves som et væsentligt punkt, at kreditvurderingen bør indgå i Finansinspektionens tilsyn med institutionerne.

3) Reglerne om oplysning af kreditomkostninger bør gås igennem, bl.a. således at der sker en øget fokusering på de samlede omkostninger for kreditten. Det samme gælder kredittidens længde. Det fremhæves flere steder, at EU's konsumentkreditdirektiver er minimumsdirektiver, således at der kan fastsættes andre regler, der styrker forbrugerne.

4) Forbrugernes ansvar for andres brug af kreditkort m.v. bør lempes. Reglerne findes i dag i konsumentkreditlagen, men i SOU 1995:69 om Betaltjänster er der foreslået en række ændringer, der tager sigte på at beskytte korthaverne.⁶

5) Der bør gennemføres lovgivning om ansvar for finansiel rådgivning. (Vi behandler som nævnt denne del af udredningen ndf. under punkt 3-4).

6) Myndighederne bør samarbejde om en højnelse af kvaliteten i den information, der gives om finansielle tjenester.

Herudover foreslås under overskriften *budgetrådgivning og gældssanering*:

- Forbrugerstyrelsen bør i øget udstrækning følge og vurdere kommunernes virksomhed når det kommer til budget- og gældsrådgivning.

- Der bør tages initiativ til et forskningsprojekt med henblik på at analysere årsagerne til overgældsætning samt effekten af gældsrådgivning og gældssanering.

På området *rådgivning inden for boligkøb* anføres, at der findes et behov for en saglig og objektiv forbrugerrådgivning på boligkøbsområdet. Anskaffelsen af en bolig og boligomkostninger indebærer store udgifter for forbrugerne. Det er vigtigt, at forbrugerne kan træffe beslutninger i sådanne spørgsmål på et objektivt og sagligt grundlag.

2.6. Den 10. maj 2001 besluttede Regeringen *Dir. 2001:41 om Finansiell rådgivning til konsumenter*. Som udreder udpegede regeringen *Anders Eriksson*, der er generaldirektør i Kammerkollegiet samt ordførende i Allmänna Reklamationsnämnden.

⁶⁾ Gennemføres reglerne, vil der tildels være samme regler som i Danmark, men det foreslåede regelsæt virker noget uoverskueligt og kompliceret.

den. Formålet⁷ var at kortlægge og analysere spørgsmål i forbindelse med forbrugerbeskyttelse og finansiell rådgivning, og udredningen skulle stille forslag om regulering, såfremt der fandtes behov herfor. Der peges i direktivet særligt på, at bankernes rolle har forandret sig fra den traditionelle indlåns- og udlånsrolle til at være sælger og markedsfører af finansielle ydelser og produkter. Dette har også skabt mulighed for forbrugerne til at agere på dette marked. Det kan være vanskeligt for en forbruger at vurdere, hvilken rolle banken indtager, og det er i debatten blevet påpeget, at rådgiverne ikke altid har den fornødne kompetence.

I direktivet anføres tillige følgende:

»Även om utgångspunkten är att varje placering i värdepapper eller aktier innebär en risk, är det viktigt att konsumenterna görs uppmärksamma på denna risk. Olika placeringar medför olika grad av risk och olika möjlighet till avkastning. Ändamålet med sparandet, konsumentens totala ekonomiska situation och det tidsperspektiv i vilket placeringen görs är faktorer som bör påverka valet av sparform. Den enskilda konsumenten har normalt små möjligheter att göra bedömningar om vilken typ av placering som är mest lämplig. ...«

2.7. Den 13. juni 2001 blev Regeringens proposition 2000/01:135 Handlingsplan för konsumentpolitiken 2001–2005 fremlagt. Heraf fremgik det bl.a., at den svenske regering opstillede en række mål, der skulle være styrende for den svenske holdning og det svenske arbejde såvel nationalt som internationalt. Der var tale om *inflytandemålet*, der tager sigte på at give forbrugerne øget indflydelse, *hushållningsmålet*, der skal øge husholdningernes muligheder for at udnytte de økonomiske og andre ressourcer, *säkerhetsmålet*, der sigter til foranstaltninger, der beskytter sundhed og sikkerhed, *miljöformålet* - der taler for sig selv - samt *kundskapsmålet*, hvorefter forbrugere skal have adgang til vejledning, information og uddannelse.

3. I maj 2002 afgav Anders Eriksson betænkningen "Konsumentskydd vid finansiell rådgivning", *SOU 2002:41*.

3.1. Lovforslaget er overskueligt, så vi gengiver det in extenso:

Förslag till

Lag om finansiell rådgivning till konsumenter

⁷⁾ Direktivet er optrykt i *SOU 2002:41* s. 193 ff.

Häri genom föreskrivs följande.

1 § Denna lag gäller finansiell rådgivning som näringsidkare tillhandahåller konsumenter i fall då rådgivningen avser råd om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i sådana livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer.

Bestämmelserna i denna lag gäller även om den rådgivning som avses i första stycket ingår som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster.

2 § I denna lag avses med

konsument: en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet,

näringsidkare: en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten.

3 § Bestämmelserna i denna lag får inte frångås till nackdel för en konsument som erhåller finansiell rådgivning som avses i 1 §.

4 § Näringsidkaren skall

- 1. se till att den som utför rådgivningen har erforderlig kompetens, och*
- 2. dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället.*

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela närmare föreskrifter om vad näringsidkaren skall iaktta enligt första stycket.

5 § Näringsidkaren skall i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivningssed och skall med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen. Näringsidkaren skall vidare anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt rekommendera lösningar som även i övrigt är lämpliga för konsumenten.

Näringsidkaren skall avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten eller som kan anses olämpliga med hänsyn till konsumentens ekonomiska förhållanden eller andre omständigheter.

6 § Näringsidkare som genom finansiella rådgivning uppsåtligt eller av oakt-samhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan.

Skada som avses i första stycket ersätts endast om den är av någon betydelse.

7 § Om konsumenten vill åberopa att finansiell rådgivning har orsakat honom eller henne ren förmögenhetsskada, skall konsumenten underrätta näringsidkaren om detta inom skälig tid efter det att han eller hon märkt eller bort märka att skada har uppkommit.

Talen om ersättning måste i varje fall väckas inom tio år från rådgivningstilfället.

Om konsumenten underlåter at underrätta näringsidkaren inom den tid som följer av första stycket eller att väcka talan inom den tid som följer av andre stycket, faller rätten til skadestånd enligt denna lag bort.

8 § Konsumentverket utöver tillsyn över at denna lag och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen följs. Verkets tillsyn omfattar dock inte verksamhet som står under tillsyn av Finansinspektionen.

För tillsynen har Konsumentverket rätt att företa inspektion hos näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning som avses i 1 § och att ta del av samtliga handlingar som behövs för tillsynen. Näringsidkaren skall lämna de upplysningar om verksamheten som begärs för tillsynen.

Om näringsidkaren inte tillhandehåller handlingar eller lämnar upplysningar i fall som avses i andre stycket, får Konsumentverket förelägge näringsidkaren vid vite att fullgöra sin skyldighet.

9 § Konsumentverket får vid vite förelägga näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning som avses i 1 § att upphöra med det om verksamheten inte uppfyller de krav som ställs i denna lag och i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen.

Om det er tillräckligt får Konsumentverket i stället meddela varning.

10 § Konsumentverkets beslut enligt 8 § tredje stycket og 9 § får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Den velskrevne og overskuelige udredning er i øvrigt bygget således op, at den indledes s. 9 med sammenfatning og ovennævnte forslag til regulering, hvorefter Del I (s. 27 ff) omhandler finansiell rådgivning, som forholdene er i dag, herunder

med eksemplifikation fra *Allmänna reklamationsnämnden* og en oversigt over lovgivningen for andre tjenesteydere. Der er et kort afsnit om andre lande, herunder Danmark, s. 83 ff. Det internationale udblik er ikke viet megen interesse. Herefter kommer den centrale Del II (s. 93 ff), der indeholder udredningsmandens overvejelser. Her behandles behovet for lovgivning, begrebet finansiell rådgivning, den erhvervsdrivendes pligter, erstatningsspørgsmål, samt tilsyn og tvistløsning.

3.2. Udredningsmanden giver en række grunde til forslaget, hvor vi særligt fremhæver følgende:

Der findes i dag ingen lovgivning, som tager sigte på finansielle rådgiveres forpligtelser og ansvar. I Sverige har der dog gennem praksis udviklet sig et erstatningsansvar vedrørende rådgivning, og herigennem kan der udledes et ansvar også for finansielle rådgivere. Dette ansvar er - som i Danmark - et culpaansvar, men de nærmere grænser for dette ansvar er dog efter udreders mening ikke særligt tydelige.

Udredningen tiltræder s. 93 f direktivets udgangspunkt, hvorefter bankers og andre finansielle institutioners virksomhed er forandret. Virksomhederne håndterer i dag en række forskellige typer af finansielle tjenester - herunder med forskellig risikoprofil - og de ansatte er i større og større udstrækning kommet til at fungere som rådgivere og forhandlere. Udredningen peger s. 99 ff på, at der i dag ikke findes en legal definition af begrebet finansiell rådgivning. Den normale forståelse er virksomhed, som beskæftiger sig med give forslag om hensigtsmæssige handlemuligheder i en vis sammenhæng. Rådgiveren forudsættes - i det mindste i professionel virksomhed - at besidde en speciel kompetence og forventes med baggrund i denne kompetence at vejlede forbrugeren om, hvordan denne i en given situation bør handle. Rådgivning har endvidere et individuelt præg og sigter mod at kunne give anbefalinger og anvisne alternativer som er udformede efter forbrugers individuelle behov og ønsker.⁸

Udrederen finder det vanskeligt at definere, hvad der adskiller finansiell rådgivning i forhold til anden rådgivning. Den virksomhed, som drives i de finansielle institutioner er efter hans opfattelse alt for forskelligartet til at kunne udgøre en egnet afgrænsning. og (s. 100 f) anvendelsesområdet for reguleringen bør derfor tage udgangspunkt i

⁸⁾ Smh. i dansk ret Lennart Lyngé Andersen og Peter Møgelvang-Hansen: Finansiell rådgivning (1997) s. 12 f.

»De intressen som framstår som skyddsvärda från konsumentsynpunkt. Med denna utgångspunkt bör tillämpningsområdet begränsas till att omfatta sådan finansiell rådgivning som rör finansiell verksamhet som innebär en beaktansvärd risk för att konsumenten, helt eller delvis, förlorar insatt kapital eller sätter sig i skuld. Den typ av rådgivning, som främst kommer i fråga är s.k. placeringsrådgivning. Härmed avses rådgivning med avseende på konsumentens placeringar i olika finansiella instrument. Konsumenternas övergripande syfte med sådana placeringar torda vara tillväxt av det egna insatta kapitalet.«

I lyset heraf fremhæver udredningen, at der ved placeringsrådgivning er en række muligheder for forbrugeren, medens andre finansielle ydelser - eksempelvis almindelig bankkonti og tingsforsikringer - dels indeholder begrænsede alternativer og mindre risici end investeringssiden.

Et af de mest centrale spørgsmål i overvejelserne om regulering af rådgivningsområdet er *det der ligner*. Udrederen er s. 106 ff fuldt opmærksom på, at rådgivning i ordets udgangspunkt, d.v.s. en rådgivningssituation, hvor forbrugeren alene modtager rådgivning som en selvstændig ydelse, sjældent forekommer. Den såkaldte rådgivning indgår i forbindelse med markedsføring af virksomhedens produkter eller indgår som led i en salgssituation. Skal lovgivning have effekt, bør loven også være anvendelig i disse situationer. En almen lovprisning af et produkt, f. eks. i en reklame, er ikke at anse som rådgivning i følge lovforslaget. Det samme gælder anbefalinger og anprisninger, der henvender sig mod en vid, ubestemt kreds af personer, f.eks. i mediernes. Rene ekspeditioner, d.v.s. situationer, hvor forbrugeren alene efterspørger en vis finansiell tjeneste og hvor virksomheden alene udfører denne tjeneste, er heller ikke en rådgivningssituation.

Trods de nævnte overvejelser om afgrænsningen, peges der s. 105 på, at der findes anden finansiell rådgivning, som kan anses for lige så vigtig ud fra et beskyttelsessynspunkt. Loven bør i sådanne tilfælde kunne anvendes analogt, men den nærmere afgrænsning bør overlades til retspraksis.

Loven foreslås at gælde for alle erhvervsdrivende, der udøver rådgivning som omfattet af loven. Den er således ikke begrænset til at angå banker og andre finansielle institutioner, selv om en stor del af den rådgivning, som vedrører forbrugernes i denne type virksomheder.

Udredningsmanden foreslår s. 118 f, at virksomheder, der udøver finansiell rådgivning skal påse, at personalet har den fornødne kompetence, idet »Det är svårt att göra generella uttalanden kring rådgivarnas kompetens. Det intryck jag har fått under utredningsarbetet är dock att kompetensen hos rådgivarna varierar. Som

rådgivere arbetar bl.a. såväl välutbildade tjänstemän med mångårig erfarenhet som tillfälligt anställda telefonförsäljare med ett par veckors utbildning.« Der peges på, at der fra 2001 er taget et initiativ med henblik på at højne kompetencen hos de ansatte, der beskæftiger sig med fondshandel og investeringsrådgivning, men denne selvregulering skønnes ikke tilstrækkelig.

Det foreslås endvidere, at virksomheden skal kunne dokumentere, hvad der er foregået under rådgivningen. Dokumentation bør være sådan, at den giver et retvisende billede af de grunde, der i den konkrete sag har ført til rådgivers råd. Loven skal ikke angive de nærmere krav til dokumentationens udformning og indhold, idet dette overlades til tilsynsmyndighederne.

En finansiel rådgiver skal iagttage god rådgivningsskik og med omsorg varetage kundens interesser. Rådgiveren har efter forslaget pligt til at fraråde forbrugeren fra at foretage sådanne handlinger, som ikke kan anses for at være til rimelig nytte for forbrugeren eller som ellers er uegnede, jf. s. 127 f.

Udrederen foreslår s. 131 ff, at retten til erstatning for tab, som opstår som følge af fejlagtig finansiel rådgivning, bliver kodificeret. Man sigter her til uforvarlig rådgivning, d.v.s. overtrædelse af de handlenormer, der gælder efter loven, god skik og sædvane, men det er ikke forslaget, at der skal indføres et vidtgående ansvar for "dårlige" råd. Det forhold at forbrugere taber penge på grund af, at aktiekurser falder, eller at renteniveauet ændres, anses i almindelighed ikke som uforvarlig rådgivning (se herom ndf. under 4). Erstatningsansvaret skal ikke kompensere forbrugere for op- og nedture på de finansielle markeder. Samtidig er det klart, at lovens erstatningsregel ikke kan stå alene, idet den dels suppleres af situationer, hvor virksomheden har afgivet en egentlig garanti for resultatet, dels af almindelige erstatningsretlige regler.

4. Perspektiverne for Danmark

Udredningsmanden udtaler s. 96, efter at have konstateret, at EU ikke har beskæftiget⁹⁾ sig med emnet, bl.a. følgende:

⁹⁾ Denne forudsætning er bristet efter Kommissionens fremsættelse den 12. september 2002 af et nyt konsumentkreditdirektiv, der dels skal afløse de bestående direktiver, dels skal omfatte flere emner, herunder i et vist omfang rådgivningen i forbindelse med indgåelse af kreditaftaler.

»Bland våra nordiska grannländer varierar förekomsten av reglering och planerade åtgärder. Någon gemensam nordisk syn på frågan om reglering av finansiell rådgivning har inte framkommit.

Mot denna bakgrund bör frågan om ett förstärkt konsumentskydd avseende finansiell rådgivning bedömas utifrån de behov och förutsättningar som finns i Sverige. De regelverk som finns i andra länder kan dock tjäna som inspirationskällor.«

Det er udredningens klare konklusion, at der er behov for at beskytte kunderne (forbrugerne) gennem en lovgivning, der præciserer kravene til den professionelle rådgiver og dennes ansvar. Det nærmere forslag bygger både på en civilretlig og en offentligretlig regulering.

Denne konklusion gælder også for Danmarks vedkommende, idet det er slående, at de fleste af udredningsmandens synspunkter også har gyldighed for forholdene her, og disse synspunkter har da også været gjort gældende i den danske debat. Allerede derfor kan udredningen også anvendes i de fortsatte danske overvejelser, og man får endnu en gang bekræftet, at der knytter sig spørgsmål til denne blanding af gode råd/salg og markedsføring. Samtidig kan man notere sig, at man i Sverige har lært af den danske debat om godtgørelse for ikke-økonomiske tab, der desværre har virket lammende på danske initiativer. Den omtales, men kun som led i orienteringer om andre lande.¹⁰

Den største betænkelighed ved det svenske forslag går på forslagets begrænsede anvendelsesområde. Det kan måske forklares med, at de negative svenske erfaringer netop gælder investeringsområdet, men i betragtning af at udredningen flere steder pointerer udviklingen i de finansielle institutioner, er der ikke grund til at blive stående herved. En lovgivning bør omfatte enhver finansiell rådgivning (og det der ligner), der ikke har karakter af (ren) ekspedition¹¹, eller hvor det i øvrigt ligger klart, at kunden ikke forventer eller har behov for rådgivning.

Set med danske briller er det overraskende, at der ikke foreslås regler, der tager sigte på, at en rådgiver (navnlig den der ligner!) skal deklarere sine interesser i den

¹⁰⁾ Se herved også *Lennart Lyng Andersen* i U 1999 B s. 290 ff.

¹¹⁾ Grænserne mellem ekspeditioner og rådgivning i pengeinstitutter er ofte flydende. Valutaveksling, indlånskontitransaktioner vil oftest ikke høre under det vide rådgivningsbegreb, men det er selvsagt ikke ensbetydende med, at tab (f. eks. gebyr) ikke kan kræves erstattet efter almindelige regler. Det gælder f. eks. den kunde, der tydeligt har bedt om »Euro til min rejse til London.«

ydelse eller i det produkt, der rådgives om. Dette har som bekendt været et kernepunkt i den danske debat.¹²

Det bliver også interessant at følge, hvad der nærmere kommer til at ligge i kravet i 5 §, 2. stk., om pligten til at fraråde. Man har som nævnt allerede krav om kreditprøvelse og omsorg for forbrugers interesser i såvel bankkrørelseslagen som i konsumentkreditlagen, men trods forarbejderne til disse bestemmelser er det ikke vort indtryk, at disse bestemmelser har haft særlig gennemslagskraft. I en Højesteretsdom i *NJA 1996 s. 3* udtaler retten, at selv om en bank har forsømt sine forpligtelser i spørgsmålet om kreditvurdering, kan dette kun i undtagelsestilfælde medføre, at låntager fritages for sin pligt til at betale, og at en sådan lempelse i bekræftende fald skal have hjemmel i aftalelovens § 36.¹³

Det påhviler efter forslaget en forbruger at reklamere til den finansielle virksomhed inden rimelig tid fra det tidspunkt, hvor forbrugeren opdager eller burde have opdaget, at der er lidt et tab. Forbrugeren kan altså ikke forholde sig passiv, hvad der må antages at gælde allerede i dag. For at retten til erstatning ikke skal mistes, må forbrugeren også anlægge sag mod virksomheden inden for 10 år fra det tidspunkt, hvor rådgivningen har fundet sted. I hvert fald 10-års reglen, der jo har karakter af en forældelsesregel, er næppe særlig operationel, eftersom dårlig rådgivning på det finansielle område normalt vil vise sig (forholdsvis) hurtigt efter, at rådgivningen har fundet sted.

Til gengæld er der god grund til at støtte en række af enkelthederne, herunder navnlig forslaget i 4 § om krav til kompetence hos den, der rådgiver, samt - som noget helt centralt - kravet om, at rådgiver kan dokumentere, hvad der er foregået under rådgivningen. I alt for mange sager - navnlig for Pengeinstitutankenævnet - har det stået påstand mod påstand, hvad der er blevet sagt (eller: hvad der ikke er blevet sagt). Pengeinstitutternes forklaring er som regel, at kunden har fået en full Monty, medens kunderne enten forklarer, at det har de aldrig fået at vide, eller - i ikke så få sager - at de har præciseret de og de forudsætninger. Resultatet bliver så i mange tilfælde, at en klage afvises, da en stillingtagen til spørgsmålet vil kræve en egentlig bevisførelse.

¹²⁾ Smh. §§ 7, 16, stk. 2, og 23 i lov om omsætning af fast ejendom, § 7 i Forbrugerombudsmandens retningslinier om etik i pengeinstitutternes rådgivning samt *Lennart Lyngge Andersen* i U 2000 B s. 292.

¹³⁾ Se fra dansk ret *U 2000.577 H* og *U 2002.65 H*.

Vi vælger i denne sammenhæng at tro på pengeinstitutterne, men spørger så: Hvorfor er man så afvisende over for tilsvarende krav i Danmark? De sædvanlige forklaringer ("det koster penge og tid", "det bruger man ikke i Jylland" eller "kunderne læser det alligevel ikke") er ikke acceptable. Det ville spare mange processer (og gennemsigtheds- og dokumentationskravet er derfor et vigtigt led i en moderne kreditret), og det kan ikke antages at skabe flere utilfredse kunder. - Tværtimod.

Men hvis der skal indføres sådanne regler, skal det ikke være endnu et halvhjertet forsøg, hvor der opstilles for vagt formulerede krav, som ikke bidrager til gennemsigtheden.

På prisområdet er det således, at pengeinstitutterne skal skilte med deres priser. Nogle pengeinstitutter mener dog ikke, at de har pligt til at offentliggøre priserne andre steder end i en ramme på væggen i filialen. Og priserne, der skiltes med, kan være et interval fra 3 % til 23 %, uden at reglerne bliver overtrådt af den grund. Herudover hersker der ganske stor forvirring med hensyn til oplysning om *de årlige omkostninger i procent*, navnlig da der på området uden for Forbrugerstyrelsens standardeksempler anvendes vidt forskellige forudsætninger for beregningen. Man ser nu yderligere indført et begreb som "årlige omkostninger i procent efter skat", der kun er egnet til at skabe urigtige oplysninger og uigennemsigthed.¹⁴ Hvis der skal være gennemsigthed om priserne, bør pengeinstitutterne have pligt til at offentliggøre de priser, som mindst 90 % af kunderne kan opnå, og samtidig bør forudsætningerne for beregning af de årlige omkostninger i procent yderligere standardiseres.

Det samme gælder dokumentationskravene for rådgivning. På samme måde som de krav, der nu er vedtaget på privatkautionsområdet¹⁵, bør der udarbejdes vejledende standarder for, hvilke spørgsmål der skal være behandlet som led i rådgivningen på de mest gængse områder. Ved investering kan der eksempelvis være kundens alder, investeringshorisont, risikovillighed, investeringens karakter (pension, boligformål, spekulation o.s.v.). Herved undgås, at kunderne får udleveret mere og mere papir,

¹⁴) Blot som eksempel kan nævnes, at renteskatteprocenten for en skatteyder, der er medlem af folkekirken i Københavns Kommune med positiv kapitalindkomst, er følgende: Kommuneskat 32,3%, kirkeskat 0,8%, bundskat 5,5%, mellemskat 6%, topskat 15,0%, i alt 59,6%. Renteskatteprocent for en skatteyder i Holmsland Kommune, der ikke er medlem af folkekirken og som har negativ kapitalindkomst: Kommuneskat 17,0, Amtskat 12,0, i alt 29%.

¹⁵) Ved lov nr. 428 af 6. juni 2002 om ændring af lov om finansiel virksomhed og lov om banker og sparekasser m.v. er der i et vist omfang sket en regulering af privat kaution for banklån.

som "de alligevel ikke læser", fordi informationerne ikke bidrager til at gøre spørgsmålene mere overskuelige. Målet på forbrugerbeskyttelsen må være (mere) fairness og (meget mere) gennemsigtighed.

Som nævnt under 3 in fine er det ikke meningen, at der skal indføres et vidtgående ansvar for "dårlige" råd. Det er i almindelighed kundernes risiko, at aktiekurser falder, eller at renteniveauet ændres. Anderledes kan det ikke være. Et langt mere principielt problem er det, at de gældende regler om omsorgs- og frarådningspligt i hvert fald i Danmark (men formentlig heller ikke i Sverige) ikke af pengeinstitutterne har været forstået som værende til hinder for, at pengeinstitutterne kunne sælge eksempelvis it-aktier til ældre eller sælge lange papirer til pensionskonti, hvor kontohaver er nær pensionsalderen. Og på tilsvarende måde: hvor er behovet for at anerkende, at en bank sælger en livrente til en person på 83 år?

I Pengeinstitutankenævnets sag nr. 202/2000 (afgørelse af 6. november 2000), investerede en 83-årig kunde, der havde solgt sin landbrugsejendom, sine frie midler (1,2 mio. kr.) på grundlag af bankens salgsbestræbelser. Han placerede 950.000 kr. i den investeringsforening, der bærer bankens navn (heraf 285.000 kr. i en aktiebaseret afdeling), medens han tegnede en livsvarig livrente med et engangsindskud på 250.000 kr. i et selskab, der er koncernforbundet med banken. Manden døde 6 uger efter. Manden efterlod ikke livsarvinger, men havde indsat anden familie i et testamente fra 1995.

Det var oplyst under behandlingen af sagen, at vedkommende bank normalt ikke anbefaler livrenter til kunder, der er fyldt 80 år. Det fremgik også af sagen, at en 83-årig mand har en middellevetid på 5,47 år. 3 medlemmer af Pengeinstitutankenævnet afviste en klage fra dødsboet, da man ikke fandt det sandsynliggjort, at kunden ikke vidste, hvilke retsvirkninger der var forbundet med oprettelsen af livrenten. 2 medlemmer ville tage klagen til følge, da den tegnede livrente kun ville være fordelagtig, hvis han overlevede sin statistiske restlevetid, og da det under disse omstændigheder måtte påhvile banken at dokumentere, at den 83-årige kunde forud for tegningen udførligt var blevet vejledt om de risici, der ville være forbundet med tegningen af en livrente.

Der er en række sager i Pengeinstitutankenævnet, der illustrerer det tema, vi nævner ovenfor, og som også viser, at de sager, der af og til optager mediernes, ikke kun er enlige svaler. Vi nævner til illustration blot følgende afgørelser af nyere dato:

Pengeinstitutankenævnets sag nr. 95/1995 af 22. januar 1996 hvor pengeinstituttet oplyste: »... Det kan imidlertid ikke anses for usædvanligt eller letsindigt at vælge køb af en 30-årig obligationstype i forbindelse med en forholdsvis kort investeringshorisont...« Hertil bemærkede Ankenævnet:

»... Indklagedes medarbejdere var på mødet bekendt med, at klagerens kapitalpensionskonto skulle frigives ved hans 64. år i juli 1995. De måtte derfor anse det for en nærliggende mulighed, at en eventuel obligationsbeholdning skulle realiseres på dette tidspunkt. Det må lægges til grund, at medarbejderne på trods heraf ikke drøftede investeringens tidshorisont med klageren. Ankenævnet finder, at indklagedes medarbejdere under disse omstændigheder ikke har ydet en faglig korrekt rådgivning ved at anbefale klageren at investere i lange, lavt forrentede obligationer, og at indklagede derfor er erstatningsansvarlig over for klageren...«

Pengeinstitutankenævnets sag nr. 209/1997 af 28. november 1997, hvor Ankenævnet bemærkede: »Det lægges til grund, at klageren - i forbindelse med, at han i 1994 blev førtidspensioneret - drøftede en eventuel ophævelse af kapitalpensionsordningen med indklagede. Ankenævnet finder, at indklagede ved den pågældende lejlighed burde have orienteret klageren om risikoen for, at hans førtidspension ville blive reduceret, såfremt han besluttede sig for at ophæve sin kapitalpensionsordning uden samtidig at etablere en ny ordning, og at indklagede ikke gav klageren denne orientering ...«

I Pengeinstitutankenævnets sag nr. 266/1997 af 12. december 1997 udtalte Pengeinstitutankenævnet: »Ankenævnet finder, at indklagede, der var bekendt med, at klageren modtog førtidspension, burde have været opmærksom på, at klageren ikke fuldt ud kunne udnytte fradragsretten ved et indskud på 32.000 kr. på en kapitalpensionskonto i 1996...«

I Pengeinstitutankenævnets sag nr. 142/1998 af 9. november 1998 udtalte et flertal i Ankenævnet, at defandt, »at den pågældende medarbejder, såfremt han ikke vidste, at klageren modtog offentlig førtidspension (invaliddepension), i hvert fald måtte anse dette for en nærliggende mulighed, og at medarbejderen derfor burde have skaffet sig nærmere oplysninger herom og på dette grundlag burde have rådgivet klageren om de afgiftsmæssige konsekvenser af, at der blev foretaget indskud på kapitalpensionskontoen. Vi finder derfor, at indklagede er erstatningsansvarlig for det tab, klageren har lidt ved, at han som følge af indskuddet på kapitalpensionskontoen den 21. oktober 1996 skal betale en afgift på 60% i stedet for en afgift på 40% ved den udbetaling af kapitalpensionerne...«

Se også Pengeinstitutankenævnets sag nr. 325/2001 af 25. februar 2002 hvor Ankenævnets flertal bemærkede: »Vi finder det kritisabelt, at indklagede ikke klart fremhævede, at der skete en markant ændring af klagerens pensionsordning, idet den fra at være placeret med 60% af værdien i danske og udenlandske aktier og 40% i danske og udenlandske obligationer fremtidig ville være placeret 100% i danske og udenlandske aktier. Heller ikke under telefonsamtalen den 31. oktober 2000 blev disse forhold uddybet eller fremhævet over for klageren.«

I forbindelse med opsætningen af Julebog 2002 er der desværre opstået en række meningsforstyrrende fejl i Andreas Tamasauskas' artikel fra side 183 til side 224.

Den korrekte version af artiklen kan ses på <http://www.cbs.dk/departments/law/staff/at/at.htm/securitisation.pdf> eller fås ved henvendelse til Juridisk Institut på tlf. 3815 2626.

Artiklen vil desuden blive optaget i den serie, som Kreditretsprojektet 2002-2004 løbende udgiver.

Venlig hilsen

Juridisk Institut

Securitisation

et dansk perspektiv en oversigt

af

Andreas Tamasauskas

1. Indledning

I takt med den øgede integration af kapitalmarkederne er der igennem de senere år opstået en række "nye" finansieringsformer i såvel Europa som i Danmark. Fælles for disse finansieringsformer er, at de alle i mere eller mindre udstrakt grad er opstået i USA, og herefter er søgt overført til de europæiske kapitalmarkeder, som oftest med England som mellemstation. En af disse former er den såkaldte *securitisation*, hvorved der helt overordnet forstås en proces, hvor en række forholdsvis illikvide aktiver omsættes til en portefølje af gældsinstrumenter, være sig obligationer, commercial papers etc., der efterfølgende afhændes, jf. herom senere¹.

Det er imidlertid kendetegnende for såvel *securitisation* som visse andre amerikansk inspirerede finansieringsformer, at disse ikke altid kan anvendes uden problemer på det europæiske kapitalmarked. Ganske vist vil virksomhedernes finansieringsbehov og investorernes præferencer ofte være ens eller dog sammenlignelige, men

¹⁾ For en generel dansksproget introduktion til *securitisation* kan henvises til følgende litteratur: Rasmus Kristian Feldthusen: *Trusts* (2002), s. 346 ff., Peter Wendt: *Den finansielle sektor* (12.udg.2002), s. 128 ff., Lennart Lyng Andersen & Erik Werlauff: *Kreditretten* (3.udg.2000), s. 241 ff., Cato Baldvinsson, Flemming Brokhattingen, Kim Busck-Nielsen & Flemming Nytoft Rasmussen: *Dansk Bankvæsen* (4.udg.2000), s.169, Flemming Brokhattingen, Torben Bender & Jesper Olsen: *Securitisation og restrukturerings, Revision & Regnskabsvæsen* 1997, nr. 3, s. 18 ff., Peter Nyegaard, Christian Hyldahl & Ole Simonsen: *Danske CMO'er, Revision & Regnskabsvæsen* 1996, nr. 2, s. 40 ff., Peter Wendt: *Den finansielle sektor* (12.udg.2002), s. 128 ff., Christian Herskind: *Securitisation, Revision & Regnskabsvæsen* 1993, nr. 2, s. 39 ff., Peter Nyegaard, Christian Hyldahl & Ole Simonsen: *Danske CMO'er, Revision & Regnskabsvæsen* 1996, nr. 2, s. 40 ff., Flemming Brokhattingen, Torben Bender & Jesper Olsen: *Securitisation og restrukturerings, Revision & Regnskabsvæsen* 1997, nr. 3, s. 18 ff.

væsentlige forskelle i de forskellige landes retssystemer og juridiske traditioner bevirker, at en kritikløs kopiering af amerikansk eller endog engelsk securitisation dokumentation kan give anledning til betydelige problemer². Et forhold, som fortalerne for de forskellige nye finansieringsformer ikke altid synes lige opmærksom på. Nærværende artikel har i den forbindelse til formål for det første at redegøre for det nærmere indhold af securitisation, herunder hvorledes transaktionen hyppigt struktureres i udlandet, for det andet at pege på nogle af de problemer, der bør overvejes, såfremt en dansk virksomhed ønsker at benytte sig af securitisation teknikken i dens finansiering, samt endelig at give et mere samlet overblik over dette område end det hidtidig er sket, omend den begrænsede plads naturligvis ikke tillader en dybdegående analyse på alle områder. I overensstemmelse med dette skal jeg derfor alene henholde mig til de kreditretlige, herunder de tingsretlige aspekter af securitisation, hvorfor de selskabsretlige, skattemæssige og regnskabsmæssige aspekter må udelades.

Artiklen er struktureret således, at afsnit 2 indeholder en kort gennemgang af selve begrebet securitisation, formålet hermed samt den hidtidige udvikling i begrebet. Afsnit 3 fortsætter herefter med en gennemgang af den overordnede struktur i en typisk securitisation transaktion. samt forløbet af selve securitisation processen. Afsnit 4 indeholder med udgangspunkt i det foregående en oversigt over visse juridiske aspekter i henhold til dansk ret, mens konklusionen findes i afsnit 5. tager herefter med udgangspunkt i afsnit 3 fat om de juridiske problemområder, der gør sig gældende i forhold til en dansk securitisation. Endelig findes der en konklusion i afsnit 5.

2. Securitisation

a. Definition

Som det ofte er tilfældet med begreber, der er opstået i den finansielle sektor, er det ikke umiddelbart muligt at definere begrebet securitisation entydigt. I realiteten dækker begrebet således over to forskellige forhold: For det første forstås der ved securitisation det forhold, at kredittagerne i stigende omfang går udenom omgår det traditionelle banksystem ved at dække deres finansieringsbehov gennem direkte lånoptagelse på kapitalmarkederne. Dette sker hyppigt i form af udstedelse af eurobonds, medium term notes samt eksempelvis commercial papers - for blot at nævne nogle få muligheder. Denne udvikling, der oprindeligt startede i USA i midten af 1980'erne, kunne tilskrives det forhold, at de kommercielle bankkreditter med tiden var blevet stadig dyrere. Kredittagere med en førsteklasses rating søgte

²⁾ Jf. således Lennart Lynge Andersen & Erik Werlauff: Kreditretten (3.udg.2000) s. 243, hvor dette problem påpeges.

derfor at fremskaffe billigere finansiering ved at henvende sig direkte til kapitalmarkedet, hvilket i udstrakt grad lykkedes. Investorerne var således mere end villige til at investere i sådanne gældsinstrumenter, der var forholdsvis sikre og gav et større afkast end almindelige aftaleindlån i de amerikanske banker. Denne udvikling er efterfølgende blevet forstærket af det forhold, at de kommercielle banker i USA i stigende grad har fået mulighed for - og i øvrigt set sig nødsaget til - at involvere sig i sådanne transaktioner. Amerikanske banker har således tildels kompenseret for nedgangen i kommercielle kreditter ved i stigende grad at garantere eller på anden måde facilitere sådanne emissioner af gældsinstrumenter. En udvikling, som er blevet mulig efter ophævelsen af det langvarige amerikanske forbud mod, at kommercielle banker kan garantere værdipapiremissioner eller på anden måde udføre investment bank -opgaver og omvendt.

En anden faktor, som yderligere har haft indflydelse på ikke bare den amerikanske udvikling hen imod mere udbredt brug af securitisation - i ovenstående forstand - er det forhold, at kapitalmarkederne er blevet liberaliseret gennem de seneste årtier, således, at de ikke alene er blevet mere tilgængelige for nationale kredittagere og investorer, men tillige for udenlandske aktører. Dette har i sig selv ført til, at omkostningerne ved at hente likviditet på disse markeder er faldet betydeligt, og dermed ligeledes har medført, at marginerne på bankernes kommercielle kreditter er faldet yderligere. Denne udvikling har så igen ført til, at bankerne selv er begyndt at gøre brug af securitisation, idet man forsøger at omdanne forholdsvis illikvide aktiver, såsom almindelige erhvervslån, til likvide aktiver ved efterfølgende at sælge andele i sådanne lån eller låneporteføljer på det sekundære marked til andre banker og forskellige finansielle institutioner. Denne udvikling er udtryk for det, der forstås ved securitisation i snæver forstand, nemlig det forhold, at en virksomhed transformerer mindre likvide eller ligefrem illikvide aktiver til likvide aktiver ved at omdanne fordringer fra et givet kontraktsforhold til likvider - enten ved direkte at sælge fordringerne på markedet eller ved at overdrage disse til et særligt, til formålet oprettet selskab, der herefter finansierer købet af disse gennem udstedelse af diverse gældsinstrumenter med sikkerhed i de købte fordringer. De herved udstedte gældsinstrumenter betegnes *Asset Backed Securities (ABS)*, der er et overbegreb til en lang række forskellige former for aktiver, der kan anvendes i transaktionen. I takt med den løbende udvikling af konceptet har visse grupper af aktiver vist sig at være mere velegnede til brug for denne transaktion end andre, således, at man - alt afhængig af det underliggende anvendte aktiv - taler om eksempelvis *Mortgage Backed Securities (MBS)* og *Collateralized Debt Obligations (CDO)*, jf. herom senere³⁾. Uanset, hvilket aktiv der anvendes i processen, er forholdet det, at

³⁾ Det skal allerede her anføres, at MBS'er og CDO'er ikke alene baserer sig på to forskellige former for underliggende aktiver, men tillige adskiller sig via den teknik, der anvendes i transaktionen. Således findes der eksempelvis ligeledes *Collateralized Mortgage Obligations (CMO)*, der er en undergruppe til MBS'erne. Når CDO'erne alligevel er medtaget som en

sælgeren af fordringerne, dvs. den konkrete virksomhed – kaldet *Originator* - modtager et kontant vederlag fra det køvende selskab, der normalt er et *Special Purpose Vehicle (SPV)*. Dette selskab finansierer herefter købesummen ved at optage et kapitalmarkedslån, således, at renter og afdrag på dette lån kan betales af det cash flow, som det underliggende aktiv genererer, være sig i form af afdrag på kreditkorttilgodehavende, leasingydelse eller afdrag fra en pantebrevsportefølje etc.

Det er denne sidstnævnte form for securitisation, der vil være genstand for nærværende artikel, omend forskellen til securitisation i bred forstand mere er et spørgsmål om strukturering af den konkrete transaktion end en realitetsforskel.

2.2. Formål

For den enkelte virksomhed kan der være flere fordele forbundet med at tilvejebringe likviditet via en securitisation i forhold til andre finansieringsformer: Nogle af fordele er af reel karakter, mens andre synes at være af mere luftig karakter. Der peges i den forbindelse hyppigt på tre forskellige grupper af fordele, der knytter sig til securitisation⁴ Uagtet, at en del af grupperne er overlappende med hinanden, kan fordelene normalt sammenfattes i følgende grupper:

- a) finansielle fordele
- b) regnskabsmæssige fordele
- c) regulatoriske fordele

Med hensyn til de finansielle fordele anføres det tit, at virksomheden kan tilvejebringe kapital til lavere omkostninger, såfremt der udskilles en gruppe af forholdsvis homogene aktiver - eksempelvis en portefølje af kundetilgodehavender - der præsumativt har en større bonitet end virksomheden som helhed. Rationalet er her, at kapitalmarkedet er villig til at belåne disse aktiver til lavere omkostninger end virksomheden generelt, grundet denne højere bonitet. Rationalet kan ikke umiddelbart afvises, men argumentet synes i bedste fald at være partielt. Forholdet er jo således det, at virksomhedens øvrige kreditværdighed må antages at falde tilsvarende, såfremt virksomheden på denne måde udskiller en gruppe af sine mest

selvstændig gruppe skyldes dette omfanget af CDO-transaktionerne. Se i den forbindelse Ann-Kristin Achleitner: Handbuch Investment Banking (2.udg.2002), s. 422 for denne opdeling.

⁴⁾ Jf. til eksempel Ann-Kristin Achleitner: Handbuch Investment Banking (2.udg.2000), s. 414 ff.

værdifulde aktiver, hvorefter virksomheden er lige vidt⁵. Alternativt må argumentet bero på en antagelse om, at virksomhedens øvrige kreditgivere har undervurderet de pågældende aktivers værdi, og at salget af disse til et SPV, der efterfølgende belåner aktiverne via kapitalmarkedet, medfører en korrekt værdiansættelse. Herved vil man i princippet kunne opleve, at reduktionen i låneomkostninger mere end opvejer faldet i virksomhedens kreditværdighed og dermed de fremtidige forøgede låneomkostninger. I hvilket omfang dette reelt er tilfældet, må naturligvis bero på en række empiriske undersøgelser. Det kan dog ikke umiddelbart antages, at der generelt skulle findes en sådan undervurderingstendens blandt professionelle kreditgivere, især ikke, såfremt den pågældende virksomhed er børsnoteret og dermed løbende er underkastet en værdiansættelse.

En anden – og betydeligt mere håndfast – fordel ved securitisation kan være, at virksomheden herved kan diversificere sine finansieringskilder og dermed mindske afhængigheden af bestemte kreditgivere eller bestemte grupper af kreditgivere. Det kan således i sig selv være en fordel for den enkelte virksomhed, at den ikke udelukkende er afhængig af sin hovedbankforbindelse eller evt. af et flertal af banker, som via diverse *cross default* klausuler i deres individuelle kreditaftaler reelt kommer til at optræde som een kreditgiver. For en række mindre virksomheder kan securitisation i denne forbindelse endda have den fordel, at de herved får adgang til kapitalmarkedet på en anden og muligvis billigere måde end tilfældet havde været, såfremt de skulle emitte egen- eller fremmedkapitalandele på traditionel vis⁶. Det kan i den forbindelse tillige ikke afvises, at virksomhedens securitisation produkt tilfredsstiller særlige investorers præferencer med et deraf følgende fald i låneomkostningerne; præferencer, som ikke i nødvendigvis ville blive tilgodeset ved en almindelig emission af gældsinstrumenter.

Som et tredje forhold kan det anføres, at securitisation ligeledes frembyder en række muligheder for at ændre virksomhedens kapitalstruktur samt forholdet mellem aktiver og passiver. I den forbindelse spiller begrebet *matched funding* en central rolle. Ved *matched funding* forstås det forhold, at virksomheden søger at finansiere sine aktiver via anvendelsen af finansieringsmidler, der har samme varighed som aktiverne. Eksempelvis søges kortvarige udestående fordringer finansieret med

⁵⁾ Det kan ganske vist anføres, at det efterfølgende fald i virksomhedens generelle kreditværdighed er irrelevant, såfremt virksomheden allerede har sikret sig de nødvendige kreditfaciliteter. Det bør imidlertid erindres, at de andre kreditgivere normalt vil have forudset sådanne transaktioner, således, at securitisation enten kræver tilladelse fra de andre kreditgivere, eller at man allerede ex. ante i sin rentefastsættelse har taget højde for et sådant efterfølgende fald i kreditværdigheden.

⁶⁾ Det anføres således ofte, at virksomheder, der i sig selv har en utilstrækkelig kreditrating, via securitisation eksempelvis kan få adgang til det europæiske obligationsmarked eurobondmarkedet, hvor en forholdsvis høj rating normalt er påkrævet.

tilsvarende kortvarige kreditfaciliteter, mens det omvendte gør sig gældende for f. eks. anlægsaktiver. Herved er det muligt for det første at reducere en række finansieringsmæssige risici, der måtte opstå i forbindelse med, at timingen og størrelsen af indgående og udgående rente- og afdragsbetalinger på henholdsvis aktiverne og passiverne ikke nødvendigvis er identiske samt for det andet, at anvendelse af *matched funding* princippet som udgangspunkt skulle dæmpe den forvrængede investeringsadfærd, der måtte opstå som følge af misforholdet mellem aktiverne og passiverne levetid⁷.

Endelig kan det anføres, at securitisation åbner mulighed for, at virksomheden i højere grad end ellers kan handle med risiko og således sælge den del af risikoen - eksempelvis de udestående fordringer - som virksomheden af den ene eller anden grund ikke selv ønsker at beholde. Dette forhold er således baggrunden for fremkomsten af de såkaldte syntetiske ABS'er, hvor virksomheden beholder de pågældende aktiver, men hvor kreditrisikoen søges overført til andre aktører via anvendelsen af diverse finansielle instrumenter⁸. I den forbindelse bør det dog anføres, at dette argument næppe gør sig gældende med fuld styrke i forhold til traditionelle securitisation transaktioner. Her er forholdet nemlig det, at virksomheden ofte direkte eller indirekte beholder hele eller dele af kreditrisikoen.

Hvad angår de regnskabsmæssige fordele ved securitisation er det kendetegnende, at disse enten relaterer sig til de allerede nævnte finansieringsmæssige fordele, her som det bogføringsmæssige modstykke, eller også er udtryk for fordele, der ikke entydigt kommer virksomheden som sådan til gode. Med hensyn til den første gruppe omfatter denne primært fordele, der er forbundet med en optimering af virksomhedens balance. Securitisation gør det således muligt at transformere en række mindre likvide aktiver til egentlig likviditet, der så efterfølgende kan anvendes til at foretage en balancetilpasning med, evt. en balancereduktion, således, at der sker en tilsvarende reduktion af virksomhedens passiver. Der er her tale om den logiske regnskabsmæssige konsekvens af de allerede anførte finansielle fordele. Undertiden ses det dog tillige anført, at anvendelse af securitisation som en form for *off-balance sheet* finansiering kan forbedre en række regnskabsmæssige nøgletal, som oftest i form af egenkapitalens forrentning samt aktivernes afkastningsgrad, og at dette i sig selv er fordelagtigt. Dermed er man inde på den førnævnte anden gruppe af fordele, hvis værdi er mere tvivlsom. I hvilket omfang virksomheden ønsker at finansiere sig via on- eller off-balance-sheet-produkter må naturligvis

⁷⁾ Se i den forbindelse generelt S.C.Myers: *Determinants of corporate borrowing*, *Journal of Financial Economics* (1977) for en introduktion til dette såkaldte underinvesteringsproblem.

⁸⁾ Anvendelsen af sådanne syntetiske ABS'er er antageligvis mest udbredt blandt banker og andre finansielle institutioner, der har en så stor portefølje af udestående fordringer, at denne form for *risk management* i det hele taget er profitabel.

afhænge af en konkret vurdering af de tilbudte lånevilkår, herunder især låneomkostningerne. Det er imidlertid en fejl at tro, at alene det forhold, at man reducerer balancen og dermed evt. forbedrer en række regnskabsmæssige nøgletal, i sig selv fører til en øget markedsværdi. Realiteten er jo således den, at der ikke herved er tilført virksomheden nye fordelagtige investeringsmuligheder, men at der alene er foretaget en gang *window dressing*, som kapitalmarkederne som altovervejende udgangspunkt ikke vil tillægge nogen værdi. Derimod kan en sådan form for finansiering være fordelagtig for virksomhedens ledelse, i det omfang, at dennes aflønning helt eller delvist måtte være afhængig af udviklingen i sådanne nøgletal.

Dog bør det afslutningsvis anføres, at, i det omfang, at en sådan securitisation er udtryk for, at den pågældende virksomhed ønsker at koncentrere sig om sine kernekompetencer ved at afhænde en række udestående fordringer, som man ikke selv ønsker at administrere, kan securitisation være en fordelagtig måde at afhænde sådanne aktiver på. Fordelen ved den gennemførte securitisation kan dog i dette tilfælde ikke tilskrives de rent regnskabsmæssige forhold, men derimod det forhold, at den er udtryk for et strategisk valg, hvis hensigtsmæssighed må vurderes på baggrund af de foreliggende omstændigheder.

Med hensyn til de regulatoriske fordele ved securitisation gør disse sig nok primært gældende for pengeinstitutter og andre finansielle virksomheder, der er underlagt krav om kapitaldækning og solvens. Forholdet er således det, at, mens kravene til kapitaldækning i den danske Bank-og Sparekasselov (BSL) frem til 1991 alene var baseret på egenkapitalens størrelse i forhold til instituttets samlede forpligtelser - hvorefter sammensætningen af aktiverne som udgangspunkt var irrelevant - skiftede dette ved implementering af *Solvensdirektivet*, hvorefter solvensen skulle beregnes i forhold til instituttets aktiver. Mere præcist er kravet i BSL § 21, at pengeinstitutternes ansvarlige kapital, som defineret i BSL § 21a, til stadighed skal udgøre mindst 8% af de vægtede aktiver, herunder poster med markedsrisici. Fremgangsmåden er herefter den, at pengeinstituttets balance- og ikke-balanceførte poster som udgangspunkt deles op i to grupper, nemlig henholdsvis handelsbeholdning og anlægsbeholdningen. Aktiverne i anlægsbeholdningen, der navnlig vil bestå af pengeinstituttets udlån, skal herefter risikovægtes, alt afhængig af, hvilken form for udlån der er tale om. Eksempelvis vil blancoudlån til private og erhvervsdrivende skulle vægtes med vægten 1 og dermed belaste kapitalen fuldtud. Omvendt vil eksempelvis lån til andre pengeinstitutter som udgangspunkt alene skulle vægtes med 0,2, ligesom et lån med fuld pant i fast ejendom skal vægtes med 0,5 i stedet for med 1. Disse krav til kapitaldækning bevirker selvsagt, at pengeinstitutterne til stadighed må overveje, hvorledes deres udlånsmasse er sammensat. Stiger omfanget af især risikomæssigt "tunge" udlån, medfører dette et krav om tilsvarende afvikling af andre udlån eller en forhøjelse af instituttets ansvarlige kapital. Henset til det forhold, at forhøjelse af den ansvarlige kapital efter

omstændighederne kan være forbundet med betydelige omkostninger, vil det være nærliggende for mange institutter i stedet for at se på aktivsiden med henblik på at omstrukturere denne. Det kan i den forbindelse navnlig tænkes, at et pengeinstitut ønsker at afhænde en portefølje af tunge udlån, for dermed at skabe plads for andre og mere profitable udlån. Her kan securitisation tænkes anvendt, idet der hermed åbnes mulighed for at afhænde en hel portefølje af udlån til en præsumativ konkurrencedygtig pris, samtidigt med, at det pågældende institut efter omstændighederne bevarer kontakten til kunden, idet transaktionen ofte vil være struktureret således, at pengeinstituttet fortsat – på vegne af køber, dvs. det til formålet oprettede selskab - modtager rente og afdragsbetalinger fra kunden⁹. Uden at skulle foregribe det senere afsnit 3 kan det allerede nu anføres, at en sådan udlånsportefølje, afhængig af størrelse og geografisk/demografisk diversifikation, tillige kan tænkes at være særlig velegnet som underliggende aktiv i en securitisation, idet de forventede cash flows sædvanligvis er meget stabile og forudsigelige.

Skiftes der nu fokus fra kredittagerne til de andre aktører i processen, kan securitisation ligeledes være fordelagtig for disse: For investorerne, fordi de angiveligt opnår et forholdsvis højt afkast i forhold til risikoen¹⁰ samt fordi de får adgang til at investere i særlige grupper af aktiver, det normalt ikke er muligt at investere i direkte; for investment- bankerne og andre rådgivere, fordi transaktionen er særdeles kompleks med deraf følgende behov for specialiseret – og dermed kostbar – rådgivning.

b. Udviklingen indenfor securitisation

Securitisation har udviklet sig parallelt i USA omkring henholdsvis MBS og ABS, mens man i Europa normalt betragter MBS som værende en delgruppe af ABS, idet teknikken grundlæggende er den samme, og idet den i USA opretholdte differentiering mere skyldes historiske end reale grunde.

Securitisation med pantebreve i fast ejendom som det underliggende aktiv, dvs. MBS, startede i USA i begyndelse af 1970'erne i forbindelse med, at den statslige *Government National Mortgage Association (GNMA)* udstedte sådanne værdipapirer med det formål at skabe et egentligt sekundært marked for handel med pantebreve. Det overordnede formål med denne transaktion, der blev iværksat på vegne af den

⁹⁾ SDenne fortsatte kontakt til kunden og administration af de modtagne midler kan dog give anledning til visse juridiske betænkeligheder, navnlig med hensyn til, om der reelt er sket et salg af aktiverne, jf. således afsnit 4.

¹⁰⁾ Jf. således Ann-Kristin Achleitner: *Handbuch Investment Banking* (2.udg.2000) s. 414. samt Frederick G. Fisher III: *Eurosecurities and their related derivatives* (1997) s. 299.

amerikanske regering, var at udjævne likviditeten mellem de forskellige stater og dermed kompensere for den manglende markedsmæssige likviditetsudjævning, der var en logisk følge af den daværende amerikanske bankretlige regulering¹¹. Selve transaktionen blev gennemført som det, der senere hen kendes som en *mortgage pass through*, dvs. en form for securitisation, hvor det formålsbestemte selskab – her GNMA – opkøber en portefølje af pantebreve og på baggrund af disse emitterer obligationer til at finansiere erhvervelsen, dog således, at betaling af renter og afdrag på obligationerne er garanteret, uanset, om det lykkedes selskabet at opkræve de respektive ydelser fra pantebrevsdebitoren¹²¹³. Disse obligationer er således på grund af GNMA's statslige status så godt som risikofrie¹⁴, da staten antageligvis altid kan betale sin gæld med deraf følgende attraktion for visse grupper af navnlig institutionelle investorer.

Op igennem 1980'erne og 1990'erne er der herefter sket en stadig udvikling, både med hensyn til antallet af aktører og mængden af produkter. Således er det i dag muligt at investere i f.eks. *Commercial Mortgage Backed Securities (CMBS)*, såfremt man som investor udelukkende ønsker at investere i pantebrevsporteføljer med pant i erhvervsjendomme samt eksempelvis *Home Equity Loans Backed Securities (HELBS)*, der, som navnet antyder, er baseret på en portefølje af ejerpantebreve. Her vil hovedreglen være den, at betalingsstrømmen ikke nødvendigvis er garanteret, således, at investorerne ligeledes har en større eller mindre del af kreditrisikoen udover den altid tilstedeværende markedsrisiko. I forlængelse af disse arrangementer er der ligeledes opstået forskellige former for MBS'er, der baserer sig på de samme underliggende aktiver, men hvor der tillige sker en *restructuring* eller en *repackaging* i det formålsbestemte selskab, således, at cash flowet fra de underliggende aktiver inddeles på en anden måde, inden der

¹¹) Denne regulering indeholdt bl.a. bestemmelser om, at amerikanske banker som udgangspunkt kun måtte udøve bankvirksomhed indenfor statens grænser, hvilket afskar banker med likviditetsoverskud fra at rette henvendelse til kredittagere med likviditetsunderskud i andre stater. Reguleringen er efterfølgende ophævet ved *Interstate Banking and Branching Efficiency Act of 1994*.

¹²) Man skelner i den forbindelse mellem flere former for *pass throughs*: 1) *straight pass throughs*, hvor obligationsejeren modtager renter og afdrag, såfremt det er lykkedes selskabet at opkræve disse, 2) *modified pass throughs*, hvor der betales renter, uanset debtors evt. manglende indbetalinger, men hvor der kun betales afdrag, såfremt sådanne er indbetalt til selskabet samt 3) *fully modified pass throughs*, hvor obligationsejeren modtager renter og afdrag, uanset debtors betalingsstatus, dvs. obligationerne er fuldtud garanterede.

¹³) Dvs. frie for kreditrisiko, idet staten selv sagt ikke afdækker markedsrisikoen.

¹⁴) Anvendelsen af begreberne *restructuring* og *repackaging* er ikke altid lige stringent. Helt overordnet er begreberne synonyme for en proces, hvor der sker en omstrukturering af de underliggende aktivers cash flows i forbindelse med emissionen af gældsinstrumenterne. Undertiden anvendes begrebet *restructuring* dog også som betegnelse for en proces, hvor man forsøger at omstrukturere virksomhedens balance, især virksomhedens passiver.

udstedes gældsinstrumenter¹⁵. Formålet med denne proces vil hyppigt være ikke bare at ændre på kreditrisikoen som tilfældet var før, men tillige at ændre på markedsrisikoen i bred forstand, ved eksempelvis at ændre på afdragsmønsteret. Eksempelvis er det kendt, at realkreditobligationer lider af den ulempe, at en del af disse hvert år udtrækkes som følge af, at en del husejere vælger at førtidsindfri deres lån. En sådan førtidig indfrielse udsætter investorerne for en re-investeringsrisiko, idet det navnlig må forventes, at obligationerne bliver indfriet i tider med faldende renter, hvorefter investorerne ikke vil være i stand til at investere deres nu frigjorte kapital til den samme rente.

Denne risiko kan undgås eller i hvert fald begrænses ved enten kun at købe inkonvertible obligationer eller også ved at erhverve en særlig – til formålet skabt – obligation; en *Collateralized Mortgage Obligation (CMO)*. Fremgangsmåden vil i den forbindelse som oftest være den, at det formålsbestemte selskab erhverver en portefølje af realkreditobligationer og herefter på baggrund af disse udsteder et antal CMO trancher, der i alle henseender er identiske, dog således, at alle afdrag og udtrækninger på de underliggende realkreditobligationer i første omgang anvendes til indfrielse af CMO tranche nr.1. og først herefter anvendes til indfrielse af de efterfølgende trancher. Dermed ændres der på varigheden af de underliggende realkreditobligationer, således, at investorer med en kort investeringshorisont kan investere i CMO-tranche nr.1, vel vidende, at denne har en kortere varighed end de underliggende realkreditobligationer, mens andre investorer med en længere investeringshorisont kan investere i de efterfølgende trancher. Det siger umiddelbart sig selv, at man via denne proces tillige kan variere en lang række andre forhold, således, at snart sagt enhver præference hos investorerne kan tilgodeses. Eksempelvis kan de underliggende aktiver deles op og lægges sammen med forskellige finansielle instrumenter, hvorved variationsmulighederne yderligere øges. I forhold til den mere generelle securitisation er det således kendetegnede for en repackaging, at det primært er investorerne interesser, der fokuseres på. Dette medfører tillige, at, mens de underliggende aktiver ved securitisation normalt allerede er tilstede i virksomheden, der iværksætter processen, vil man ofte ved en repackaging direkte erhverve disse aktiver på markedet, med det specifikke formål at omstrukturere disse med henblik på efterfølgende salg. Formålet er derfor heller ikke at trimme balancen, forbedre regnskabsmæssige nøgletal etc. jf. afsnit 2.2., men

¹⁵⁾ Som et generelt udgangspunkt synes det mærkværdigt, at investorerne – som oftest institutionelle – ikke på egen hånd foretager de fornødne transaktioner direkte over kapitalmarkedet. Ukendskab til kortvarige markedsinefficienser samt stordriftsfordele ved den givne type af transaktioner kan imidlertid bevirke, at der er en vis fornuft i at erhverve disse skræddersyede produkter fra de særlige aktører på markedet i stedet for selv at fremstille disse.

derimod at tilvejebringe en profit, som oftest i form af en arbitragegevinst¹⁶. Dog kan det undertiden være vanskeligt at foretage en eksakt afgrænsning mellem securitisation og repackaging. Eksempelvis i de tilfælde, hvor en virksomhed overdrager sine udestående fordringer til SPV'et, hvorefter dette i forbindelse med udstedelsen af gældsinstrumenter tillige foretager en omstrukturering af cash flowet fra de underliggende aktiver. Her er elementer af begge teknikker tilstede¹⁷.

Sideløbende med den ovennævnte udvikling af MBS'er startede der i begyndelsen af 1980'erne en tilsvarende udvikling i USA med hensyn til ABS'er. Her var forholdet det, at en række store amerikanske bilfinansieringsselskaber søgte at reducere deres finansierings-omkostninger, navnlig ved at søge efter andre finansieringskilder end de traditionelle banker. Løsningen var her at afhænde den portefølje af billån, som de var i besiddelse af, til et SPV, der herefter i overensstemmelse med den sædvanlige fremgangsmåde udstedte gældsinstrumenter med henblik på at finansiere erhvervelsen. Idet de amerikanske bilfinansieringsselskabers låneporteføljer generelt var af høj bonitet, var det muligt at tilvejebringe finansiering via kapitalmarkedet til særdeles gunstige vilkår. I tidens løb er stadig flere aktiver blevet inddraget i forbindelse med udstedelsen af ABS'er. Her skal blot kort nævnes de mere gængse såsom kreditkortlån, private forbrugslån, leasingydelser fra såvel operationel som finansiell leasing etc. En vigtig undergruppe af disse ABS'er er de såkaldte *Collateralized Debt Obligations (CDO)*, hvor det underliggende aktiv er en eller anden form for skylderkøbslån - være sig i form af en obligation - *Collateralized Bond Obligations (CBDO)* eller et egentligt banklån - *Collateralized Loan Obligations (CLO)*. Bortset fra, at de underliggende aktiver har en anden karakter, er teknikken den samme som ved andre former for securitisation eller repackaging. Eneste umiddelbare forskel er dog, at de underliggende aktiver i CLO'erne ofte ikke er så homogene, som tilfældet måtte være i forhold til eksempelvis en udstedelse af ABS, baseret på kreditkortlån. De banklån, der normalt ligger til grund for en CLO-udstedelse, vil således ofte være større og mere differentierede kommercielle kreditter. Dette kan have en særlig betydning for attraktionen af den pågældende udstedelse, idet cash flowet fra de underliggende aktiver ikke nødvendigvis er så fast og forudsigeligt som et

¹⁶⁾ I artiklen "Securitisation og restrukturering" i Revision & Regnskabsvæsen 1997, nr. 3, argumenterer forfatterne for, at begrebet restrukturering bør forbeholdes de tilfælde, hvor det underliggende aktiv er et værdipapir, mens securitisation bør anvendes som begreb for alle andre transaktioner. Der er næppe vundet noget ved denne definition, henset til det forhold, at der ikke i dansk ret findes noget entydigt værdipapirbegreb. Det i VPHL § 2 fastlagte begreb har således alene betydning for VPHL, jf. således Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen: Børsretten (2000), s. 55.

¹⁷⁾ Indførslen af euro'en har selvsagt medført, at antallet af valutaer i Europa er blevet reduceret væsentligt. Det må derfor også forventes, at anvendelsen af securitisation tager yderligere til i de kommende år.

tilsvarende cash flow fra en portefølje af kreditkortlån, jf. tillige afsnit 3.2. senere om aktivernes beskaffenhed.

I forhold til den ovenstående beskrevne amerikanske udvikling kan det anføres, at securitisation i Europa er kendetegnet ved et langt mindre omfang, både volumemæssigt, men også produktmæssigt. Årsagen til dette skal dels søges i det forhold, at de europæiske kapitalmarkeder er langt mere fragmenterede, både med hensyn til valuta og retssystemer¹⁸, hvorefter det er svært at opnå den fornødne kritiske masse, dels det forhold, at Europa i modsætning til USA traditionelt har benyttet sig af universal banker, hvilket ikke har medført de samme skævheder med hensyn til likviditetsudjævning, som tilfældet har været i USA. Endelig ses det undertiden anført, at Europa har haft et meget stort antal banker med deraf følgende konkurrencepres, hvilket i sig selv har medført, at fordelene ved at omgå banksystemet har været begrænsede¹⁹.

Afslutningsvis skal det anføres, at de begrebsmæssige rammer for securitisation efterhånden er rykket ganske betydeligt, både med hensyn til aktørerne og aktivernes karakteristika. Med hensyn til aktørernes status er securitisation ikke længere forbeholdt private virksomheder af forskellig art. Diverse uddannelsesinstitutioner og sågar nationalstater er efterhånden involveret i securitisation; førstnævnte i et forsøg på at tilvejebringe finansiering til større anlægsarbejder²⁰, sidstnævnte i

¹⁸⁾ Jf. således Frederick G. Fisher III: Eurosecurities and their related derivatives (1997), s. 304.

¹⁹⁾ Som et eksempel på en sådan transaktion kan nævnes den securitisation, som det engelske Keele University gennemførte i starten af år 2000. Universitetet, der råder over en række kollegieboliger, solgte i januar 2000 de næste 30 års lejeindtægter fra disse til et SPV, der efterfølgende finansierede sig via emission af et 30-årigt obligationslån. De herved opnåede indtægter blev anvendt dels til en renovation af kollegierne, dels til nedbringelse af andre gældsposter. Ved selve transaktionen fik universitet således direkte adgang til et forholdsvis billigt kapitalmarkedslån og opnåede samtidigt en større uafhængighed af traditionelle – herunder offentlige – finansieringskilder, mens investorerne omvendt fik mulighed for at investere i ellers ikke tilgængelige aktiver. Se i den forbindelse Ann-Kristin Achleitner: Investment Banking (2.udg.2000), s. 435 ff. for en yderligere gennemgang af eksemplet.

²⁰⁾ I forbindelse med implementeringen af ØMU'ens 3. fase er der opstillet en række konvergenskriterier, som de deltagende lande til stadighed skal opfylde, herunder visse betingelser med hensyn til størrelsen af statsgælden. En række EU-lande, herunder Grækenland og Italien, har i den forbindelse anvendt securitisation med henblik på at trimme deres balancer og dermed opfylde de stillede betingelser. Idet EU's statistiske kontor indtil for nylig ikke har ofret denne fremgangsmåde særlig opmærksomhed, har der været vide rammer for, hvilke aktiver der kunne anvendes til securitisation og dermed også mulighed for at foretage rene regnskabsmæssige justeringer af statsgælden. Eksempler på aktiver, der er anvendt til securitisation, har bl.a. været indtægter fra sociale sikringsordninger, nationallotterier samt tilskud fra EU til den enkelte nationalstat. Som det korrekt er anført af Yannis Manuelides i International Financial Law Review (vol. 21, nr. 4.) s. 4, er regelfastsættelse på området ikke uden problemer. Således må der ligeledes tages stilling til, i hvilket omfang EU eksempelvis vil acceptere nationalstaters projektf finansiering, som det eksempelvis er sket med

bestræbelserne på at forbedre en række regnskabsmæssige nøgletal i forbindelse med opfyldelsen af konvergenskriterierne i relation til 3. fase af ØMU'en²¹. Uden at skulle foregribe den detaljerede gennemgang i afsnit 3, kan det allerede nu anføres, at der tillige er sket en betydelig udvikling med hensyn til de krav, der stilles til aktivernes karakteristika i forbindelse med securitisation. Hvor man traditionelt har stillet krav om sikre og prognosticerbare cash flows, ses securitisation nu også anvendt i relation til usikre og endnu ikke erhvervede cash flows. Et godt eksempel er i den forbindelse en række engelske fodbold klubbers finansiering af stadionsombygninger m.m. gennem udstedelsen af såkaldte *revenue backed bonds*. Den grundlæggende idé er i den forbindelse, at investorerne erhverver klubbens forventede fremtidige billetindtægter. yder klubben et lån, baseret på klubbens forventede billetindtægter. I modsætning til de traditionelle former for securitisation er det således karakteristisk, at der er tale om endnu ikke eksisterende betalingsstrømme. Teknikken vil i den forbindelse hyppigt være den, at investorerne får sikkerhed i det aktiv, der er mest centralt i forhold til genereringen af disse billetindtægter – nemlig selve stadionet. Rent praktisk foregår dette ved, at det eksisterende stadion overdrages til et selvstændigt selskab, der udelukkende har til formål at eje det pågældende stadion. Dette selskab optager herefter et sikret lån hos et SPV, der selv finansierer sig via emission af et kapitalmarkedslån. I den forbindelse pantsætter SPV'et alle sine aktiver til en trust til fordel for investorerne, således, at investorerne kan indtræde i SPV'ets stilling overfor stadionselskabet i det omfang, dette måtte være påkrævet. Selve stadionselskabet vil herefter have indgået en managementaftale med fodboldklubben om anvendelsen af stadionet samt hvorledes begrebet "billetindtægter" skal defineres og beregnes. Fordelen ved denne model er, som altid ved securitisation, at fodboldklubben opnår finansiering via andre kilder end de traditionelle med deraf følgende uafhængighed²², at fodboldklubben til en vis grad undgår omfattende finansielle covenants i forhold til et almindeligt banklån samt endelig, at fodboldklubben i realiteten får adgang til kapitalmarkedet, hvilket ellers næppe havde været muligt²³.

Øresundsbroen. Her er forholdet jo ligeledes det, at nationalstaten ved at udbyde en koncession søger at trimme statens egen balance.

²¹⁾ De traditionelle finansieringskilder for fodboldklubber har været og er stadigvæk almindelige banklån samt projektf finansiering, især i forbindelse med opførsel af nye stadione. Det skal i den forbindelse bemærkes, at den ovennævnte model ikke er udtryk for projektf finansiering, omend der findes visse lighedspunkter.

²²⁾ Således har der heller ikke i England været den helt store interesse for aktier i fodboldklubber, medmindre klubben ved siden af sin fodboldaktivitet tillige har haft andre, mere stabile indtægtskilder.

²³⁾ Jf. således Erik Werlauff i U. 1996B. 159, hvor udsagnet dog efterfølgende modificeres.

c) Forholdet til andre finansieringsformer

Det ses undertiden anført, at securitisation reelt ikke indebærer nogen nyskabelse og at anvendelsen af securitisation undertiden svarer til at gå over åen efter vand²⁴. Et sådant udsagn kan ikke generelt afvises og må da også anses for at være på sin plads i forhold til de aktører på markedet, der ukritisk hylder anvendelse af securitisation. Securitisation er og bliver en teknik, der er forbeholdt de forholdsvis store kredittagere, og hvis anvendelse skal sammenholdes med og vurderes ud fra en række alternativer. Dette er dog ikke ensbetydende med, at en securitisation uden videre kan erstattes med eksempelvis et pantesikret kapitalmarkedslån på *non recourse* vilkår, uagtet, at den grundlæggende struktur minder om den fra securitisation. Her er forhold jo det, at man for det første ikke kan realisere de regnskabsmæssige fordele, der måtte være forbundet med securitisation og for det andet – hvad der som oftest er det afgørende – at man ved en securitisation netop tilstræber, at der sker et salg af de pågældende aktiver og ikke en pantsætning. Formålet med en securitisation kan således meget vel være, som ved andre former for *title finance*, netop at undgå at blive omfattet af pantsætningsreglerne, eksempelvis, fordi man i sine øvrige kreditaftaler har påtaget sig *negative pledges*, fordi det kan være upraktisk at håndpantsette et stort antal fordringer, samt fordi man ved et salg i modsætning til ved en pantsætning kan undgå at komme i prioritetsproblemer, såfremt en anden kreditgiver allerede har en *floating charge*²⁵.

En anden med securitisation beslægtet finansieringsform er naturligvis *factoring*, hvorved der helt overordnet forstås en finansieringsform, hvor en virksomhed systematisk belåner eller sælger sine fordringer til en *factor*, der så efterfølgende på forfaldstidspunktet inkasserer disse fordringer - enten på vegne af virksomheden

²⁴) I relation til disse begrundelser for at anvende securitisation, bør originatoren dog være opmærksom på, at der afhængig af jurisdiktionen ikke skal meget til, før det salg, der er tilstræbt ved securitisation, omkvalificeres til at være en skjult pantsætning med deraf følgende konsekvenser. En sådan omkvalificering kan navnlig tænkes at komme på tale i de tilfælde, hvor de ovenstående formål med transaktionen er mere udbredte end de indledningsvis i afsnit 2.2. anførte hensyn.

²⁵) I Danmark og i visse andre europæiske lande er der en vis tendens til, at betegne den ovenfor nævnte belåning af fordringer som factoring, mens et systematisk salg af fordringer ofte betegnes som forfaiting. Det må dog fastholdes, at begrebet factoring dækker begge situationer, mens begrebet forfaiting rettelig bør forbeholdes de tilfælde, hvor virksomheden (forfaitisten) sælger en fordring på en kunde til et finansieringselskab (forfaiteuren), der i den forbindelse giver afkald på regres mod virksomheden, men som til gengæld modtager en af kunden accepteret veksel. I modsætning til factoring situationen vil der således være udstedt en veksel på tilgodehavendet, ligesom skyldforholdet normalt vil være af længere varighed end almindelige handelskreditter. Forfaiting finder navnlig anvendelse i eksportkreditte, hvor eksportøren ofte vil diskontere sine vekslers med henblik på at minimere eksportrisikoen.

(belåningstilfældet) eller til sig selv (salgstilfældet)²⁶. Særlig i relation til salgstilfældet synes der at være en vis lighed med securitisation, idet virksomheden i begge tilfælde søger at skaffe likviditet ved at afhænde sine udestående fordringer. Der er dog også betydelige forskelle, der reelt medfører, at de to finansieringsformer ikke er substitutter for hinanden. Den mest tydelige forskel er i den forbindelse volumen. Factoring vedrører som udgangspunkt belåning/salg af en mindre portefølje af fordringer, mens securitisation som regel forudsætter, at der er tale om en fordringsportefølje på mindst 400 – 500 mio. kr., afhængig af den nærmere transaktionsstruktur²⁷. Ligeledes er der en grundlæggende forskel i måden, hvorpå factor henholdsvis SPV refinansierer sig. Factor finansierer sig normalt i første omgang på traditionel vis, dvs. via optagelse af banklån, udstedelse af egenkapital og via indtjente midler, mens SPV'et direkte refinansierer sig over kapitalmarkedet. Dermed er det også klart, at der, det lige ydre til trods, er tale om to grundlæggende forskellige finansieringsformer: den ene baseres på den traditionelle kapitalformidler rolle, mens den anden netop er kendetegnet ved *disintermediation*.

Endelig kan det anføres, at securitisation i form af MBS'er har meget betydelige ligheder med det realkreditsystem, der kendes fra såvel Danmark som Tyskland. Således er forholdet det, at en række udestående fordringer ved realkreditsystemet samles i et SPV – her realkreditinstituttet – der herefter finansierer sig via udstedelse af obligationer. Den eneste umiddelbare forskel er den, at funktionen som originator og SPV er samlet i et i realkreditsystemet.

3. Strukturering

Måden, hvorpå en given securitisation transaktion struktureres både med hensyn til antallet af aktører og deres opgaver samt selve forløbet af processen, afhænger i sagens natur af en række specifikke forhold, såsom eksempelvis formålet med transaktionen, aktiverne beskaffenhed, skatte- og regnskabsmæssige forhold samt ikke mindst de ydre juridiske rammer. Sidstnævnte forhold gør sig ikke mindst gældende i de tilfælde, hvor man søger at gennemføre en securitisation i en ikke-common law jurisdiktion. Her vil især civil law landenes manglende anerkendelse af *trust* instituttet bevirke at der enten skal findes et surrogat for dette eller at transaktionen delvis skal gennemføres som en udenlandsk securitisation. Her skal der evt. findes særegne løsninger på visse af de problemer, som en securitisation transaktion kan frembyde.

²⁶⁾ Jf. således til eksempel Ann-Kristin Achleitner: *Handbuch Investment Banking* (2.udg.2002), s. 437.

²⁷⁾ Undertiden ligeledes benævnt som *Manager*, *Master Servicer* etc.

Uagtet, at det således er vanskeligt at opstille et idealbillede på en typisk transaktionsstruktur, er der dog visse fællestræk både med hensyn til aktører og selve forløbet i transaktionen, der går igen. Et kort overblik over den typiske struktur synes hensigtsmæssig i forlængelse af det foregående afsnit. Med henblik på senere hen at påpege områder, der giver anledning til juridiske problemer, kan det være hensigtsmæssigt først at gennemgå strukturen og processen i forbindelse med en securitisation.

3.1. Aktørerne

3.1.1. Originator

Virksomheden, der ønsker at finansiere sig via securitisation, vil naturligvis altid være en bestanddel af den struktur, der ligger til grund for selve transaktionen. Originatoren, der normalt vil være et selskab – efter omstændighederne en nationalstat – vil udover sin rolle som initiativtager til transaktionen normalt ligeledes udfylde den anden funktion i forbindelse med transaktionen, nemlig funktionen som administrator eller *service agent* om man vil²⁸. Administratoren varetager i den forbindelse den vigtige opgave med at administrere indkommende afdrag og renter på de fordringer, der ligger til grund for selve transaktionen, og viderebefordre disse til det formålsbestemte selskab. Placeringen af denne funktion hos selve det kreditsøgende selskab kan tilskrives det forhold, at hverken SPV'et eller den af obligationsejeren udpegede trustee vil have den fornødne erfaring med at administrere den låneportefølje, der måtte ligge til grund for transaktionen²⁹. Dertil kommer det forhold, at idet det er forbundet med *management fees*, at varetage en sådan funktion, vil originatoren normalt have en interesse i at varetage denne funktion, både fordi de totale omkostninger ved transaktionen herved reduceres³⁰,

²⁸⁾ Dette gælder særligt, hvor der er tale om en meget specifik låneportefølje, og hvor debitorerne måske har en særlig relation til originatoren. En af fordele ved securitisation fremfor et almindeligt salg af udestående fordringer er jo således, at originatoren bevarer kontakten udadtil til kunderne/debitorerne. Omvendt er det dog også klart, at såfremt der er tale om en repackaging, hvor det underliggende aktiv eksempelvis er realkreditobligationer, er et særligt sagkundskab ikke påkrævet, og funktionen som administrator kan derfor varetages af i princippet hvem som helst.

²⁹⁾ Originatoren vil jo som hovedregel allerede før transaktionen varetage administrationen af de udestående fordringer. Dog bør det bemærkes, at kravene til denne administration normalt skærpes betydeligt i forbindelse med transaktionen, således, at virksomheden normalt skal foretage betydelige væsentlige ændringer i sine procedurer og evt. i sit økonomistyringssystem, før investment banken, revisorerne, trusten samt navnlig rating bureauet stiller sig tilfredse.

³⁰⁾ Afhængig af den konkrete struktur kan en evt. "kreditforbedring" af porteføljen således være sket ved, at SPV'et udover de indkomne afdrag fra porteføljen besidder yderligere midler, der skal dække evt. tab på de udestående fordringer. I det omfang, at disse midler stadig er intakte,

men også, fordi originatoren herved har mulighed for at "tømme" SPV'et efter afslutningen af selve transaktionen, dvs. efter at obligationslånet er fuldtud afdraget³¹. Imidlertid må det også erkendes, at netop placeringen af administrationsfunktionen hos originatoren kan give anledning til problemer, såfremt det efterfølgende – på grund af andre bestemmelser i overdragelsesaftalen – måtte vise sig, at der måske ikke er tale om en overdragelse til eje, men derimod mere en overdragelse til sikkerhed. Her kan der i givet fald opstå problemer med sikringsaktens iagttagelse, jf. således tillige afsnit 4.1.3³².

3.1.2. SPV

SPV'et er på samme måde som originatoren at finde i enhver securitisation transaktion, henset til selskabets funktion som køber af aktiverne. Som udgangspunkt vil SPV'et normalt være oprettet som et aktieselskab med henblik på at lette emissionen af de gældsinstrumenter, der skal finansiere erhvervelsen af aktiverne³³. Som navnet antyder, har selskabet kun et bestemt formål; nemlig at

eller i det omfang, der i øvrigt måtte være optjent et overskud i SPV'et, melder spørgsmålet sig om, hvorledes disse kan tilbageføres til originatoren i forbindelse med SPV'ets likvidation. Som udgangspunkt kan dette ske ved en udbetaling af dividende til originatoren, såfremt SPV'et er etableret som et datterselskab til denne. Dette vil imidlertid kun sjældent være tilfældet, idet der i så fald kan opstå problemer med konsolideringen af SPV'et med originatoren, hvorefter et af formålene med securitisation ikke kan realiseres. Udbetaling af management fees er i den forbindelse en anden fremgangsmåde.

³¹⁾ Mere præcist er forholdet det, at, såfremt originatoren i for stort et omfang stadigvæk varetager en række funktioner i relation til låneporteføljen, kan der rejses tvivl om, hvorvidt der overhovedet er sket en overdragelse af ejendomsretten, og om der ikke bare er tale om en maskeret pantsætning. Viser det sidste sig at være tilfældet, medfører dette normalt, at eksempelvis målsætning om at trimme balancen ikke kan realiseres, idet aktivet stadigvæk tilhører originatoren samt – hvad værre er – at SPV'et og dermed obligationsejerne ikke engang har pant i aktiverne, fordi den fornødne sikringsakt måske ikke er iagttaget.

³²⁾ [note om at kun aktieselskaber i visse lande kan emitte værdipapirer via offentlige udbud. Gælder dette ligeledes i DK] I visse jurisdiktioner stilles der således krav om, at udstederen af eksempelvis obligationer eller andre gældsinstrumenter er organiseret i aktieselskabsform, såfremt der er tale om et offentligt udbud af gældsinstrumenterne. Andre selskabsformer vil herefter kun kunne foretage såkaldte private placements.

³³⁾ Sanktionernes indhold afhænger naturligvis af, hvilket lands lov der regulerer selskabsudøvelsen. I henhold til dansk ret vil sanktionen kunne bestå i at pålægge ledelsen et erstatningsansvar i medfør af AL § 140, hvorimod selskabet som udgangspunkt vil være bundet af de aftaler, der måtte være indgået med tredjemand, medmindre, denne var i ond tro med hensyn til formålsbestemmelse. Det forhold, at vedtægterne er offentligt tilgængelige, vil normalt ikke være tilstrækkeligt til at konstituere ond tro hos medkontrahenten (dvs. der er ikke tale om et almindeligt vide/burde vide krav). Tilsvarende vil et selskab i henhold til engelsk ret være bundet af sådanne aftaler, jf. således section 35 i *The Companies Act 1985*, der delvis opbæver den gamle *Ultra Vires* doktrin.

erhverve de relevante aktiver, og herefter at udstede gældsinstrumenter til finansieringen heraf. Af selvsamme grund vil vedtægterne normalt indeholde en så snæver formålsbestemmelse, at selskabets ledelse ikke kan engagere selskabet i andre aktiviteter uden at overtræde formålsbestemmelsen i vedtægterne med deraf følgende sanktioner³⁴. Dermed sikres det tillige, at SPV'et ikke udsættes for en forretningsmæssig risiko, der kan have indflydelse på selskabets evne til at tilbagebetale obligationslånet. Af selvsamme grund vil selskabet ej heller have ansatte, udover en direktion/bestyrelse i henhold til den konkrete selskabsretlige regulering³⁵.

Med hensyn til selskabets ejerforhold er det vigtigt, at dette ejes af nogle i forhold til originatoren uafhængige aktionærer. Formålet med et sådant uafhængigt ejerskab er for det første at sikre, at der ikke opstår nogen forpligtelse for originatoren til at konsolidere SPV'et, hvilket ville være tilfældet, såfremt SPV'et var et datterselskab af originatoren eller på anden måde tilknyttet dette. For det andet at betrygge investorerne, idet originatoren via det uafhængige ejerskab ikke har mulighed for at påvirke SPV'et og dermed i princippet også påvirke tilbagebetalingen af lånet. Ejeren af SPV'et vil herefter i overensstemmelse med ovenstående ofte være en *charitable trust*, der i modsætning til den almindelig kendte trust er kendetegnet ved fraværet af egentlige begunstigede³⁶. Trusten, der som navnet antyder har et alment velgørende formål, er en undergruppe af de såkaldte purpose trusts, der netop kendetegnes ved, at de alene er oprettet med henblik på at varetage et givet formål³⁷. Når ejertruster antageligvis ofte er oprettet som en charitable trust og ikke bare som en almindelig formålsbestemt trust, skyldes dette antageligvis, at man generelt i trust retten er meget tilbageholdende med at anerkende trusts, der ikke har nogen begunstigede, der kan håndhæve trusten overfor trusteeen. I forbindelse med charitable trusts er dette problem for så vidt – i hvert fald i England – blevet løst ved, at the Attorney-General er blevet tildelt kompetence til på egen hånd at håndhæve en sådan charitable trust³⁸. Alternativt er det en mulighed at etablere trusten i

³⁴⁾ SPV'et skal med andre ord være *bankruptcy remote*.

³⁵⁾ Jf. således Philip R. Wood: *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting* (1995) s. 46.

³⁶⁾ Jf. således Rasmus Kristian Feldthusen: *Trusts* (2002) s. 140.

³⁷⁾ Jf. således Rasmus Kristian Feldthusen: *Trusts* (2002) s. 140

³⁸⁾ Se for en gennemgang af disse stater og deres respektive regelsæt Rasmus Kristian Feldthusen: *Trusts* (2002) s. 405 ff.

henhold til en række off shore staters regler, der giver mulighed for at etablere formålsbestemte trusts, uden at disse nødvendigvis skal have et velgørende formål³⁹.

Ejeren af SPV'et vil herefter i overensstemmelse med ovenstående som oftest være et *trust company* der mod betaling påtager sig denne opgave⁴⁰. I den forbindelse bør det understreges at den pågældende ejertrust vil være struktureret som en såkaldt *charitable trust* eller *public trust* om man vil, i modsætning til den almindelig kendte *private trust*. Dette er ikke tilfældigt, idet etablering af en privat trust via originatorens mellemkomst vil medføre en forpligtelse for trusteeen til at handle i overensstemmelse med stifterens, dvs. originatorens vilje og i øvrigt ved udøvelsen af trustvirksomheden at varetage dennes interesser, naturligvis i overensstemmelse med den konkrete *trust deed*. Konstruktionen med en formålsbestemt trust er den offentlige trust er det dog ikke uden problemer, idet den i princippet fører til, at originatoren ikke kan tilegne sig evt. tiloversblevne midler i SPV'et efter at transaktionen er afsluttet og obligationslånet er afdraget. Originatoren må således enten give afkald på et evt. likvidationsprovenu, forsøge at genanvende SPV'et til andre transaktioner eller også via en evt. administrationsaftale forsøge at tilbageføre et evt. overskud.

3.1.3. Investorerne

Investorerne vil normalt være institutionelle investorer, der søger at forbedre afkastet på deres porteføljer, uden at risikoen stiger tilsvarende⁴¹ eller som ønsker gældsinstrumenter med ganske særlige egenskaber, jf. således det allerede anførte vedrørende repackaging. Erhvervelsen af de respektive gældsinstrumenter vil ofte ske via private placements, men kan også ske ved egentlige offentlige udbud, afhængig af, hvilke gældsinstrumenter der måtte være tale om. Ofte vil forholdet dog være det, at de respektive gældsinstrumenter tillige noteres på en eller flere børser for derved at udvide kredsen af potentielle investorer, uanset, at instrumenterne måtte blive erhvervet på anden måde⁴². Med henblik på at sikre investorerne mod

³⁹⁾ Der vælges normalt et respekteret og blandt investorerne anerkendt *trust company* til denne opgave, hvilket yderligere er medvirkende til at berolige investorer, der ellers ikke måtte have den store tiltro til SPV'ets opgavevaretagelse.

⁴⁰⁾ Jf. således eksempelvis Ann-Kristin Achleitner: *Handbuch Investment Banking* (2.udg.2000) s. 414.

⁴¹⁾ Institutionelle investorer kan således være underlagt vedtægter og/eller lovbestemmelser, der tilsiger, at de kun kan investere i noterede værdipapirer.

⁴²⁾ Såfremt denne interessekonflikt skal undgås, må den pågældende virksomhed enten sørge for at sammensætte projektgruppen, der skal undersøge mulighederne for en securitisation, på en sådan måde, at investment banken får kvalificeret modspil, eller også må der engageres andre

følgerne af SPV'ets konkurs, er SPV'ets aktiver, dvs. de erhvervede fordringer, pantsat til fordel for investorerne via anvendelsen af en trust. Trusten, der her vil være konstrueret som en "almindelig" privat trust med en settlor, en trustee og en eller flere beneficiaries, har til opgave at administrere dette pant, og i øvrigt at varetage investorenes interesser. Dette sker bl.a. ved, at trusten overvåger såvel SPV'ets samt administratorens opgavevaretagelse. I den forbindelse vil trusten være part i den management-aftale, der måtte blive indgået med administratoren, således, at trusten på vegne af investorerne kan overvåge - og i givet fald udskifte - administratoren, såfremt denne ikke overholder sine forpligtelser eller i øvrigt ikke varetager opgaverne på en tilfredsstillende måde.

Udover ovenstående aktører vil enhver securitisation derudover involvere et antal rådgivere, der hver især varetager en eller flere opgaver i løbet af processen. De vigtigste vil i den forbindelse være de nedenstående.

3.1.4. Investment banken

Investment banken er den helt centrale rådgiver i enhver securitisation og rådgiver, som en af de eneste, originatoren gennem hele transaktionen. Investment bankens engagement tager normalt sin begyndelse i forbindelse med de indledende *feasibility studies*, hvor investment banken sammen med originatoren vurderer, om en securitisation overhovedet er relevant for virksomheden, samt om der evt. findes andre og mere attraktive alternativer. I den forbindelse bør virksomheden normalt være opmærksom på, at man kun sjældent kan forestille sig en situation, hvor investment banken direkte fraråder en securitisation, som den selv i givet fald skal forstå. Alternativt må det antages, at investment banken i givet fald anbefaler andre finansieringskilder, som den selv er i stand til at tilbyde⁴³.

Efter at der er truffet beslutning om at gennemføre en securitisation, vil investment banken rådgive virksomheden om, hvilken gruppe af aktiver der kan og bør anvendes til transaktionen. Udvælgelsen af aktivgruppen afhænger naturligvis af, hvilke aktiver virksomheden er i besiddelse af, men også af, i hvilket omfang

rådgivere, der alene har til formål at undersøge mulighederne for securitisation, men som ikke efterfølgende får mulighed for at deltage i transaktionen. Sidstnævnte fremgangsmåde har dog den ulempe, at omkostninger herved hurtigt bliver forholdsvis store.

⁴³⁾ En sådan credit enhancement kan i sagens natur antage en række forskellige former, hvor både originatoren selv eller tredjemand kan foretage denne kreditforbedring. Eksempler på sådanne er eksempelvis 1) Bankgarantier, 2) Over-collateralisation, dvs. der sælges flere fordringer end nødvendigt i forhold til størrelsen af SPV'ets lånoptagelse eller fordringerne sælges til en underpris, 3) Opbygning af reservefonde i SPV'et via en rentemarginal mellem renten på fordringerne og renten på det underliggende lån.

virksomheden har erfaring med at gennemføre sådanne transaktioner. Er virksomheden ny og uprøvet med hensyn til securitisation, taler flere forhold for, at man til at begynde med alene gennemfører securitisation transaktioner med forholdsvis simple aktiver, der ikke fordrer en kompliceret transaktionsstruktur eller som i øvrigt kræver for meget af den deltagende virksomhed.

Uagtet, at en række forhold således spiller ind på udvælgelsen af gruppen af aktiver, vil de generelle krav til aktiverne gå igen: For det første må der stilles krav om, at de udvalgte aktiver reelt genererer et cash flow, der kan anvendes til at afdrage de senere hen optagne lån. Aktiver, der ikke på den ene eller anden måde genererer et cash flow, vil i sagens natur ikke kunne anvendes til securitisation. Dernæst må der stilles krav om, at dette cash flow tillige er prognosticerbart, således, at investment banken kan tilrettelægge afdragsstrukturen på det underliggende lån på en sådan måde, at der som udgangspunkt ikke er behov for kortfristede likviditetsfaciliteter eller finansielle instrumenter i tilknytning til udstedelsen af gældsinstrumenterne. Dernæst er det tillige en fordel, såfremt de underliggende aktiver er forholdsvis homogene som gruppe. Er det underliggende aktiv eksempelvis en portefølje af kreditkortlån, vil det således være en fordel, hvis disse er baseret på én standard kreditaftale, evt. kun et lille antal kreditaftaler. I det omfang, at dette ikke er tilfældet, må der enten foretages en yderligere udvælgelse af aktiver indenfor den konkrete gruppe, eller også må der findes en helt anden gruppe af aktiver, idet en meget heterogen aktivportefølje bliver for vanskelig at værdiansætte. Derimod vil det normalt tilstræbes, at selve porteføljen er geografisk og demografisk diversificeret, således, at den samlede kreditrisiko på porteføljen reduceres. Helt generelt kan det i den forbindelse anføres, at det er en absolut fordel, såfremt de underliggende aktiver har en meget lille kreditrisiko, idet det herved er lettere at opnå en høj rating fra rating bureauet. En sådan høj rating vil normalt være påkrævet, henset til det forhold, at en del institutionelle investorer er afskåret fra at investere i produkter, der ikke eksempelvis har en rating på Aa1/AA+ eller højere. Er dette ikke tilfældet, må der foretages en form for *credit enhancement* af SPV'et, hvilket medfører yderligere omkostninger⁴⁴.

⁴⁴⁾ Der er her navnlig tale om reglerne i RPL § 511, stk. 1, hvorefter der ikke kan foretages udlæg i løn før på 8. dagen af dens udbetaling; reglen i RPL § 512, stk. 2, om forbud mod udlæg i underholdsbidrag; RPL § 512, stk. 3, (forbud mod udlæg i pension m.v.) samt RPL § 513, stk. 1, (forbud mod udlæg i erstatninger for personskaade samt tab af forsøger). Fælles for disse regler er, at, mens der som udgangspunkt ikke kan foretages kreditorskifte via udlæg, -kan dette godt ske, såfremt der enten er forløbet en periode efter udbetalingen til den oprindelige kreditor, eller såfremt kreditorskiftet sker frivilligt, jf. til eksempel RPL § 513, stk. 4, hvor kreditor kan give samtykke til, at der foretages udlæg i de nævnte erstatninger. Tilsvarende kan en skadelidt kreditor overdrage sit krav på personskaadeerstatning eller erstatning for tab af forsøger, når blot kravets størrelse er anerkendt eller fastslået af domstolene, jf. EAL § 18, stk. 1, modsætningsvis.

Udover at medvirke til udvælgelsen af aktiverne, vil investment banken tillige – sammen med de juridiske rådgivere – rådgive omkring selve transaktionsstrukturen. Dertil kommer opgaven med at arrangere emissionen af gældsinstrumenter og efterfølgende at placere disse. Såfremt det i forbindelse med struktureringen af transaktionen er nødvendigt at forbedre aktiverne kvaliteten via forskellige former for kreditforsikring eller i øvrigt afdække diverse risici via forskellige finansielle instrumenter, er det naturligt, at investment banken også varetager denne opgave. Endelig kan det tænkes, at investment banken ligeledes har påtaget sig opgaver i relation til den efterfølgende handel med ABS'erne, for herved at forbedre likviditeten og dermed ligeledes reducere investorenes krav på en evt. likviditetspræmie.

3.1.5. Rating bureauet

Da udstedelsen af ABS'er på samme måde som udstedelse af andre gældsinstrumenter pr. definition indebærer en omgåelse af det traditionelle banksystem, er det nødvendigt at finde en substitut for den kreditvurdering som banken ellers ville foretage. En sådan kreditvurdering er generelt nødvendig idet den a) letter investeringsbeslutningen for en række investorer, der således ikke selv behøver at foretage en tilbundsående undersøgelse af alle dokumenter og udstederens finansielle status, b) udvider kredsen af mulige investorer, idet en række investorer ikke kan investere i værdipapirer, der ikke har en rating, c) giver en benchmark for investorerne med hensyn til, hvilket afkast de kan forlange/forvente, d) øger sammenligneligheden mellem forskellige investeringsmuligheder. For udstederen er en sådan kreditvurdering ligeledes fordelagtig, idet modstykket til ovenstående fordele for investorerne er, at udstederen bedre kan prisfastsætte gældsinstrumenterne samt kan opnå lavere låneomkostninger som følge af de ovenstående fordele. Endelig er gældsinstrumenter med en rating normalt mere likvide end gældsinstrumenter uden en rating, hvilket er til begge parter fordel.

Selve kreditvurdering vil normalt blive foretaget af et af udstederen såvel som af investorerne uafhængigt rating bureau. Rating bureauets primære opgave vil i den forbindelse være at bearbejde og sammenfatte en række forhold, der har indflydelse på udstederens evne til at honorere sine betalingsforpligtelser til en enkelt karakter, der herefter kan anvendes som benchmark for investorerne. I forbindelse med en securitisation vil forløbet normalt være det, at originatoren allerede på et tidligt tidspunkt kontakter et rating bureau og indleder et samarbejde med dette med henblik på at opnå en rating af de af SPV'et udstedte gældsinstrumenter. I den forbindelse får rating bureauet adgang til alle de underliggende data, herunder adgang til data for den underliggende portefølje af aktiver, den juridiske dokumentation, påtænkte forretningsgange etc. På baggrund af disse data skal rating bureauet tildele transaktionen en rating. Det skal i den forbindelse bemærkes, at

rating bureauet ikke som sådan fremsætter krav om, hvilke aktiver der skal indgå i transaktionen, hvorledes den bør struktureres eller på anden måde involvere sig i den konkrete transaktion. Man foretager alene en vurdering af transaktionen, som den nu engang foreligger. Imidlertid er det også klart, at originatoren allerede initialt har gjort sig klart, hvilken rating der tilstræbes, bl.a. under hensyntagen til, hvilken rating der er påkrævet for at afsætte gældsinstrumenterne til den bedst mulige pris. Originatoren vil derfor allerede fra starten af meddele dette til rating bureauet, som herefter vil meddele, hvilke krav man generelt stiller både med hensyn til aktivernes beskaffenhed og den juridiske struktur i transaktionen for at tildele den ønskede rating, dog således, at dette på ingen måde er et forhåndstilsagn om at tildele denne rating i sidste ende. Effekten af denne fremgangsmåde vil ofte være den, at, omend rating bureauet ikke har en formel indflydelse, vil selve transaktionen og tilrettelæggelsen af forretningsgange etc. normalt være kraftigt påvirket af rating bureauets tilkendegivelser.

3.1.6. Revisorer og advokater

Revisorernes opgave i forbindelse med en securitisation består i det væsentlige i at verificere det prospekt, der udarbejdes i forbindelse med selve transaktionen. Derudover kan der bliver tale om, at revisoren skal udarbejde diverse notater om de regnskabsmæssige og skattemæssige konsekvenser for originatoren og SPV'et af den påtænkte transaktion. Disse notater kan navnlig tænkes udarbejdet på foranledning af rating bureauet. Advokaternes opgave består tildels i at medvirke til etableringen af selve strukturen i transaktionen, herunder i udarbejdelsen af aftalekomplekset samt i at udarbejde diverse legal opinions, som oftest på foranledning af enten investment banken, såfremt den ikke selv er i besiddelse af den fornødne juridiske ekspertise, eller på foranledning af rating bureauet, der i sagens natur er interesseret i at vide, om den påtænkte transaktion overhovedet er gangbar i det konkrete land. Navnlig i forbindelse med securitisation transaktioner i ikke-common law lande, vil sådanne legal opinions have en særlig betydning.

4. Nogle juridiske problemområderaspekter

På baggrund af den ovenstående gennemgang kunne man blive foranlediget til at antage, at selvom strukturen og processen er forholdsvis komplicerede, er der ikke umiddelbart nogle problemer forbundet med at gennemføre en securitisation. Dette er ikke umiddelbart tilfældet; tværtimod er der en række juridiske aspekter ved securitisation der bør overvejes nærmere. Dette gælder ikke mindst i de tilfælde, hvor man ønsker at gennemføre transaktionen i Danmark. Dette er ingenlunde tilfældet, tværtimod er der væsentlige problemer, der bør overvejes, inden man iværksætter en securitisation, ikke mindst, såfremt man ønsker at gennemføre denne

i henhold til dansk ret. En del af de juridiske problemer, der opstår i forbindelse med en securitisation, har ganske vist fundet deres typeløsninger i udenlandsk ret, men på grund af den grundlæggende forskel mellem common law og civil law kan disse ikke umiddelbart overføres til danske forhold. Man kan søge inspiration i disse løsninger, men direkte implementering af disse bør næppe finde sted uden yderligere – meget grundige – overvejelser. Set med danske øjne fordeler de juridiske problemer sig grundlæggende på 3 forskellige områder; 1) kreditretlige problemer, 2) problemer med hensyn til aktørstrukturen, 3) regnskabs- og skattemæssige problemer. I overensstemmelse med det i indledningen anførte skal jeg dog alene beskæftige mig med de to første områder.

4.1. Kreditretlige problemeraspekter

De kreditretlige problemer ved securitisation knytter sig i sagens natur til selve overdragelsen af de konkrete aktiver, være sig i form af en portefølje af kreditkortslån, erhvervslån, realkreditobligationer etc. Her opstår dels spørgsmålet om, hvorledes forholdet til debitor håndteres i forbindelse med overdragelsen, herunder spørgsmålet om indsigelser fra det underliggende forhold, dels spørgsmålet om, hvorvidt der i forholdet mellem originatoren og SPV'et foreligger en overdragelse til eje eller evt. kun en overdragelse til sikkerhed. Med hensyn til det sidste er der naturligvis ingen tvivl om, at det er en overdragelse til eje, der er tilstræbt, men en række forhold – herunder originatorens evt. funktion som administrator – bevirker, at dette spørgsmål alligevel må overvejes.

4.1.1. Forholdet mellem debitor og originatoren - kreditorskifte

I forholdet mellem debitor og originatoren må der indledningsvist tages stilling til, om sidstnævnte overhovedet kan overdrage sin fordring på debitor. I den forbindelse skal det bemærkes, at det er en almindelig obligationsretlig grundsætning, at der som udgangspunkt altid kan ske overdragelse af rettigheder uden samtykke fra debitor, mens overdragelse af pligter – dvs. et debitorskifte – kræver samtykke fra kreditor. Dermed er det også klart, at originatoren som udgangspunkt uden videre kan overdrage sine fordringer på debitor på til SPV'et, forudsat at der netop kun er tale om fordringer, dvs. at originatoren har opfyldt sine forpligtelser i henhold til den konkrete aftale. De eneste begrænsninger i denne frie overførlighed følger af enkelte lovbestemmelser, særlig hensyn til typisk debitor, samt endelig de begrænsninger, der måtte følge af parternes individuelle aftaler.

Med hensyn til lovbestemmelser, der forhindrer kreditorskifte, skal det bemærkes, at disse i hovedreglen vedrører hensynet til kreditor selv og derfor ikke umiddelbart

er relevant i denne sammenhæng⁴⁵. Derimod kan der være grund til at se nærmere på bestemmelserne i Kreditaftalelovens (KAL) kapitel 9 om kreditorskifte. Hovedreglen er her den, at der i relation til forbrugerkredit ikke må ske en indskrænkning af forbrugerens muligheder for at gøre indsigelser gældende i forbindelse med et kreditorskifte. Følgelig er anvendelsen af negotiable dokumenter i forbindelse med forbrugerkredit udelukket, jf. KAL § 31, idet overdragelse af et negotiable dokument netop medfører en begrænsning af debtors muligheder for at fremkomme med indsigelser, jf. således Gældsbrevslovens (GBL) § 15. Tilsvarende kan det ej heller på anden måde aftales, at debitor ikke kan gøre indsigelser gældende mod den nye kreditor, jf. KAL § 32. I forbindelse med en securitisation af kreditkortlån eller andre forbrugerkreditter er dette imidlertid ikke et problem. SPV'et eller de endegyldige investorer vil sjældent have et ønske om, at der indsættes sådanne *cut off* klausuler i den underliggende lånedokumentation eller på anden måde sker en indskrænkning af forbrugerens, dvs. debtors rettigheder. Man er derimod som udgangspunkt alene interesseret i, hvor stor en del af fordringer der må afskrives som følge af sådanne indsigelser, idet denne størrelse naturligvis har indflydelse på aktivernes cash flow. I det omfang, at der måtte være tale om store beløb, vil originatoren herefter enten være nødsaget til at inddrage forholdsvis flere lån i transaktionen, foretage yderligere kreditforbedring eller på anden måde reducere effekterne af dette udfald.

Dermed er det også klart, at reglerne om kreditorskifte ikke umiddelbart giver anledning til problemer ved en given securitisation. I det omfang, at debitorerne bevarer deres indsigelser overfor SPV'et, kan de ikke efter reglerne i Kreditaftaleloven KAL modsætte sig et kreditorskifte. Tilbage er at vurdere, i hvilket omfang andre forhold kan virke hindrende for den fri overførlighed af fordringerne. I princippet kan sådanne andre forhold enten bestå i en konkret aftale mellem parterne eller af særlige debitorhensyn, der taler imod en fri overførlighed af fordringerne. Med hensyn til det første kan det ikke afvises, at kredittagere - navnlig i forbindelse med meget store erhvervslån - betinger sig, at fordringen ikke efterfølgende kan overdrages til en anden kreditor. Rationalet bag en sådan bestemmelse vil ofte være det, at kredittageren måske netop har valgt den på-gældende bank som kreditgiver ud fra en forudsætning om, at denne måske vil være mere lempelig med hensyn til restancer eller misligholdelse generelt end andre banker. En

⁴⁵) Et forhold, som stadig flere kreditinstitutter bliver opmærksom på. Det er således karakteristisk, at der i de senere år er kommet stadig større fokus på at lette et evt. kreditorskifte i store erhvervslån. Som oftest vil der være eksplicite bestemmelser, der tager hånd om dette forhold og fastlægger den nøjagtige fremgangsmåde. Årsagen til denne udvikling er utvivlsomt, at kreditinstitutterne har taget securitisation til sig som en ny finansieringsform. Med henblik på yderligere at facilitere anvendelse af securitisation og i øvrigt handlen med andele i lån, er der tillige sket en kraftig standardisering af den dokumentation, der anvendes i forbindelse med store erhvervslån, gennem brancheorganisationen *Loan Markets Association*.

tilbageholdenhed, der eksempelvis kan skyldes, at banken i øvrigt har et stort forretningsomkvem med kredittageren. Et kreditinstitut, der på et givet tidspunkt ønsker at anvende securitisation som finansieringskilde, må således allerede på et tidligt tidspunkt tage hensyn til dette i sine kredittaler⁴⁶. Anvendelse af sådanne bestemmelser i forbrugerforhold og i forbindelse med små erhvervskreditter må antages at være meget stærkt begrænset, såfremt de overhovedet findes. Dette skyldes for det første, at den nævnte gruppe af kredittagere ikke vil være i stand til at forhandle sig frem til andre vilkår end dem, som den pågældende bank ensidigt fastsætter – udover naturligvis de rent kommercielle vilkår. For det andet vil den nævnte gruppe af kredittagere normalt heller ikke have den store interesse i sådanne klausuler; den enkelte kredittager kan jo i langt de fleste tilfælde være indifferent overfor, om der skal betales til den ene eller anden kreditor⁴⁷.

I hvilket omfang der er begrænsninger i den fri overførlighed som følge af særlige hensyn til debitor er mere tvivlsomt. Det er ganske vist almindelig antaget i den juridiske litteratur, at overførligheden af fordringer kan være udelukket, såfremt kreditors identitet har særlig betydning for debitor. Imidlertid er det lige så fast antaget, at dette som udgangspunkt primært gælder i de tilfælde, hvor der ikke er tale om fordringer på penge, eksempelvis i forbindelse med udførslen af en personlig arbejdsindsats, hvor arbejdsgiveren ikke uden videre kan overdrage sin fordring på, at arbejdstageren yder en personlig arbejdsindsats til en anden arbejdsgiver. Selv her er undtagelsen dog forholdsvis snæver, idet en arbejdstager som altovervejende hovedregel ikke vil kunne modsætte sig et kreditorskifte i den situation, hvor arbejdsgiveren er en juridisk person, og kreditorskiftet sker i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, hvor der i øvrigt ikke sker ændringer i den ansattes arbejdsopgaver og arbejdsforhold. Her vil der almindeligvis være en formodning for, at der ikke har været en særlig personlig relation parterne imellem, som tilsiger, at et kreditorskifte ikke uden videre bør gennemføres uden samtykke.⁴⁸

Fraværet af en personlig relation parterne imellem gør sig om muligt gældende med endnu større styrke i langt de fleste kommercielle kreditforhold. Her vil debitor på

⁴⁶⁾ Efter dansk ret er betalingsstedet ganske vist kreditors forretningssted, således, at et kreditorskifte i princippet fører til, at debitor nu skal erlægge sin skyld på SPV'ets forretningssted, som oftest i form af en *off shore* lokalitet, i stedet for i den lokale bank. Dette kan efter omstændighederne medføre betydelige ekstraomkostninger til bankoverførsler, ikke mindst i de tilfælde, hvor de indbetalte beløb er forholdsvis små. I disse tilfælde vil debitor antageligvis kunne modsætte sig et kreditorskifte, medmindre SPV'et skadesløsholder debitor for disse meromkostninger. Situationen er antageligvis helt teoretisk, idet originatoren som hovedregel stadigvæk varetager inkassationen.

⁴⁷⁾ Jf. således i det hele Bo von Eyben, Peter Mortensen og Ivan Sørensen: Lærebog i Obligationsret II (2000), s. 45.

⁴⁸⁾ Lov nr. 501 af 7.6.2001 om finansiel virksomhed.

samme måde som før være indifferent overfor, til hvem renter samt afdrag skal erlægges, såfremt det bare ikke medfører yderligere omkostninger for debitor. Såfremt debitor vil modsætte sig et kreditorskifte, må han i givet fald påberåbe sig de samme omstændigheder, som ovenfor nævnt, nemlig, at den personlige relation til banken har været afgørende for kredittens optagelse hos denne bank, idet man forventede en mere velvillig behandling i tilfælde af misligholdelse etc. Adgangen til at fremkomme mod sådanne indsigelser mod den fri overførlighed må dog antages at være særdeles begrænset, ikke mindst henset til det forhold, at den erhvervsmæssige kredittager ofte har haft mulighed for at få indføjet sådanne forhold i kreditaftalen, såfremt dette er ønskværdigt.

4.1.2. Forholdet mellem debitor og originatoren – videregivelse af kundeoplysninger

Selvom der således ikke umiddelbart er forhold, der forhindrer overdragelsen af fordringer til SPV'et, bør originatoren sammen med sine rådgivere være opmærksom på, at bestemmelserne om finansielle virksomheders tavshedspligt og forbud med uberettiget videregivelse af kundeoplysninger i lov om finansiell virksomhed (LFV)⁴⁹ samt bestemmelserne i persondataloven (PDL)⁵⁰ om overførsel af oplysninger til tredjemand kan lægge visse begrænsninger på måden, hvorpå fordringerne overdrages og administreres. Dette gælder navnlig, såfremt originatoren er en finansiell virksomhed, hvilket ofte vil være tilfældet. I sådanne tilfælde gælder der som altovervejende hovedregel efter LFV § 4, at en finansiell virksomhed, her forstået som dets ansatte, bestyrelse samt eksterne rådgivere, ikke uberettiget må videregive eller udnytte fortrolige oplysninger om kunderne, som de er kommet i besiddelse af i forbindelse med deres hverv. Begrebet "fortrolige oplysninger" omfatter i den forbindelse i princippet alle oplysninger om kunden, som ikke er offentligt tilgængelige⁵¹. Hvad der må anses for at være en "berettiget videregivelse af oplysninger" påkalder sig herefter interesse, idet dette er afgørende for originatorens generelle adgang til at videregive oplysninger. I bemærkningerne til LFV anføres det generelt, at "berettiget videregivelse" for det første omfatter videregivelse af oplysninger til Finanstilsynet og skattemyndighederne. For det andet videregivelse til EDB-centraler såfremt de har et tilstrækkeligt

⁴⁹⁾ Lov nr. 429 af 24.5.2001 om behandling af personoplysninger.

⁵⁰⁾ Dette er dog ikke ensbetydende med, at offentligt tilgængelige oplysninger uden videre kan videregives til tredjemand. Dette forhold reguleres derimod af bl.a. lovens § 3 om redelig forretningskik og god praksis.

⁵¹⁾ Herved menes de EDB-centraler, der benyttes i forbindelse med pengeinstitutters clearing.

sikkerhedsniveau⁵². For det tredje kan der ske videregivelse i forbindelse med soliditetsoplysninger i overensstemmelse med de gældende regler herom samt i forbindelse med fusion eller salg af hele eller dele af den finansielle virksomhed. Endelig kan der blive tale om videregivelse, såfremt kunden har givet samtykke til dette i overensstemmelse med LFV § 10. Uanset, at der alene er tale om en opremsning af typeeksempler, må det anses for tvivlsomt, hvorvidt der kan ske en videregivelse af kundeoplysninger til et udenlandsk SPV i forbindelse med overdragelse af eksempelvis en portefølje af privatkundelån uden udtrykkeligt samtykke fra debitorerne. Det skal således bemærkes, at der ikke - som i tilfældet med fusionen eller frasalget af dele af den finansielle virksomhed - er tale om antageligvis enkeltstående aktiviteter, der typisk kommer til kundens kendskab, men derimod er der tale om løbende overførsel af oplysninger til et ikke nærmere for kunden kendt selskab. Dertil kommer, at, mens overdragelse af en finansiell virksomheds aktiviteter normalt vil ske til et andet finansielt selskab, der ligeledes er under tilsyn, vil dette langt fra altid være tilfældet med overdragelse af fordringer til et SPV. Dette gælder ikke mindst i de tilfælde, hvor SPV'et er beliggende i en *off shore* jurisdiktion. Særligt i relation hertil kan det anføres, at videregivelse af oplysninger til et sådant selskab allerede i medfør af PDL § 27, stk. 1. kan være udelukket, under hensyntagen til, at det tredjeland, der huser SPV'et, ikke nødvendigvis har et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau⁵³.

I overensstemmelse med ovenstående bør det derfor overvejes ganske nøje, om det vitterligt er nødvendigt at udveksle kundeoplysninger med SPV'et, eller om det alternativt bør overvejes, om der skal indhentes samtykke fra kunden, evt. via et generelt forhåndstilsagn i originatorens kreditaftaler. Sidstnævnte løsning bør dog overvejes nøje, henset til det forhold, at der ikke alene en gang for alle skal indhentes et sådant tilsagn, men at der ligeledes en gang om året skal ske en underretning til kunden om, hvilke oplysninger der kan videregives med kundens samtykke, til hvilket formål videregivelse kan ske samt hvem der kan modtage oplysningerne, jf. således LFV § 10, stk. 3. Tilfældet er antageligvis derfor ofte det, at det førstnævnte gør sig gældende. SPV'et har som udgangspunkt ikke behov for at vide, hvem de enkelte debitorer er, hvor stort det enkelte lån er etc. Alene de sammenstillede oplysninger vil have interesse, således, at der i princippet ikke skal ske nogen udveksling af oplysninger. Skulle der derimod ske en videregivelse, og er denne berettiget i henhold til LFV § 4, stk. 1, overføres den finansielle virksomheds tavshedspligt til den, der modtager oplysninger, der herefter vil være

⁵²⁾ Det skal dog bemærkes, at denne bestemmelse for så vidt kun gælder for udveksling af personoplysninger, jf. PDL § 1, stk. 1., hvorefter loven med visse undtagelser (jf. § 1, stk. 3-6) kun gælder for behandling af personoplysninger

⁵³⁾ Er modtageren tillige en finansiell virksomhed, der må antages at være bekendt med bestemmelserne, kan en sådan eksplicit henvisning til reglerne være unødvendig.

underlagt de samme restriktioner for sin videregivelse. Afhængig af modtagers status, påhviler det den finansielle virksomhed at gøre modtageren eksplicit opmærksom på denne tavshedspligt⁵⁴.

Med hensyn til administrationen af en evt. låneportefølje kan der opstå tilsvarende problemer, idet administratoren ofte vil have behov for kundeoplysninger såsom navn, adresse, cpr.nr., udstående beløb etc. for at kunne løse sin opgave. Videregivelse af sådanne oplysninger vil tillige være omfattet af LFV § 4, stk. 1., dog således, at der i LFV § 5 findes en generel modifikation til den i § 4 indeholdte tavshedspligt. I henhold til § 5, stk. 1., kan der herefter ske videregivelse af sædvanlige kundeoplysninger, såfremt dette sker i forbindelse med den modtagne parts varetagelse af administrative opgaver. Denne bestemmelse, der i sin tid blev indført med henblik på bl.a. at facilitere brugen af outsourcing, gør det således muligt uden samtykke at videregive sådanne sædvanlige kundeoplysninger. Hvad der forstås ved "sædvanlige kundeoplysninger" defineres i bekendtgørelse nr. 1075 af 17.12.2001, der i det hele omfatter de oplysninger, som en evt. administrator antageligvis har brug for. Dermed er det ikke nødvendigt specifikt at indhente kundens samtykke i forbindelse med den efterfølgende administration af låneporteføljen. Problematikken med videregivelse af kundeoplysninger er selvfølgelig kun relevant i det omfang, at der ikke vælges en løsning, hvor originatoren ligeledes varetager rollen som administrator. Dog bør det bemærkes, at selv i det tilfælde, hvor administratoren tilhører den samme finansielle koncern, finder reglerne i LFV § 4 henholdsvis § 5 anvendelse. I øvrigt kan det anføres, at såfremt der i henhold til § 5 videregives kundeoplysninger, finder tavshedspligten i § 4, stk. 1 tilsvarende anvendelse for den modtagende part, jf. således § 5, stk. 3.

4.1.3. Salg contra pantsætning af fordringerne

Et andet forhold, der må overvejes i forbindelse med securitisation, er, hvorvidt salget af fordringerne til SPV'et af tredjemand bliver opfattet og accepteret som værende et salg eller om der risiko for, at der vil ske en omkvalificering af salget til at være en pantsætning. En sådan omkvalificering vil kunne ske i henhold til forskellige regelsæt, eksempelvis regnskabs- og skattemæssige regler, regler vedrørende kapitaldækning samt ikke mindst de tingsretlige regler, hvor der som bekendt gælder en realitetsgrundsætning. Når det overhovedet er relevant at undersøge dette forhold nærmere, skyldes dette naturligvis, at en række af formålene med securitisation ikke kan realiseres, såfremt transaktionen ikke accepteres som værende et salg. Dette gælder ikke mindst i forhold til bestræbelserne på at trimme

⁵⁴⁾ Således vil en købsaftalen eksempelvis forholdsvis let kunne ante dateres, mens det uægtelig må antages at være sværere at ændre datoen for en tinglysning eller foretage en rådighedsberøvelse med tilbagevirkende kraft.

balancen; men også i forhold til originatorens øvrige kreditaftaler samt i forhold til kreditorerne i det hele taget har det betydning, om transaktionen kvalificeres som værende et salg eller en pantsætning.

Ud fra det tingsretlige perspektiv er distinktionen mellem en overdragelse til eje og en overdragelse til sikkerhed primært interessant, fordi der for en række aktivers vedkommende gælder forskellige sikringsakter ved salg henholdsvis pantsætning med deraf følgende risiko for misbrug. En reel pantsætning til fordel for en bestemt kreditor kan således camoufleres som værende et salg, hvorved debitor for det første undgår den publicitet, der følger af de til pantsætningen hørende sikringsakter i form af tinglysning og rådighedsberøvelse, og for det andet opnår en øget "fleksibilitet", idet den til overdragelsen hørende sikringsakt i form af en aftale og evt. bindende individualisering har en ringere prioritetsskabende virkning end den tilsvarende sikringsakt ved en pantsætning⁵⁵. Fremgangsmåden vil i den forbindelse som oftest være den, at debitor "sælger" sine aktiver til kreditor, dog således, at debitor fortsat har brugsretten til disse, mod til gengæld at betale en leje til kreditor, der i sine reneste tilfælde præcist svarer til renter og afdrag på det lånte beløb ("salgssummen"). Efter at gælden er fuldtud afdraget, overdrages aktivet normalt igen til debitor. Uagtet, at den grundlæggende transaktion efterhånden findes i et utal af varianter, er det centrale element, at debitor på trods af salget og den formelle overdragelse af ejendomsretten bevarer nogle beføjelser eller rettigheder, som man normalt vil tilskrive ejeren, og at den formelle ejer tilsyneladende har afgivet disse uden nogen fornuftig grund.

Med henblik på at undgå en sådan omgåelse af pantsætningsreglerne til skade for de mange kreditorer, er der opstået et behov for i retspraksis at kunne skelne mellem den reelle omsætningsoverdragelse og de overdragelser, hvor der foreligger et sikringsformål, uden at der dog sker en pantsætning. Kriterierne for denne skelnen har varieret gennem tid. I forlængelse af U 1888.479 H formulerede *Julius Lassen* sin omgængelseslære, hvorefter ejendomsoverdragelser kunne tilsidesættes udfra en omgængelsesbetragtning, såfremt det var forudsat eller direkte aftalt, at debitor efterfølgende, dvs. efter "lejeaftalens" udløb, kunne købe det pågældende aktiv tilbage igen⁵⁶. Tilsvarende formulerede *Ernst Møller* efterfølgende et kriterium om, at det afgørende element var, i hvilket omfang debitor var tillagt brugsretten til det overdragne aktiv.⁵⁷ Uanset, hvilket kriterium der lægges til grund, er det bagvedliggende rationale i begge tilfælde, at køberen af aktivet åbenbart ikke er

⁵⁵) Jf. således Julius Lassen: Håndbog i obligationsret, alm.del, som citeret hos W.E. von Eyben: Formuerettigheder (4.udg.1972) s. 219.

⁵⁶) Jf. således W.E. von Eyben: Formuerettigheder (4.udg.1972), s. 223.

⁵⁷) Jf. således Frederik Vinding Kruse: Ejendomsretten, som citeret hos W.E. von Eyben: Formuerettigheder (4.udg.1972), s. 223.

interesseret i aktivet som sådant, men derimod i en anden ydelse, nemlig tilbagebetaling af lånet, og at købet derfor kun skal have virkning i de tilfælde, hvor denne anden ydelse udebliver. Denne manglende interesse i selve salgsgenstanden giver sig så udslag i, at sælgeren er villig til at lade køberen tilbagekøbe genstanden efter tilbagebetalingsperiodens udløb (genkøbskriteriet) eller ved overhovedet ikke eller kun delvis selv at benytte genstanden, men derimod indrømme sælgeren brugsretten (brugsretskriteriet). Der er efterfølgende sket en yderligere raffinering af kriterierne ved *Frederik Vinding Kruse*, hvorefter de unormale handler kan udskilles fra de normale omsætningskøb ved at se på 1) genstandens art i forhold til køberens behov, 2) dens varige forbliven hos sælgeren samt endelig tidspunktet for aftalens indgåelse, således, at der eksempelvis lægges vægt på, om overdragelsen finder sted umiddelbart før sælgerens konkurs⁵⁸. Uanset hvilke momenter der umiddelbart tillægges vægt, bør det dog erindres, at det helt overordnede kriterium for udskillelsen af det unormale salg fra omsætningssalget er, hvorvidt formålet med aftalen har været at opnå andre værdier end det overdragne, således, at salget kun skal være virkningsfuldt, når disse andre værdier udebliver⁵⁹. At dette kriterium nødvendigvis må gå forud for de ovennævnte momenter, følger af udviklingen i det praktiske retsliv, hvor man forbavsende hurtigt indstiller sig på anvendelsen af sådanne momenter, og herefter søger at udelade disse i den konkrete aftale. I tilfældet med genkøbskriteriet har forholdet jo således været det, at parterne simpelthen har kunnet undlade at aftale en sådan tilbagekøbsadgang og dermed komme udenom pantsætningsreglerne, al den stund, at køberen alligevel i sidste ende – efter tilbagebetaling af lånet – vil overlade aktivet til debitor.

I relation til securitisation kan det ligeledes overvejes, om salget af fordringerne til SPV'et er udtryk for et reelt salg, eller om der evt. foreligger en skjult pantsætning. Når sådanne overvejelser overhovedet trænger sig på, skyldes dette, at transaktionen indeholder visse elementer, som man ikke umiddelbart vil forbinde med et traditionelt salg. Således skal det bemærkes, at i den traditionelle opsætning af securitisation transaktionen fortsætter originatoren med at administrere fordringerne, ligesom han bevarer kontakten til debitorerne uden nogle synlige ændringer. Dertil kommer, at originatoren som regel beholder hele eller store dele af kreditrisikoen, ligesom det kan være aftalt, at originatoren har en option på at tilbagekøbe de solgte fordringer. Endelig modtager originatoren via management fees eller på anden måde betydelige dele af det overskud, der måtte blive genereret i SPV'et. Sammenlagt tegner disse forhold et billede af et ikke helt almindeligt salg af fordringer. Således skal det bemærkes, at det normalt ikke er gængs kutyme ved en overdragelse til eje af en fordring, at overdrageren bevarer kreditrisikoen. Udgangspunktet er tværtimod,

⁵⁸⁾ Jf. således W.E. von Eyben: *Formuerettigheder* (4.udg.1972), s. 224.

⁵⁹⁾ Jf. antageligvis P.R.Wood: *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting* (1995), s. 51 sammenholdt med s. 52, omend noget uklar.

at erhververen i mangel af anden aftale eller en direkte ansvarspådragende adfærd fra sælgerens side, må tage fordringen, som den nu en gang er, uden efterfølgende at gøre krav gældende. En i securitisation dokumentation vanlig klausul om, at originatoren i tilfælde af større tab på de underliggende fordringer skal udskifte lån i restance eller indlemme supplerende fordringer, er derimod normalt ikke i overensstemmelse med den sædvanlige købssituation. Forholdet minder her mere om en pantsætning, henset til det forhold, at pantnaver normalt kan forlange, at der stilles supplerende sikkerhed, såfremt værdien af pantet falder.

På tilsvarende vis stemmer klausuler i securitisation dokumentation, der giver originatoren ret til at tilbageføre et evt. overskud i SPV'et, dårligt overens med et traditionelt salg. Her vil køberen jo normalt forbeholde sig retten til et sådant overskud. Derimod har sådanne bestemmelser en vis lighed med pantsætningssituationen, hvor et evt. overskud efter realisationen af pantet tilfalder pantsætteren.

Når der på trods af ovenstående forhold alligevel er grund til at betragte salget af fordringerne som en overdragelse til eje og ikke en overdragelse til sikkerhed, dvs. en så kaldt *true sale*, som det udtrykkes i den anglo-amerikanske litteratur, skyldes dette, at transaktionen mangler det element af omgåelse, der ellers er karakteristisk for camouflerede pantsætninger. Der er jo således ikke tale om, at SPV'et i realiteten er interesseret i en anden ydelse end de solgte fordringer, og at salget kun skal blive effektivt i tilfælde af, at denne anden ydelse udebliver. Tværtimod er SPV'et jo endog meget interesseret i at modtage lige netop de fordringer, der ligger til grund for transaktionen. Salget er ligeledes virkningsfuldt fra starten af, idet SPV'et er interesseret i at inkassere renter/afdrag på de underliggende fordringer. Det forhold, at originatoren som oftest vedbliver med at administrere fordringerne, kan i den forbindelse ikke tillægges nogen afgørende betydning. Forholdet er jo det, at der netop i dette tilfælde er en særdeles god grund til, at fordringerne vedbliver med at blive administreret hos originatoren – nemlig at hverken SPV'et eller andre af aktørerne har de fornødne ressourcer eller vilje til at varetage denne administration. Tilsvarende har det næppe nogen selvstændig betydning i relation til omgængesspørgsmålet, at originatoren evt. har en option på at tilbagekøbe en del af fordringerne. Traditionelt er en sådan genkøbsbetingelse ganske vist blevet betragtet som værende et indicium for erhververens manglende interesse i den erhvervede genstand, men i dette tilfælde skyldes betingelsen normalt et ønske om at kunne afslutte transaktionen, når antallet af fordringer falder under et vist niveau, hvorved omkostningerne ved at opretholde transaktionsstrukturen overstiger indtægterne. Der synes således at være en fornuftig og fuldt ud legitim grund til at inkorporere en sådan bestemmelse i securitisation dokumentationen.

Undertiden ses det tillige anført, at et centralt led i enhver securitisation transaktion må være opretholdelsen af en effektiv rådighedsberøvelse i forhold til originatoren.

Dette er for så vidt korrekt i de tilfælde, hvor en overdragelse til eje forudsætter, at der sker en rådighedsberøvelse, eksempelvis i forbindelse med en overdragelse af simple fordringer, hvor sikringsakten – denunciation – ret beset er udtryk for en rådighedsberøvelse. Dog bør det i denne sammenhæng bemærkes, at, såfremt aktivet er af en sådan beskaffenhed, at en overdragelse til eje ikke forudsætter rådighedsberøvelse – eksempelvis i forbindelse med en overdragelse til eje af negotiable fordringer – er der ikke umiddelbart nogen grund til at underkende en konstruktion, hvor originatoren fortsætter med at administrerer fordringerne, når bare der er truffet tilstrækkelige foranstaltninger, der forhindrer, at der sker misbrug. Selv i tilfælde af en overdragelse af simple fordringer bør konstruktionen anerkendes, selvom den herved udstedte inkassofuldmagt til originatoren naturligvis i dette tilfælde bør fastsætte meget faste grænser for originatorens beføjelser med hensyn til de inkasserede beløb, jf. således afsnit 4.1.4. Med andre ord er der således ingen grund til at betragte selve den grundlæggende konstruktion med originatoren som administrator som værende betænkelig, når bare de konkrete sikringsakter er varetaget på betryggende vis. At der i forbindelse med ejendomsrettens overgang således ikke nødvendigvis er sket en rådighedsberøvelse, medfører således ikke, at selve konstruktionen må underkendes eller omkvalificeres, når der ikke i øvrigt foreligger omstændigheder, der peger i retning af, at der ved transaktionen er tilsigtet en omgåelse af pantsætningsreglerne.

4.1.4. Overdragelse af fordringerne – simple fordringer

I forbindelse med originatorens salg af fordringerne til SPV'et må der naturligvis drages omsorg for, at de fornødne sikringsakter iagttages. For de simple fordringers vedkommende vil denne som bekendt bestå i denunciation til fordringens debitor, jf. således GBL § 31, stk. 1. Netop denne sikringsakt kan efter omstændighederne give anledning til problemer i de tilfælde, hvor de underliggende aktiver eksempelvis er kreditkortfordringer eller lignende, hvor hver enkelt fordring er forholdsvis lille, og det samlede antal debitorer, der skal denuncières, derfor er tilsvarende stort. I sådanne tilfælde kan omkostningerne ved sikringsaktens iagttagelse evt. bevirke, at der må vælges en anden form for aktiver til securitisation transaktionen, om end omkostningerne i forbindelse med denunciation kan reduceres ved, at det er originatoren selv, der forestår denne. Originatoren vil jo således allerede have en løbende kontakt med debitorerne i forbindelse med ydelse af kreditten samt den efterfølgende inkassation af renter og afdrag. I forhold til eksempelvis England bemærkes det dog, at vi ikke i Danmark har mulighed for at foretage en tinglig beskyttet overdragelse af en række udestående fordringer, uden

at iagttage kravet om denunciation. I England er dette antageligvis⁶⁰ muligt via en såkaldt *equitable assignment*, hvorved erhververen kan opnå kreditorbeskyttelse uden at iagttage kravet om denunciation, hvilket naturligvis letter anvendelsen af simple fordringer som underliggende aktiver i en securitisation transaktion⁶¹.

I det omfang, der kan findes en tilfredsstillende løsning på problemet med denunciation af et stort antal debitorer, må det herefter afklares, hvorledes inkassofuldmagten til originatoren skal udformes, således, at det grundlæggende krav om rådighedsberøvelse – som denunciationen dybest set er udtryk for – iagttages. Indledningsvis skal det i den forbindelse bemærkes, at der som udgangspunkt intet er til hinder for, at originatoren stadigvæk oppebærer renter og afdrag fra de overdragne fordringer. Det centrale er i den forbindelse, at originatoren ikke som sådan har en egentlig rådighed over disse. Dette vil herefter normalt føre til, at renter og afdrag fra de overdragne fordringer skal indsættes på en separat konto, der holdes fuldstændigt adskilt fra originatorens egne konti, ikke mindst i de tilfælde, hvor originatoren selv er en finansiel institution. Derudover må det kræves, at der løbende føres tilsyn med, at de indkomne renter og afdrag vitterlig indsættes på denne konto, og at der tilsvarende reageres, såfremt det viser sig, at der måtte være uoverensstemmelser i forhold til den i forvejen fastsatte amortiseringsplan. Et særligt kritisk punkt er det i den forbindelse, såfremt det viser sig, at renter og afdrag først indsættes på den spærrede konto med en vis forsinkelse, således, at originatoren herved reelt råder over de indkomne renter og afdrag i en kortere eller længere periode. I sådanne tilfælde må det generelt antages, at SPV'et ikke kan opretholde deres tinglige beskyttelse, medmindre man omgående i et sådant tilfælde fratager originatoren inkassobeføjelsen, og i øvrigt udpeger en ny administrator, hvilket der normalt vil være mulighed for i henhold til den konkrete administrationsaftale. Der kan dog i den forbindelse være grund til at anføre, at man nok bør være en anelse mere tilbageholdende med at underkende hele arrangementets tingsretlige beskyttelse i tilfælde af, at der foreligger et meget stort antal – hver for sig små – fordringer, hvoraf der har været uregelmæssigheder med en enkelt eller ganske få,

⁶⁰⁾ Ulempen ved en sådan *equitable assignment* er dog, at erhververen ikke opnår nogen omsætningsbeskyttelse. Denne risiko synes man imidlertid villig til at tage i de fleste transaktioner.

⁶¹⁾ En rådighedsberøvelse som sådan er ikke påkrævet af GBL § 14. Imidlertid medfører bestemmelsen i GBL § 14, at en efterfølgende erhverver kan ekstinkvere den oprindelige erhververs ret til fordringen, såfremt følgende betingelser er opfyldt: 1) Den senere erhverver skal have købt eller modtaget fordringen i pant, 2) overdrageren skal rent fysisk have været i besiddelse af fordringen, 3) den senere erhverver skal have fået fordringen i hænde eller i hvert fald have frataget overdrageren rådigheden over denne, 4) den senere erhverver skal være i god tro med hensyn til overdragerens adkomst samt 5) overdragerens adkomsttrække til dokumentet skal være i orden, dog gælder dette ikke, såfremt der er tale om et ihændehavergældsbevis. Den erhverver, der med sikkerhed vil eliminere risiko for denne ekstinktive godtroserhvervelse, må således fratage overdrageren rådigheden over dokumentet, idet et af de grundlæggende betingelser herved falder bort.

end i den situation, hvor der alene er tale om et par hundrede forholdsvis store fordringer.

4.1.5. Overdragelse af fordringerne – negotiable fordringer

Med hensyn til overdragelse af negotiable fordringer, eksempelvis en portefølje af pantebreve der giver i pant i fast ejendom, opstår der ikke de samme problemer i relation til originatorens opgave med at inkassere renter og afdrag. Ved overdragelse af negotiable fordringer til eje opstår der således i princippet intet problem med hensyn til rådighedsberøvelse, idet en overdragelse til eje som bekendt allerede opnår beskyttelse fra overdragerens kreditorer på tidspunktet for aftalens indgåelse, evt. på tidspunktet for en bindende individualisering, eksempelvis i tilfælde af, at der måtte være tale om obligationer, der af den ene eller anden årsag ikke foreligger i dematerialiseret form. Her vil originatoren således uden problemer kunne fortsætte med at inkassere renter og afdrag, uden at der nødvendigvis opstår et problem med hensyn til dennes rådighed over de solgte aktiver. Det er dog umiddelbart også her klart, at der bør ske en klar adskillelse af originatorens egne midler og de indkomne afdrag, således, at der ikke i forbindelse med originatorens evt. konkurs opstår problemer med at identificere de midler, der måtte tilhøre SPV'et. Med henblik på at opnå omsætningsbeskyttelse, vil det derimod være påkrævet, at der sker en egentlig rådighedsberøvelse, jf. således GBL § 14, for at undgå, at en senere erhverver kan ekstinkvere SPV'ets ret til den negotiable fordring⁶². Erfaringen synes imidlertid at vise, at SPV'et sjældent vil være interesseret i at modtage selve fordringerne, men at man ofte i stedet for forlader sig på, at originatoren undlader at videresælge disse i strid med SPV'ets ret⁶³. Ræsonnementet bag denne fremgangsmåde er antageligvis den, at originatoren normalt vil være en så respektabel virksomhed, at en sådan fremgangsmåde ikke vil komme på tale, samt, måske, at de medvirkende investeringsbanker og andre aktører har et sådant markedskendskab, at man ikke kan forestille sig, at et sådant salg kan finde sted, uden at dette ryktes i finansielle kredse, og dermed ligeledes kommer til SPV'ets samt de andre aktørers kendskab.

⁶²⁾ Jf. således P.R. Wood: *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting* (1995), s. 52 hvor det i forbindelse med den beslægtede problemstilling ved equitable assignments anføres, at investorer og rating bureauerne normalt er villige til at acceptere en manglende omsætningsbeskyttelse, og således er villige til udelukkende at basere deres dispositioner på et kontraktuelt forbud mod sådanne dispositioner.

⁶³⁾ Der er alene tale om et udgangspunkt. Således kan et syndikeret banklån efter omstændighederne opvise flere kreditgivere end eksempelvis et kapitalmarkedslån, hvor investment banken aftager alle de udstedte gældsinstrumenter.

4.2. Aktørproblemer

Det kan i forbindelse med de juridiske problemer ved securitisation i Danmark tillige overvejes, om den særlige aktørstruktur, der kendetegner sådanne transaktioner, jf. afsnit 3.1., bør give anledning til særlige overvejelser. I den forbindelse kan det indledningsvist anføres, at langt størstedelen af strukturen kan overføres direkte til danske forhold, både med hensyn til originator, investorer og rådgivere. Det, der kan give anledning til visse overvejelser, er for det første, hvorledes investorerne bør repræsenteres, dvs. om man bør fastholde anvendelsen af en trust som obligationsejernes repræsentant, samt hvilke alternativer der evt. findes, samt for det andet, hvordan SPV'et mest hensigtsmæssigt kan organiseres.

4.2.1. Repræsentation af investorerne – anvendelse af en trust

I modsætning til, hvad der som udgangspunkt gælder for et almindeligt banklån, er et kapitalmarkedslån som oftest kendetegnet ved et betydeligt antal kreditgiverne, i form af de investorer, der erhverver de udstedte gældsinstrumenter⁶⁴. Denne flerhed af kreditorer, der ofte vil være geografisk spredte, kan give anledning til visse problemer for såvel kredittageren som for kreditgiverne selv. For kredittageren, fordi det er vanskeligt efterfølgende at foretage ændringer eller justeringer af det oprindelige lån, al den stund, at alle kreditgivernes tilsagn til sådanne ændringer som udgangspunkt er påkrævet⁶⁵. For kreditgiverne, fordi disse ikke altid kan optræde samlet, samt fordi enkelte retsforfølgende kreditgivere i mangel af andre mekanismer via deres søgsmål kan forhindre en ellers fordelagtig omstrukturering af kredittagerens lån, såfremt denne kommer i betalingsvanskeligheder⁶⁶.

Med henblik på at undgå disse problemer aftales det ofte i internationale udstedelse af gældsinstrumenter, at investorerne lader sig repræsentere af en trust. Denne har

⁶⁴⁾ Alene besværet med at informere kreditgiverne om de påtænkte ændringer kan være ganske betydeligt, ikke mindst i de tilfælde, hvor gældsinstrumenterne er udstedt som ihændeavgældsbreve, hvor kreditgiverens forretningsadresse/ bopæl ikke altid er opgivet.

⁶⁵⁾ Disse såkaldte *maverick bondholders* har det ofte som deres formål direkte at forhindre en sådan omstrukturering således, at de andre kreditgivere i sidste ende måske er villige til at købe de pågældende kreditgiver ud, ved at erlægge det fulde beløb.

⁶⁶⁾ Størrelsen af denne andel afhænger naturligvis af, hvad der som udgangspunkt kan aftales parterne imellem. I en række udstedelser vil der ofte være tale om en forholdsvis lille andel, så som eksempelvis 20%, regnet efter andelen i det samlede lån. Anvendelsen af no action klausuler og deres nærmere udformning bør i øvrigt overvejes nøje, idet visse domstolene i en række jurisdiktioner har udvist betydelig tilbageholdenhed med at anerkende eller tillægge sådanne klausuler fuld virkning, ud fra en generel betragtning om, at sådanne klausuler reelt forhindrer anvendelse af et grundlæggende retsmiddel i ethvert retssystem.

herefter til opgave dels at kontrollere kredittagerens overholdelse af diverse covenants i lånedokumentationen, dels at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende i de relevante tilfælde, herunder søge et evt. krav tvangsfuldbyrdet, såfremt en vis del af investorerne ønsker en sådan løsning samt endelig at virke som investorerne repræsentant i en række forskellige sammenhænge, herunder især i forbindelse med omstruktureringer af kreditten. Ved at anvende en trustee som repræsentant, opnår investorerne i den forbindelse en række fordele, nemlig dels, at en professionel aktør med en betydelige erfaring varetager den løbende overvågning af kredittageren -, hvilket ellers næppe ville være sket på samme plan eller i samme omfang -, dels, at det er muligt at inkorporere flere og mere sofistikerede covenants i lånedokumentationen, idet der nu findes en aktør, der reelt kan kontrollere overholdelsen af disse. Endelig medfører anvendelsen af en trust som regel til til, at der i tilfælde af misligholdelse fra kredittagerens side af sker et samlet og endeligt opgør med denne. Anvendelsen af en trust er således normalt kombineret med en såkaldt *no action* klausul, der påbyder investorerne at afstå fra selvstændigt at indlede retsskridt mod kredittageren i tilfælde af misligholdelse. Evt. misligholdelsesbeføjelser udøves således af trusten på vegne af investorerne, såfremt en i forvejen bestemt andel af disse bestemmer dette på et kreditormøde⁶⁷. Individuel retsforfølgelse kan herefter kun ske, såfremt den fornødne andel af investorerne har pålagt trusten at indlede retsforfølgning, men denne af en eller anden grund ikke efterkommer denne instruks.

Anvendelse af en trust er ligeledes hensigtsmæssig i tilfælde af, at kreditten skal sikres. Aktiverne kan i så tilfælde pantsættes direkte til trusten. Såfremt investorerne efterfølgende ønsker at afhænde deres gældsinstrumenter, kan dette ske, uden at der på ny skal ske tinglysning, registrering eller andre foranstaltninger i forbindelse med at pantet overdrages. Dette er muligt, idet det fremtrædende karakteristika ved trusten jo netop er, at denne kan fremstå som *legal owner* af den pågældende trust property, mens den til enhver tid værende kreds af investorer vil have status af *beneficial owners*.

Uagtet, at anvendelse af trustinstituttet synes velbegrundet i en række finansielle transaktioner, herunder securitisation transaktioner, bør det overvejes, om trustinstituttet også bør anvendes i forbindelse med danske securitisation transaktioner, dvs. transaktioner, der sker i henhold til dansk ret. Overvejelserne er

⁶⁷⁾ En manglende anerkendelse, der vel nok må tilskrives det forhold, at dansk ret på linie med en lang række civil law jurisdiktioner har problemer med at forlige sig med tanken om, at en debitor tilsyneladende er i besiddelse af en række aktiver, der kan danne grundlag for en tilførsel af kredit, når det efterfølgende viser sig, at dette alligevel ikke er tilfældet, idet aktiverne alene er blevet holdt *on trust* for den reelle ejer. Ovennævnte er udtryk for den *false wealth* doktrin, som common law lande ikke tillægger helt så stor vægt, jf. således til eksempel Philip R. Wood: *International Loans, Bonds and Securities Regulation* (1995), s. 171.

relevante, idet dansk ret som bekendt ikke anerkender trustinstituttet⁶⁸, hvorefter man potentielt kan forestille sig, at der opstår problemer, såfremt man anvender en udenlandsk trustinstitution til opgaven. Navnlig bør det i den forbindelse overvejes, om den mangelfulde anerkendelse af trustinstituttet i Danmark efter omstændigheder kan føre til, at trusten eksempelvis ikke kan sagsøge et her domicileret SPV ved danske domstole, hvilket i givet fald vil afholde en originator fra at etablere sit SPV i Danmark⁶⁹. Dette kan ikke umiddelbart antages at være tilfældet. Det må derimod antages – som anført af *Herman Federspiel* i U 1999B.361 – at en dansk domstole vil admitttere søgsmål med en trust som sagsøger, såfremt denne vel at mærke er forskriftsmæssigt etableret i sit hjemland. Tilsvarende vil et SPV næppe heller kunne påberåbe sig nogen *ordre public* synspunkter i forbindelse med et sådant evt. søgsmål⁷⁰.

Et andet spørgsmål, der undertiden ses anført i relation til anvendelsen af trusters i finansielle transaktioner, er den situation, hvor der – som det er tilfældet med de gængse securitisation transaktioner – sker en pantsætning til trusten til fordel for investorerne. Her vil dansk ret unægtelig have svært ved at acceptere sondringen mellem en legal og en beneficial owner. Der vil således enten skulle ske en pantsætning direkte til investorerne, hvilket næppe vil være praktisk, jf. det allerede anførte, eller der vil skulle ske en pantsætning direkte til trusten. Her vil der dog opstå et problem, derved, at trusten jo ikke er kreditor i forhold til udstederen af gældsinstrumenterne. Da det må antages, at panteretten er en fordringsret⁷¹, synes en pantsætning til trusten, for at denne kan anerkendes, at forordre – i hvert fald som et teoretisk udgangspunkt – , at denne tillige er kreditor. Er dette ikke tilfældet, synes det vanskeligt at tale om en reel pantsætning. Tilbage står spørgsmålet, hvorledes SPV'ets pantsætning da skal håndteres. Som anført af *Herman Federspiel*, kan man enten vælge at basere sig på, at domstolene vil anlægge en praktisk synsvinkel og tillægge trusteeen de beføjelser, den vil have efter eksempelvis engelsk ret, ud fra et synspunkt om, at problemet med panthaverrepræsentation ellers kun vanskeligt kan

⁶⁸⁾ En konstruktion med udenlandsk værneting og lovvalg, men med SPV'et domicileret i Danmark, vil næppe blive overvejet. I givet fald vil man antageligvis vælge en løsning, hvor SPV'et fra starten af er etableret i udlandet.

⁶⁹⁾ Jf. således tillige *Herman Federspiel* i U 1999B. 361. Det må i øvrigt antages, at SPV'et i selve lånedokumentationen på forhånd giver afkald på at fremkomme med sådanne indvendinger. Se i den forbindelse den beslægtede situation i forbindelse med MTN-programmet for statens udenlandske lånoptagelse, hvor staten på forhånd giver afkald på såkaldte *sovereign immunity* synspunkter.

⁷⁰⁾ Jf. således W.E. von Eyben: *Panterettigheder* (6.udg.1980), s. 7. Se i øvrigt *Herman Federspiel* i U 199B.361 note 15 for yderligere henvisninger.

⁷¹⁾ Dog synes det, som om, at Nordea Markets, der i flere omgang har forestået udstedelse af CMO'er, har valgt denne løsning. I hvert fald synes dette efter ordlyden af prospektet at være tilfældet, idet der er udpeget en *trustee and representative* til fordel for investorerne.

løses. Alternativt må der etableres en løsning, hvor der foretages en pantsætning direkte til investorerne, men hvor trusten udpeges som repræsentant for panthaverne, og i den forbindelse tillægges de nødvendige administrative beføjelser. Uden et nærmere kendskab til praksis indenfor dette område, må det dog antages, at udenlandske trustselskaber generelt er tilbageholdende med, at der foretages for vidtgående ændringer i den almindeligt accepterede trustdokumentation. Sagt med andre ord, må løsninger, såsom den ovenstående, der afviger den normale procedure, antageligvis holdes indenfor forholdsvis snævre rammer⁷².

4.2.2. Organisering af SPV

Som tidligere anført, må SPV'et organiseres på en sådan måde, at det er fuldstændigt uafhængigt af originatoren, ikke mindst, såfremt formålet med transaktionen er at fjerne aktiver fra originatorens balance. Denne uafhængighed kan opnås på flere måder; enten ved at lade en trust eje det pågældende SPV i de lande, hvor dette er en farbar vej, eller ved eksempelvis at oprette en erhvervsdrivende fond, der herefter kan eje det pågældende SPV⁷³. Sidstnævnte løsning har fundet anvendelse i Danmark, hvor Nordea Markets i forbindelse med gennemførelsen af deres repackaging har oprettet en erhvervsdrivende fond udelukkende med det formål at eje de SPV'er, der måtte blive anvendt i forbindelse med de konkrete transaktioner. Mere specifikt er konstruktionen den, at fonden – der er oprettet via en gave fra Nordea – ejer et holdingselskab, der herefter ejer de enkelte SPV'er⁷⁴.

Disses virksomhed vil herefter være reguleret af enten Lov om Sparevirksomheder⁷⁵ (SVL) eller alternativt af Bank- og Sparekasseloven. Når SPV'ets virksomhed i princippet kan være omfattet af enten Sparevirksomhedsloven eller Bank- og Sparekasseloven, skyldes dette, at førstnævnte udgør en "opsamlingslov" for de virksomheder, der bedriver en eller anden form for virksomhed, hvorved der modtages penge fra offentligheden, eller en videre kreds af investorer, men som samtidigt ikke er omfattet af Bank- og Sparekasseloven eller nogle af de andre love for finansielle virksomheder. Mere præcist regulerer Sparevirksomhedsloven de

⁷²⁾ En løsning, hvor et uafhængigt selskab, eksempelvis et aktieselskab, ejer det pågældende SPV eller hvor enkeltpersoner tegner ejerandele i SPV'et ses ikke umiddelbart anvendt i praksis.

⁷³⁾ Konstruktionen er valgt af skattemæssige årsager, jf. således Peter Nyegaard, Christian Hyldahl og Ole Simonsen: Danske CMO'er, Revision og Regnskabsvæsen 1996, nr. 2, s. 42.

⁷⁴⁾ Lov nr. 375 af 22.5.1996 om sparevirksomheder med senere ændringer.

⁷⁵⁾ Jf. således SVL § 1 stk. 2., hvorefter sparevirksomheder skal være enten a) aktieselskaber, b) anpartsselskaber, c) erhvervsdrivende fonde, d) andelsselskaber/foreninger eller andre selskaber/foreninger med begrænset ansvar eller e) filialer af udenlandske virksomheder der svarer til a-d.

virksomheder, der – uden at være kreditinstitutter – erhvervsmæssigt eller som et væsentligt led i deres drift modtager indlån eller andre tilbagebetalingspligtige midler fra offentligheden eller en videre kreds af investorer, og anbringer disse midler på anden måde end ved indsættelse i et pengeinstitut, jf. således SVL § 1, stk. 1. SPV'et, der udsteder gældsinstrumenter til offentligheden eller i hvert fald til en videre kreds af investorer, vil således være omfattet af loven, al den stund, at de modtagne midler jo anvendes til erhvervelse af de fordringer, som originatoren ønsker at afhænde. I modsætning til, hvad der gælder efter Bank- og Sparekasseloven, gælder der ingen krav om solvens eller kapitaldækning for sparevirksomheder. Eneste betingelse er, at disse har en fuldt indbetalt egenkapital på 5 mio. kr., jf. således SVL § 4. Hensynet til indskyderne – her forstået som både dem, der har ydet indlån eller på anden måde har stillet tilbagebetalingspligtig kapital til rådighed for sparevirksomheden – er primært varetaget gennem bestemmelserne i SVL § 4, stk. 2, hvorefter en evt. udbyttebetaling til aktionærer, anpartshavere etc.⁷⁶ er begrænset til en forretning af egenkapitalen med en sats, der svarer til diskontoen med tillæg af 1%, medmindre Finanstilsynet giver sit samtykke til et højere udbytte⁷⁷. Indskyderne er således ikke omfattet af Garantifonden for indskydere og investorer. Da krav om solvens og kapitaldækning i sig selv er omkostningskrævende, siger det umiddelbart sig selv, også henset til SPV'ets begrænsede funktion, at det må tilstræbes, at det er Sparevirksomhedsloven og ikke Bank- og Sparekasseloven, der finder anvendelse på SPV'ets virksomhed. Det afgørende vil i den forbindelse være, om SPV'et må antages at drive pengeinstitutvirksomhed, som denne er defineret i BSL § 1, stk. 4. Pengeinstitutvirksomhed defineres i den forbindelse forholdsvis bredt som værende at varetage funktioner i forbindelse med omsætning af penge, kreditmidler og dermed forbundne serviceydelser. En nærmere beskrivelse af kerneområdet af pengeinstitut- (kreditinstitut) virksomhed findes i 1. Bankdirektivs art. 1. Kreditinstitutvirksomhed defineres her som værende: *”fra offentligheden at modtage indlån eller andre midler, der skal tilbagebetales, samt i at yde lån for egen regning”*. En yderligere beskrivelse findes i bilaget til 2. Bankdirektiv, der opremser en række forretningsområder, der må antages at udgøre kerneområdet for kreditinstitutvirksomhed, heriblandt diskontering af fordringer. Det springende punkt er herefter, i hvilket omfang SPV'ets modtagelse af tilbagebetalingspligtige midler

⁷⁶⁾ Dog således, at udbyttet altid kan beregnes til 4% af egenkapitalen, såfremt regnskabet tillader dette, jf. SVL § 4 stk. 2 sidste punktum.

⁷⁷⁾ Der tænkes her på de såkaldte *Commercial Paper Conduits*, der forenklet sagt er kendetegnet ved, at de løbende opkøber fordringer af varierende varighed fra et større antal originators og finansiere disse køb ved udstedelse af commercial papers. Komplexiteten består dels i det forhold, at aktivmassen er skiftende og af varierende kvalitet og beskaffenhed, hvilket nødvendiggør flere former for likviditets- og kreditforbedringsfaciliteter, dels i det forhold, at en optimal finansiering kræver, at der udstedes commercial papers i forskellige markeder og i forskellige valutaer.

fra en videre kreds af investorer, sammenholdt med dets køb af fordringer, i sig selv er nok til at konstituere pengeinstitutvirksomhed, med den konsekvens, at den fortsatte virksomhed skal udøves i overensstemmelse med Bank- og Sparekasselovens regler herom samt med den følge, at SPV'et skal søge om tilladelse til at drive pengeinstitutvirksomhed. Efter den hidtidige praksis kan det næppe antages, at en enkeltstående transaktion, hvor SPV'et erhverver originatorens fordringer i sig selv udgør pengeinstitutvirksomhed. Det bemærkes da også, at de SPV'er, der er anvendt i Nordea Markets transaktioner, alle er under tilsyn af Finanstilsynet efter reglerne i Sparevirksomhedsloven. Imidlertid er det også klart, at springet mellem denne form for virksomhed samt egentlig pengeinstitutvirksomhed ikke er særligt stort, navnlig ikke, såfremt der er tale om erhvervelse af andre fordringer end eksempelvis realkreditobligationer eller statsobligationer. I de "rene" securitisation tilfælde, hvor originatoren afhænder eksempelvis en portefølje af kreditkortfordringer eller fordringer på leasingydelser, synes springet til egentlig finansieringsvirksomhed, som er omfattet af Bank- og Sparekasseloven ikke længere at være så stort. Endnu mindre bliver forskellen, såfremt der er tale om et SPV, der erhverver fordringer fra ikke en, men flere originators. Her synes det nærliggende at opfatte SPV'ets virksomhed som bestående i at omsætte penge og kreditmidler, som angivet i BSL § 1, stk. 4. Det skal i den forbindelse bemærkes, at der ikke kan sluttes modsætningsvis fra den ovenfor citerede passus fra 1. Bankdirektiv; en aktivitet kan godt være pengeinstitutvirksomhed, selvom der ikke foretages "udlån" i den klassiske forstand af ordet. Det afgørende er alene, om virksomheden udfører funktioner, der efter deres art eller omfang har en sådan tilknytning til pengeinstitutvirksomhed, at Bank- og Sparekasseloven må anses for at være den rette reguleringsramme, ikke mindst med henblik på at varetage hensynet til indskyderne. Det siger i den forbindelse umiddelbart sig selv, at behovet for at beskytte indskyderne via en mere detaljeret regulering af virksomhedsudøvelsen stiger i takt med, at SPV'et udfører flere og mere forskelligartede transaktioner. Der er således stor forskel på risikoen forbundet med at investere i ekserealkreditobligationer i modsætning til kreditkortfordringerne fra et større antal virksomheder og ligeledes på indskydernes muligheder for at vurdere denne risiko. Meget taler derfor for, at SPV'ets virksomhed i hvert fald i det sidste tilfælde rettelig må antages at skulle reguleres af Bank- og Sparekasseloven. Et forhold, som man i øvrigt har været opmærksom på i den finansielle sektor - . Således fremgik det allerede af Børsmægler-foreningens rapport: Nye skridt på det danske obligationsmarked, at der potentielt kunne opstå problemer, såfremt et SPV investerede i flere forskellige typer af aktiver, idet grænsen til egentlig finansieringsvirksomhed var flydende med de ovenfor nævnte konsekvenser. I forlængelse heraf foreslås det da også, at der for det første sker en afklaring af og i hvilket omfang et SPV kan erhverve flere forskellige aktiver og stadig være under bestemmelserne i Sparevirksomhedsloven, ligesom det foreslås, at der udarbejdes en egentlig securitisation lovgivning, der kan regulere de mere komplekse former for securitisation.

5. Konklusion

Formålet med nærværende artikel har alene været at give en generel oversigt over begrebet "securitisation" samt at pege på enkelte områder, der kan give anledning til problemer og som nødvendigvis må overvejes, såfremt man her i Danmark ønsker mere generelt at gøre brug af securitisation. Det bemærkes i den forbindelse, at mens de store aktører har ressourcerne til at fremkomme med særlige løsninger på evt. problemer, er dette ikke nødvendigvis tilfældet for en række mindre virksomheder, der ønsker at anvende teknikken i deres finansiering. Her er der brug for standardiserede og forholdsvis let tilgængelige løsninger, der kan anvendes på en bred vifte af situationer, såfremt omkostningerne i forbindelse med opstarten og gennemførslen af transaktionen ikke skal overstige den potentielle gevinst. Denne opgave kan og bør løstes af ikke bare praktikerne, men i lige så høj grad af det juridiske forskermiljø. Det er således en opgave, som forskere indenfor erhvervskreditretten ikke bør vige tilbage fra at påtage sig. Hermed skulle bolden være givet op.

E-handelsloven - privatretlig og/eller offentligretlig lov?

af

Ruth Nielsen

1. Emne og problemstilling

Hovedemnet for denne artikel er den danske implementering af e-handelsdirektivet¹ ved e-handelsloven, lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel,² der trådte i kraft den 25.4.2002 dagen efter offentliggørelsen i Lovtidende og godt tre måneder efter implementeringsfristens udløb den 17.1.2002.

Det mest bemærkelsesværdige ved den danske implementering af e-handelsdirektivet er den særligt danske (snævre) fortolkning af begrebet koordineret område og dermed af afsenderlandsprincippet, som tilkendes gives i bemærkningerne til forslaget til e-handelsloven.³ Efter den danske regerings opfattelse omfatter det koordinerede område kun offentligretlige regler og ikke privatretlige regler. Hvis denne fortolkning, der kun findes i forarbejderne, men ikke er kommet (klart)⁴ til udtryk i lovtæksten, lægges til grund, følger en tilsvarende indskrænkning af rækkevidden af fri bevægelighedsreglen (afsenderlandsprincippet) i e-handelsdirektivets art 3,

¹⁾ 2000/31/EF, se generelt om direktivet Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001.

²⁾ Lov nr 227 af 22.4.2002.

³⁾ L 61, på http://www.folketinget.dk/Samling/20012/lovforslag_som_fremsat/L61.htm.

⁴⁾ Se dog nedenfor i afsnit 4 om definitionen af det koordinerede område, der er lidt anderledes i e-handelsloven end i e-handelsdirektivet.

idet den frie bevægelighed for informationstjenester gælder på det koordinerede område.

Efter e-handelsdirektivets art 3, stk 3, jf bilaget til direktivet, har medlemslandene kompetence til at undtage 3 specifikke kontraktretlige emner fra fri bevægelighedsreglen i direktivets art 3 (afsenderlandsprincippet),⁵ nemlig kontraktforpligtelser i forbrugeraftaler, parternes frihed til at indgå lovvalgsaftaler om kontraktforhold og den formelle gyldighed af kontrakter vedrørende fast ejendom.

Danmark har ikke i teksten til e-handelsloven benyttet denne kompetence, fordi man i forarbejderne er gået ud fra, at hele privatretten er undtaget fra afsenderlandsprincippet, hvorfor man anså det for overflødigt at foretage specifikke undtagelser, fx for forbrugeraftaler, i lovteksten.

Efter en objektiv fortolkning af lovteksten⁶ fremtræder den danske e-handelslov derfor som en lov, der giver onlinehandlende, der er etableret i andre EU lande og som sælger til danske forbrugere, en meget vidtgående fri bevægelighed, og større fri bevægelighed end der efter direktivet (og EF-Traktaten) er pligt til at give dem, idet direktivets muligheder for at gøre undtagelser for visse kontraktforhold, navnlig forbrugeraftaler, ikke er benyttet.

Efter en subjektiv fortolkning af e-handelsloven, er loven derimod udtryk for en meget snæver gennemførelse af direktivet. Hvis man følger forarbejdernes udtalelser om, at hele privatretten - ikke blot de tre kontraktretlige undtagelser der eksplicit er tilladt i e-handelsdirektivet, men fx også hele erstatningsretten og resten af kontraktretten - falder uden for afsenderlandsprincippet i e-handelsdirektivets art 3, får onlinetjenesteydere, der er etableret i andre EU lande mindre fri bevægelighed end de efter en naturlig sproglig forståelse af direktivet har krav på, se nærmere nedenfor i afsnit 4 om fri bevægelighed for e-tjenester.

I det følgende gennemgås e-handelsloven og dens konsekvenser for dansk ret diskuteres, herunder om det er foreneligt med de EU retlige krav til implementering at fortolke den danske e-handelslov i overensstemmelse med de danske forarbejder til loven, eller om det følger af EU retlige principper om gennemsigtighed og retssikkerhed, at der skal anlægges en objektiv fortolkning af lovteksten, bla med

⁵⁾ Medlemslandene kan kun undtage disse emner fra den skærpede fri bevægelighedsregel i e-handelsdirektivets art 3, ikke fra de almindelige fri bevægelighedsregler i EF-Traktaten, navnlig art 49 EF om fri bevægelighed for tjenesteydelser.

⁶⁾ Se generelt om objektiv og subjektiv fortolkning Nielsen, Ruth: Retskilderne, Kbhvn 2002, kap IV.

den konsekvens, at onlinehandlende fra andre EU lande har ret til at behandle danske forbrugere efter den erhvervsdrivendes etableringslands ret uden at behøve at tage hensyn til dansk forbrugerret i tilfælde, hvor dansk forbrugerlovgivning er mere restriktiv for den fremmede onlinehandlendes frie bevægelighed end hans etableringslands ret.

E-handelsloven belyses i det følgende gennem en analyse af forholdet mellem det underliggende direktiv og den danske lov, forholdet mellem e-handelsloven og de tilsvarende regler for off-linehandel, forarbejderne til loven, samt i komparativt perspektiv med hovedvægten på sammenligning med de to andre nordiske EU lande (Finland og Sverige) og England og Tyskland.

2. E-handelslovens opbygning og anvendelsesområde

E-handelsdirektivet, der ligger til grund for e-handelsloven, fastsætter (fragmenter af) regler for hele den kommercielle kæde fra etablering, over kommerciel kommunikation til kontraktindgåelse, ansvar og konfliktløsning. Det består udover en omfattende præambel på 65 betragtninger, af 24 artikler fordelt på 4 kapitler om henholdsvis: almindelige bestemmelser, principper, iværksættelse og afsluttende bestemmelser.

Kap I om almindelige bestemmelser består af 3 artikler om formål og anvendelsesområde (art 1), definitioner (art 2) og det indre marked (art 3, der fastslår afsenderlandsprincippet. Der er et bilag til direktivet, der indeholder undtagelser fra denne bestemmelse). Kap II om principper er delt op i 4 afdelinger. Afdeling 1 (art 4-5) handler om krav vedrørende etablering og oplysninger, afdeling 2 (art 6-8) om kommerciel kommunikation, afdeling 3 (art 9-11) om kontrakter, der indgås elektronisk, og afdeling 4 (art 12-15) om formidleransvar for tjenesteydere. Kap III om iværksættelse består af 5 artikler om adfærdskodekser (art 16), udenretlig bilæggelse af tvister (art 17), søgsmålsadgang (art 18), samarbejde (art 19) og sanktioner (art 20). Kap IV om afsluttende bestemmelser består af 4 artikler om revision (art 21), gennemførelse (art 22), ikrafttræden (art 23) og adressater (art 24).

Ved vedtagelsen af den danske e-handelslov har man (stort set)⁷ implementeret e-handelsdirektivet i én samlet lov uden at ændre eller tilpasse de øvrige love, fx aftaleloven, forbrugeraftaleloven, mfl, der også gælder for e-handel.

⁷⁾ Se dog nedenfor om forbudsloven, der implementerer e-handelsdirektivets art 18.

I dansk ret er udgangspunktet for handel via internettet eller andre elektroniske kommunikationsnet, at de regler, der gælder off-line, også gælder online. Handel er generelt reguleret både i den privatretlige formueret, herunder aftaleretten, og i den offentligretlige næringsret, der bla indeholder regler om tilsyn og kontrol med visse erhverv, markedsføring mv. Kontrakter, der indgås online er distanceaftaler (fjernsalg), der for så vidt angår forbrugeraftaler er undergivet visse særlige regler (fx om oplysningspligt, fortrydelsesret, mv)⁸ i forbrugeraftaleloven,⁹ der gælder både for off-line og online fjernsalg (e-handel). Det indebærer, at e-handelsloven ikke udtømmende gør op med de emner, den behandler, men skal læses, dels sammen med det underliggende direktiv, dels sammen med de regler, der gælder for tilsvarende off-line handel. De fleste og mest vidtgående informationspligtregler i forbindelse med e-handel med forbrugere findes fx i fjernsalgsreglerne i forbrugeraftaleloven.

E-handelsloven følger, bortset fra nogle karakteristiske udeladelser, e-handelsdirektivet nøje, idet den danske lov, for så vidt angår de af e-handelsdirektivets bestemmelser, der er implementeret i dansk ret, stort set er skrevet af efter den danske version af direktivteksten.

Man har i den danske e-handelslov udeladt præamblen til direktivet og formålsbestemmelsen i direktivets art 1, hvilket formentlig skyldes, at det passer forholdsvis dårligt til sædvanlig dansk lovgivningsteknik at medtage sådanne bestemmelser.

I relation til fri bevægelighedsreglen i direktivets art 3 (afsenderlandsprincippet) har man udeladt de tre kontraktretlige undtagelser, direktivet tillader, jf foran og mere detaljeret nedenfor i afsnit 4 om fri bevægelighed for e-tjenester (afsenderlandsprincippet).

Man har også undladt at vedtage særlige implementeringsbestemmelser vedrørende direktivets art 4 (princippet om at der som hovedregel ikke kræves forhåndsgodkendelse).¹⁰

⁸⁾ På EU niveau er distanceaftaler med forbrugere reguleret i fjernsalgsdirektivet 97/7/EF, der fastsætter minimumsregler for forbrugerbeskyttelse. Der skal efter direktivet fx mindst være 7 arbejdsdages fortrydelsesret, men EU landene kan frit vælge en længere periode. Danmark har valgt 14 dage.

⁹⁾ Lovbekendtgørelse nr 886 af 23. december 1987 med de ændringer, der følger af lov nr 262 af 6. maj 1993, lov nr 1098 af 21. december 1994 og lov nr 442 af 31. maj 2000.

¹⁰⁾ På telekommunikationsområdet er der efter direktivets art 4, stk 2 en vis adgang til at kræve forhåndsgodkendelse. Fra 25.7.2003 erstatter de nye telekommunikationsdirektiver direktiv 97/13/EF, som e-handelsdirektivets art 4, stk 2 henviser til. På EU niveau vil adgang mv til

Direktivets art 9, der foreskriver, at der skal være adgang til at indgå kontrakter elektronisk, er sprunget over i e-handelsloven, jf om elektronisk aftaleindgåelse nedenfor i afsnit 5.

E-handelsdirektivets kap III (art 16-20) om iværksættelse har kun givet anledning til en enkelt bestemmelse i e-handelsloven, nemlig lovens § 17, der gennemfører direktivets art 19. Den danske e-handelslov indeholder ikke noget om proces- og sanktionsspørgsmål. E-handelsdirektivets art 18, der ændrer forbudsdirektivet,¹¹ er dog implementeret ved forbudsloven.¹²

E-handelslovens formelle titel er 'lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel'. Informationssamfundet er i mange retssystemer, bla i Danmark, genstand for spredt og sektorspecifik regulering.¹³ Telelovgivningen regulerer adgangen til og drift af telekommunikationsnetværk - men ikke det indhold, der sendes via nettene, eller retsstillingen mellem parter, der kommunikerer via nettene eller over for tredjeparter, der berøres af det indhold, der findes på nettene. E-handelsdirektivets kap II og den danske e-handelslovs §§ 7-16 harmoniserer visse aspekter af indholdet af e-tjenester, se nærmere nedenfor i afsnit 5.

E-handelsloven finder efter lovens § 1 anvendelse på tjenester i informationssamfundet. Loven finder dog efter § 1, stk 2 ikke anvendelse på forhold, der vedrører: 1) beskatning, 2) persondatabeskyttelse, 3) konkurrencelovens regler om konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, misbrug af dominerende stilling samt fusionskontrol, 4) notarvirksomhed eller lignende virksomhed, der er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, 5) repræsentation af klienter i retten og 6) spil, som indebærer, at der gøres en indsats med penge i hasardspil,

elektroniske kommunikationsnet og -tjenester herefter navnlig være reguleret i følgende direktiver: rammedirektivet (2002/21/EF), tilladelsesdirektivet (2002/20/EF), adgangsdirektivet (2002/19/EF), forsyningspligtdirektivet (2002/22/EF) og direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation (2002/58/EF) samt frekvenspolitikbeslutningen (Europa Parlamentets og Rådets beslutning 676/2002/EF).

¹¹⁾ 98/27/EF.

¹²⁾ Lov nr 1257 af 20.12.2000 om forbud til beskyttelse af forbrugernes interesser, der finder anvendelse på de nationale regler, der gennemfører de direktiver, som er optaget på bilaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/27/EF om søgsmål med påstand om forbud på området beskyttelse af forbrugernes interesser. E-handelsdirektivets art 18 indsatte e-handelsdirektivet (2000/31/EF) på bilaget til forbudsdirektivet (98/27/EF).

¹³⁾ Se om mediekonvergens Søren Sandfeld Jacobsens artikel i denne Julebog.

herunder lotteri og væddemål. Denne afgrænsning svarer til den, der foretages i e-handelsdirektivets art 1, stk 5.

Efter e-handelsdirektivets art 1, stk 4 indfører direktivet ikke nye international privatretlige regler og berører ikke domstolenes kompetence. Første del af denne bestemmelse (om lovvalg) er den danske regerings hovedargument for at fortolke hele privatretten ud af fri bevægelighedsreglen i direktivets art 3, se nærmere nedenfor i afsnit 4 om fri bevægelighed for e-tjenester. Andel del af bestemmelsen om den internationale procesret (internationalt værneting, mv) er ikke nævnt i den danske e-handelslov. Internationalt værneting, mv er nu reguleret i domsforordningen, der pga det danske forbehold om samarbejde om retlige og indre anliggender dog ikke gælder umiddelbart i Danmark.¹⁴

E-handelslovens § 2 indeholder en række definitioner, der for de flestes vedkommende svarer ordret til dem, der findes i e-handelsdirektivets art 2. Det gælder dog ikke helt definitionen af det koordinerede område, se nedenfor i afsnit 4 om fri bevægelighed for e-tjenester. Den danske definition af det koordinerede område kan og skal imidlertid fortolkes direktivkonformt.¹⁵

3. Fremmed ret¹⁶

I Finland,¹⁷ Sverige¹⁸ og England¹⁹ har man på tilsvarende måde som i Danmark implementeret e-handelsdirektivet ved en samlet retsakt (lov eller bekendtgørelse (statutory instrument)).

¹⁴⁾ Se nærmere 44/2001/EF, Rådets forordning af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område, Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001 s 256 ff, Lars Lichtenstein: International procesret og E-handel, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2002 p 112 <<http://www.rettid.dk>> og Heine, Kasper, Martin von Haller Grønbæk og Jan Trzaskowski: Internetjura, 2002 kap 8.

¹⁵⁾ Se generelt om pligten til direktivkonform fortolkning i den EU retlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 20002 kap 4.

¹⁶⁾ Der ligger links til en række relevante retsakter på <http://www.cbs.dk/departments/law/research/ITmat/digsig.htm>.

¹⁷⁾ Nr 458/ 2002, Lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster.

¹⁸⁾ SFS 2002:562, Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänst.

¹⁹⁾ Statutory Instrument 2002 No 2013, ELECTRONIC COMMUNICATIONS, The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002.

I Tyskland har man derimod tilpasset de hidtil gældende retsakter. Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz²⁰ ændrede Teledienstegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz og Zivilprozessordnung. Desuden ændrede man Bürgerliches Gesetzbuch.²¹

4. Fri bevægelighed for e-handelstjenester

Fri bevægelighedsreglen i e-handelsdirektivets art 3 er en skærpelse af den fri bevægelighed for tjenesteydere, der kræves efter art 49 EF som fortolket af EU Domstolen i den såkaldte Cassis de Dijon-doktrin.²²

E-handelslovens §§ 3-6 tilsigter at gennemføre e-handelsdirektivets art 3 om det indremarked. E-handelslovens § 2, nr 8 indeholder en fra e-handelsdirektivets art 2, litra h) noget afvigende definition af det koordinerede område, som er det område direktivets frie bevægelighed (afsenderlandsprincippet) gælder for.

Det mest bemærkelsesværdige ved den danske implementering af e-handelsdirektivet er som nævnt, at det i bemærkningerne til forslaget til den danske e-handelslov siges, at det er regeringens²³ opfattelse, at det koordinerede område og dermed afsenderlandsprincippet alene omfatter offentligretlige regler og ikke privatretten. Den danske regering mener således, at e-handelsdirektivet kun kræver fri bevægelighed for onlinetjenesteydere, der respekterer deres etableringslands ret, uden yderligere offentligretlige restriktioner, men ikke forhindrer, at medlemslandene opstiller privatretlige restriktioner for sådanne tjenesteydere, fx for sælgeren

²⁰⁾ Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, Bundesgesetzblatt 2001, nr 70 s 3721, ikke-officiel version på <http://www.iid.de/iukdg/EGG/EGG121101.pdf>.

²¹⁾ Navnlig BGB § 126 ff og BGB § 312e.

²²⁾ Se for en gennemgang af forskellen mellem EF-Traktatens fri bevægelighedsregel og e-handelsdirektivets Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001 kap III. Se generelt om fri bevægelighed i EU i den EU retlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 2002 kap 5-9 og Engsig Sørensen, Karsten og Poul Runge Nielsen: EU-retten, Kbhvn 1999, del I, kap 4-9.

²³⁾ Der er (formentlig) ikke noget partipolitisk i standpunktet. Det af den nuværende borgerlige regering den 29.1.2002 fremsatte forslag (inklusive forarbejderne) er i alt væsentligt identisk med det af den tidligere socialdemokratiske regering den 24.10.2001 fremsatte forslag til e-handelslov, der bortfaldt ved valget i efteråret 2001. Fortolkningen hidrører formentlig primært fra embedsværket. E-handelsloven hører ressortmæssigt under erhvervsministeriet. Justitsministeriet bistår med rådgivning om den lovtekniske kvalitet, herunder relationen til EU retten.

strengere regler om fortrydelsesret i fjernsalgsaftaler²⁴ end dem, der gælder i hans etableringsland, mere krævende informationspligtregler i forbindelse med aftaleindgåelse end etableringslandets, objektivt erstatningsansvar (i stedet for culpaansvar) og lignende.

I det følgende diskuteres først sondringen mellem privatret og offentlig ret generelt, derefter ses på definitionen af det koordinerede område i dansk og fremmed ret, og på de enkelte §'er i e-handelsloven, der skal sikre den frie bevægelighed. Til sidst diskuteres den danske regerings argumenter for at indlæse sondringen mellem offentlig ret og privatret i e-handelsdirektivets fri bevægeligheds regel.

4.1 Sondringen mellem privatret og offentlig ret

Sondringen mellem offentlig ret og privatret har lang tradition i dansk ret både i lovgivning, retspraksis og i litteraturen. Man plejer at lægge vægt på, at offentlig ret og privatret har forskellige *formål*, varetager forskellige *interesser* og kan *håndhæves* ved forskellige midler.²⁵

Inden for den kontinentaleuropæiske civil law tradition har sondringen mellem privat- og offentlig ret i mange år været indarbejdet i den nationale retssystematik. I de fleste civil law lande, inklusive de andre nordiske EU-lande (Sverige og Finland), findes særlige forvaltningsdomstole, således at sondringen mellem offentlig ret og privatret også et langt stykke vej er forankret i kompetencefordelingen mellem forskellige domstole. I Danmark er det dog de samme, almindelige domstole, der behandler både privatretlige og offentligretlige tvister.

I komparativ retlige fremstillinger, der giver et overblik over de generelle forskelle mellem civil law traditionen og common law traditionen, fremhæves den forskellige brug af sondringen mellem offentlig ret og privatret normalt som en karakteristisk forskel på civil law og common law.²⁶

²⁴⁾ Også i kommercielle forhold. Direktivet tillader eksplicit, at kontraktforpligtelser (fx pligt til at respektere fortrydelsesret) i forbrugeraftaler undtages fra den frie bevægelighed.

²⁵⁾ Sml Ross, Alf: Ret og Retfærdighed, Kbhvn 1953 s 246 ff og Gomard, Bernhard: Introduktion til obligationsretten, Kbhvn 1979 s 8.

²⁶⁾ David, René and John E C Brierley: Major Legal Systems in the World Today, London 1985 s 81 skriver fx (min kursivering): 'In all the countries of the Romano-Germanic family, legal science places the rules of law in the same principal categories. Everywhere *the same great basic division between public and private law is found.*' og s 335 om common law (min kursivering): English legal structure is not the same as that of French law and it poses the

På EU rettens nuværende udviklingstrin er det principielt nationalt anliggende, hvordan man vil systematisere national ret, herunder om, og i givet fald hvordan, man vil bruge sondringen mellem offentlig ret og privatret i forbindelse med implementering af direktiver blot man sørger for, at et direktiv bliver implementeret i dets fulde udstrækning.

Oprindelig blev EU ret nok mest opfattet som noget, der vedrørte international ret og/eller offentlig ret. I det meste af Europa har der imidlertid i de senere år været stigende opmærksomhed om EU rettens samspil med privatretten. Mange nationale aktører er mere betænkelige ved EU rettens indtrængen i privatretten end i den offentlige ret. Daniela Caruso fremhæver således:²⁷

‘Member States strive to keep civil adjudication within their control and to protect the self-contained, autonomous structure of their codes (or sets of private law doctrines) from the disruptive impact of European legislation.’

En måde, hvorved man kan afskærme privatretten mod EU, er at opdele EU lovstoffet i privatretlige og offentligretlige dele i implementeringsprocessen og anlægge fortolkninger af de privatretlige dele, der begrænser og minimerer disse, så eksisterende national privatret i det væsentligste kan bevares uændret.

I Danmark har denne metode været benyttet i flere tilfælde i forbindelse med implementering af direktiver, der krydser den centrale formueret, hvilket har resulteret i ufuldstændig og uklar implementering og fortolkninger, der harmonerer dårligt med EU Domstolens praksis.²⁸ Implementeringen af e-handelsdirektivet ved e-handelsloven er et eksempel på denne tendens, men retsteknisk speciel ved at den snævre privatretsafskærmende fortolkning af e-handelsdirektivet kun kommer til

greatest difficulty for a continental jurist since it is, in fact, totally different. There is for example *no principal division of law into ‘public’ and ‘private’*...

²⁷⁾ Sml Daniela Caruso: The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration, *European Law Journal* 1997 p 3 ff.

²⁸⁾ Se nærmere Nielsen, Ruth: Retskilderne, Kbhvn 2002 p 130 ff, der omtaler den manglende implementering i Danmark af art 5, 3. pkt i direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår (Holland blev i maj 2001 dømt af EU Domstolen for ikke at have opfyldt sine forpligtelser, bla ved ikke at have sikret en udtrykkelig gennemførelse af direktivets art 5, 3. pkt, jf Sag C-144/99, Kommissionen mod Holland, Saml 2001 I- 354) samt forbrugeraftalelovens § 7, stk 2, der sammenholdt med almindelige obligationsretlige regler om ugyldighed og passivitet implementerer dørsalgsdirektivets (85/577/EØF) regler om fortrydelsesret på en måde, der strider mod EU Domstolens fortolkning i Heininger-sagen, Sag C-481/99, Georg Heininger og Helga Heininger mod Bayerische Hypothek- und Vereinsbank AG, Saml 2001 I-9945.

udtryk i forarbejderne, ikke i selve lovteksten, hvilket skaber retssikkerhedsproblemer og gennemsigtighedsproblemer for de fremmede onlinehandlende, der skal indrette sig efter den danske lovtekst, hvis der er gjort undtagelse fx for forbrugeraftaler.

4.2. Det koordinerede område

Efter den danske regerings opfattelse omfatter det koordinerede område kun offentligretlige krav. Dette siges eksplicit i bemærkningerne til lovforslaget,²⁹ men ikke i lovteksten. Formuleringen af definitionen af det koordinerede område er i den danske e-handelslov ændret i forhold til direktivet, jf følgende opstilling, hvor jeg har kursiveret de største forskelle:

e-handelsdirektivet art 2, litra h)

‘koordineret område’: de *krav*, der i medlemsstaternes retssystemer er fastsat for leverandører af informationssamfundstjenester eller for informationssamfundstjenester, uanset om de er generelle eller specifikt fastsat for disse.

Det koordinerede område vedrører krav, som tjenesteyderen skal opfylde:

- når han påbegynder aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester, fx krav til kvalifikationer, tilladelse og underretningsordninger
- når han udøver aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester, fx krav til tjenesteyderens adfærd, krav til kvaliteten eller indholdet af tjenesten, herunder krav, som gælder i forbindelse med reklamer og *kontrakter*, eller krav vedrørende tjenesteyderens *ansvar*.

Det koordinerede område omfatter ikke krav som fx:

- krav til varer som sådan
- krav til levering af varer
- krav til tjenester, som ikke ydes elektronisk.

den danske e-handelslovs § 2, nr 8)

Koordineret område: *Regler*, der er fastsat i Den Europæiske Unions medlemsstater og *håndhæves af medlemsstaternes myndigheder*, og som omhandler krav til informationssamfundstjenester eller krav til leverandører af informationssamfundstjenester, når aktivitet som leverandør påbegyndes eller udøves. Det koordinerede område omfatter ikke krav til varer som sådanne eller krav til levering af varer.

²⁹⁾ L 61, på http://www.folketinget.dk/Samling/20012/lovforslag_som_fremsat/L61.htm.

I den danske e-handelslov defineres det koordinerede område som regler, der håndhæves af medlemsstaternes myndigheder. Denne formulering benyttes ikke i direktivets definition, der taler om krav uden at sige noget om, hvem der håndhæver dem. Formålet med den danske omformulering er formentlig at lede tanken hen på offentligretlige regler. Privatretlige regler håndhæves dog efter omstændighederne også af offentlige myndigheder. På forbrugerområdet påser Forbrugerombudsmanden til en vis grad overholdelse af privatretlige regler som aftalelovens § 36 og forbrugeraftaleloven. Hvis en off- eller onlinehandlende generelt overtræder disse regler, vil det stride mod god markedsføringsskik og kunne medføre kritik fra Forbrugerombudsmanden.

I e-handelsdirektivets definition nævnes som eksempler inden for det koordinerede område eksplicit krav til tjenesteyderen vedrørende kontrakter og ansvar.³⁰ Ansvarsregler findes for en stor dels vedkommende i erstatningsretten. Kontraktretten og erstatningsretten henføres normalt - i lande der benytter sondringen mellem privatret og offentlig ret - under privatretten. Disse privatretlige eksempler på noget, der er omfattet af det koordinerede område, har man forbigået i definitionen i den danske e-handelslov, formentlig for at støtte op om den offentligretlige fortolkning af fri bevægelighedsreglen (afsenderlandsprincippet), se nærmere nedenfor.

Den svenske e-handelslov³¹ definerer det samordnede område som: 'det samordnede regelområdet: rättsregler med krav på informationssamhällets tjänster och på tjänsteleverantörer i fråga om påbörjande och utövande av verksamhet som rör sådana tjänster' dvs efter ordlyden nogenlunde ligesom den danske lov, men man har i forarbejderne forudsat, at dette kan omfatte både privatretlige og offentligretlige krav. Oprindeligt mente man i Sverige, ligesom i Danmark, at det samordnede

³⁰⁾ I den engelske version lyder denne del af definitionen af det koordinerede område: 'the pursuit of the activity of an information society service, such as requirements concerning the behaviour of the service provider, requirements regarding the quality or content of the service including those applicable to advertising and *contracts*, or requirements concerning the *liability* of the service provider;', på tysk '- die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft, beispielsweise Anforderungen betreffend das Verhalten des Diensteanbieters, Anforderungen betreffend Qualität oder Inhalt des Dienstes, einschließlich der auf Werbung und *Verträge* anwendbaren Anforderungen, sowie Anforderungen betreffend die *Verantwortlichkeit* des Diensteanbieters' og på fransk '- l'exercice de l'activité d'un service de la société de installal'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de *contrat*, ou sur la *responsabilité* du prestataire.'

³¹⁾ SFS 2002:562, Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänst.

område kun omfattede offentligretlige krav,³² men i løbet af forberedelsesprocessen kom der så megen kritik heraf, at man ændrede standpunkt. I Lagrådsremissen om e-handelsloven siger man således:

Enligt regeringen talar mycket för att den bedömning som gjordes i promemorian är riktig. Samtidigt är direktivet oklart och någon uttrycklig regel som anger att civilrättsliga frågor inte omfattas av direktivet finns inte. I sista hand är det en uppgift för EG-domstolen att avgöra direktivets innebörd. Den svenska regeringen bör därför nära ansluta till direktivtexten, vilket också är den lagstiftningsteknik som valts i de flesta länder.³³

Den finske e-handelslov³⁴ definierar det koordinerede område på følgende måde (min kursivering):

- 5) det samordnade området, de krav som ingår i rättsordningen och som tjänsteleverantören måste uppfylla när det gäller etablering och utövande av verksamhet, såsom krav i fråga om
- a) behörighet, tillstånd, registrering eller anmälningar till myndigheter,
 - b) tillvägagångssätt, reklam och annan marknadsföring, kvaliteten på eller innehållet i tjänster, *avtal* eller tjänsteleverantörens *ansvar*.

Den engelske Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002³⁵ definierar det koordinerede område som følger (min kursivering):

"coordinated field" means requirements applicable to information society service providers or information society services, regardless of whether they are of a general nature or specifically designed for them, and covers requirements with which the service provider has to comply in respect of -

(a) the taking up of the activity of an information society service, such as requirements concerning qualifications, authorisation or notification, and

³²⁾ Ds 2001:13. E-handelsdirektivet - Genomförande av direktivet 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster s 91. Se närmare Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001 s 75.

³³⁾ Lagrådsremiss. Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, mm., Stockholm, 7 februari 2002.

³⁴⁾ Nr 458/ 2002, Lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster.

³⁵⁾ Statutory Instrument 2002 No 1013, ELECTRONIC COMMUNICATIONS, The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002.

(b) the pursuit of the activity of an information society service, such as requirements concerning the behaviour of the service provider, requirements regarding the quality or content of the service including those applicable to advertising and *contracts*, or requirements concerning the *liability* of the service provider, but does not cover requirements such as those applicable to goods as such, to the delivery of goods or to services not provided by electronic means;

I den tyske Teledienstegesetz (TDG) § 4(2), der blev indsat ved den lov,³⁶ der gennemførte e-handelsdirektivet, afgrænses anvendelsesområdet for afsenderlandsprincippet ved direkte henvisning i den tyske lovtekst til direktivets anvendelsesområde.

4.3. Afsenderlandsprincippet: Hjemlandskontrol og gensidig anerkendelse

I e-handelslovens § 3, der implementerer det underliggende e-handelsdirektivs art 3, stk 1,³⁷ foreskrives, at en informationssamfundstjeneste, der leveres af en tjenesteyder, som er etableret i Danmark, inden for det koordinerede område, skal udøves i overensstemmelse med dansk ret. Dette gælder, uanset om tjenesten alene retter sig mod et andet land inden for EU eller EØS. Udgangspunktet for fastlæggelse af den danske markedsføringslovs internationale anvendelsesområde har hidtil været, at foranstaltninger foretaget af en dansk virksomhed i relation til eksportmarkeder falder uden for loven.³⁸ Forbrugerombudsmanden har derfor generelt ikke interesseret sig for den markedsføring, som i Danmark etablerede virksomheder sendte til andre EU lande eller tredjelande. På det punkt må han omfortolke og udvide sin kompetence efter e-handelsloven.

³⁶⁾ Elektronischer Geschäftsverkehr Gesetz (EGG), Lov af 14.12.2001, offentliggjort 20.12.2001 i Bundesgesetzblatt Teil I s 3721. EGG trådte i kraft den 21.12.2001. TDG § 4(2) lyder: (2) Der freie Dienstleistungsverkehr von Telediensten, die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG niedergelassen sind, wird nicht eingeschränkt.

³⁷⁾ E-handelsdirektivets art 3, stk 1 lyder: 'Hver medlemsstat påser, at de informationssamfundstjenester, som leveres af en tjenesteyder etableret på medlemsstatens territorium, er i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der finder anvendelse i denne medlemsstat inden for det koordinerede område.'

³⁸⁾ Se for denne opfattelse fx Børge Dahls kommentar til markedsføringsloven i Karnovs Lovsamling med yderligere henvisninger.

Efter e-handelslovens § 4, der implementerer det underliggende direktivs art 3, stk 2,³⁹ er en tjenesteyder, der er etableret i et andet land inden for EU/EØS og som leverer en informationssamfundstjeneste, undtaget fra overholdelse af danske regler inden for det koordinerede område, selv om tjenesten retter sig mod Danmark, dog med forbehold af de undtagelser, der omtales nedenfor.

4.4. Undtagelser fra afsenderlandsprincippet i den danske e-handelslov

E-handelslovens § 5 bygger på e-handelsdirektivets art 3, stk 3, jf bilaget til direktivet, dog har man forbigået de tre kontraktretlige undtagelser (lovvalgsaftaler, kontraktretlige forpligtelser i forbrugeraftaler og formkrav vedrørende rettigheder over fast ejendom), direktivet tillader. Det begrundes i bemærkningerne til lovforslaget på følgende måde:⁴⁰

At de nævnte undtagelser ikke er medtaget, skyldes, at afsenderlandsprincippet, der antages alene at omfatte offentligretlige regler, jf. herom ovenfor i afsnit C.3.2., jf. afsnit C.2.8., ikke omfatter kontraktretlige regler, herunder international privatret. Når international privatret ikke er omfattet af afsenderlandsprincippet, er det således overflødigt i loven at undtage den fra princippet anvendelsesområde. De i bilaget nævnte undtagelser for så vidt angår visse kontraktretlige regler og dele af den internationale privatret kan under hensyn til direktivets artikel 1, stk. 4, jf. betragtning 23, som er omtalt ovenfor under afsnit C.3.2., alene betragtes som eksempler på forhold, som er undtaget fra afsenderlandsprincippet. For at undgå unødigt tvivl om forståelsen og rækkevidden af afsenderlandsprincippet finder regeringen det rigtigst at undlade at medtage de pågældende undtagelser i loven.

E-handelslovens § 6 implementerer e-handelsdirektivets art 3, stk 4-6 næsten ordret.⁴¹

Danmark har således ved 'lovgivning i forarbejderne' valgt at undtage hele privatretten fra fri bevægelighedsreglen i direktivets art 3, herunder de tre stykker privatret, der efter direktivet utvivlsomt kan undtages. Herefter opstår spørgsmålet,

³⁹⁾ E-handelsdirektivets art 3, stk 2 lyder: 'Medlemsstaterne må ikke af grunde, der henhører under det koordinerede område, begrænse adgangen til at levere informationssamfundstjenester fra en anden medlemsstat.'

⁴⁰⁾ L 61, på http://www.folketinget.dk/Samling/20012/lovforslag_som_fremsat/L61.htm.

⁴¹⁾ Se nærmere om direktivbestemmelserne Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001 kap III.

om en fremmed onlinehandlende skal respektere danske restriktioner inden for de tre privatretlige områder, direktivet tillader undtaget, eller om han kan gøre gældende, at Danmark ikke i lovtæksten til e-handelsloven har gjort nogen undtagelse.

Problemet vil formentlig få størst praktisk betydning på det forbrugerretlige område. Som eksempel kan nævnes en tvist mellem en engelsk onlinesælger og en dansk forbruger. I dansk ret er fortrydelsesretten som hovedregel 14 dage,⁴² i engelsk ret 7 dage.⁴³ I en sag mellem en dansk forbruger, der fortryder efter 10 dage, og en engelsk onlinesælger, der har indstillet sig på 7 dages fortrydelsesret, vil det være en restriktion for denne, hvis han skal rette sig efter den strengere danske regel. Danmark kunne som flere gange nævnt have undtaget forbrugeraftaler fra afsenderlandsprincippet, men har ikke gjort det i lovtæksten. Det indebærer formentlig, at Danmark efter art 3, stk 2 i e-handelsdirektivet ikke må begrænse den engelske onlinehandlendes adgang til at sælge til danske forbrugere ved at stille mere restriktive krav end etableringslandet (England), se også neden for om forholdet til international privatret. EU Domstolen har i traktatbrudssagen mod Danmark vedrørende ligelønsdirektivet⁴⁴ afvist lovgivning i forarbejderne. Domstolen udtalte:⁴⁵

Hensynet til retssikkerheden og retsbeskyttelsen kræver således en utvetydig formulering, der sætter de berørte personer i stand til på tilstrækkelig klar og tydelig måde at kende deres rettigheder og forpligtelser, og domstolene i stand til at sikre iagttagelsen heraf.

11. I det foreliggende tilfælde forekommer den danske lovs ordlyd, som ikke omtaler arbejde af samme værdi og derved giver ligelønsprincippet en i forhold til direktivet snævrere rækkevidde, ikke at opfylde nævnte krav. Den omstændighed, at regeringen i bemærkningerne til lovforslaget har erklæret, at udtrykket 'samme arbejde' i Danmark er blevet fortolket så bredt, at en tilføjelse af udtrykket 'arbejde, som tillægges samme værdi' ikke ville indebære nogen reel udvidelse, er ikke tilstrækkelig til at sikre en hensigtsmæssig information af de berørte personer.

På tilsvarende måde må det antages, at onlinehandlende fra andre EU/EØS lande ikke kan henvises til læsning i det danske Folketingstidende for at finde ud af, hvilke forpligtelser, de har, når de handler med danske forbrugere. Det skal kunne

⁴²⁾ Efter § 12 a i forbrugeraftaleloven.

⁴³⁾ Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000 No 2334 section 11(2).

⁴⁴⁾ Sag 143/83, Kommissionen mod Danmark, Saml 1985 s 427.

⁴⁵⁾ I præmis 10 og 11.

ses af den danske e-handelslov, ifølge hvis tekst de har præcis samme forpligtelser, når de handler med forbrugere som når de handler B2B. En sådan retsstilling er helt forenelig med direktivet. I litteraturen kan man finde argumenter for, at der er mindre behov for forbrugerbeskyttelse ved onlinehandel end ved off-linehandel,⁴⁶ fordi internethandel øger forbrugerbeskyttelsen ved at der bliver let adgang til mange flere informationer end ved traditionel handel.

Hvis Danmark havde ønsket at indføre den retsstilling, der fremgår af lovteksten i e-handelsloven, var der ikke noget EU retligt problem i det. Problemet er, at man ifølge forarbejderne mener noget andet end det, man har udtrykt i lovteksten, og således lovgiver i forarbejderne i stedet for i lovteksten, hvilket ikke lever op til de krav om klar og præcis gennemførelse af direktiver, EU retten stiller.

EU Domstolen⁴⁷ har dog accepteret nordiske forarbejder som tilstrækkelige til at opfylde pligten til at offentliggøre ikke bindende elementer i direktiver, fx bilaget til direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler, se nærmere nedenfor under implementering af ikke-bindende retsakter eller ikke-bindende dele af i øvrigt bindende retsakter.

4.5. Den danske regerings argumenter for, at e-tjenester ikke skal have (skærpet) fri bevægelighed i forhold til privatretlige restriktioner

I bemærkningerne til forslaget til den danske e-handelslov siges det som nævnt, at det er regeringens opfattelse, at det koordinerede område og dermed anvendelsesområdet for den frie bevægelighed for informationssamfundstjenester (afsenderlandsprincippet) alene omfatter offentligretlige regler og ikke privatretten. Efter den danske regerings opfattelse regulerer e-handelsdirektivet således ikke spørgsmålet, om medlemslandene har mulighed for at indføre eller opretholde privatretlige restriktioner for den frie bevægelighed for onlinetjenester fra andre EU/EØS lande. Dette spørgsmål er herefter alene reguleret af fri bevægelighedsreglerne i EF-Traktaten, EU Domstolens fortolkning heraf (Cassis de Dijon-doktrinen) og evt specifikke regler i andre retsakter.

⁴⁶) Hultmark, Christina: Konsumentskydd på Internet - rättsekonomiska synpunkter, Juridisk Tidskrift 1998-99 s 80.

⁴⁷) Sag C-478/99, Kommissionen mod Sverige, Saml 2002 I-xxxx (endnu ikke trykt, dom af 5.5.2002).

4.5.1. Det international privatretlige argument

Forholdet mellem den internationale privatret og e-handelsdirektivet, navnlig fri bevægelighedsreglen i art 3, var omstridt under e-handelsdirektivets tilblivelse. Nogle af deltagerne i lovgivningsprocessen ønskede en - både offentligretlig og privatretlig - lovvalgsregel til fordel for etableringslandets ret. Andre ønskede samme regel vedrørende lovvalg, som den, der i art 2, stk 4 er foreskrevet vedrørende internationalt værneting, nemlig at direktivet ikke berører emnet. E-handelsdirektivet er vedtaget efter beslutningsproceduren i art 251 EF om fælles beslutningstagen mellem EU Rådet og Europa Parlamentet. Sidstnævnte har eksplicit udtalt, at e-handelsdirektivets indre markedsklausul omfatter privatretten (inklusive den internationale privatret), inden man accepterede Rådets fælles holdning til direktivforslaget.⁴⁸

Resultatet blev forskellige formuleringer, der peger i noget forskellig retning.⁴⁹ I præambelens pkt 22 i slutningen siges det:

for effektivt at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser og for at skabe retssikkerhed for tjenesteyderne og -modtagerne bør informationssamfundstjenester principielt være underlagt retssystemet i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret.

Denne formulering peger vel nærmest i retning af, at der indføres en lovvalgsregel til fordel for etableringslandets ret. Herimod kan anføres de bestemmelser, den danske regering fremhæver i bemærkningerne til den danske e-handelslov.⁵⁰ Den

⁴⁸⁾ Se nærmere Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001 s 74. Se generelt om e-handelsdirektivets betydning for lovvalg Heine, Kasper, Martin von Haller Grønbaek og Jan Trzaskowski: Internetjura, 2002 s 581 ff.

⁴⁹⁾ I Guiden til de engelske gennemførelsesbesemmelser til e-handelsdirektivet A Guide For Business To The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Si 2002/2013) 31 July 2002 siges det (s 14) 'Although Article 1 addresses the scope of the Directive, the Directive as a whole does not make clear whether the role of private international law is retained or superseded..... The Government has therefore looked to the purpose of the Directive in informing its approach. This is expressed in Article 1(1) as "ensuring the free movement of information society services between the Member States" and qualified by the statement in recital 22 that "such information society services should in principle be subject to the law of the Member State in which the service provider is established." Som det ses hæfter den engelske regering sig ved vurderingen af den internationale privatrets plads i e-handel ved andre elementer i e-handelsdirektivet end dem, den danske regering fremhæver i bemærkningerne til den danske e-handelslov.

⁵⁰⁾ L 61, på http://www.folketinget.dk/Samling/20012/lovforslag_som_fremsat/L61.htm.

danske regerings indskrænkende fortolkning af fri bevægelighedsreglen i e-handelsdirektivets art 3 støttes som det siges i bemærkningerne til lovforslaget:

‘navnlig på direktivets artikel 1, stk 4, der har følgende ordlyd: ‘Dette direktiv indfører ikke nye internationale privatretlige regler [dvs lovvalgsregler] og berører ikke domstolenes kompetence.’ Herudover fremgår det af betragtning 23 i direktivets præambel, at ‘[d]ette direktiv har hverken til formål at opstille yderligere internationale privatretlige regler om lovkonflikter eller at berøre retternes kompetence; bestemmelser om lovvalg i den internationale privatret indskrænker ikke adgangen til at levere informationssamfundstjenester som fastsat i dette direktiv.’⁵¹ [note tilføjet] Efter regeringens opfattelse er bestemmelsen i art 1, stk 4, til hinder for en udvidet fortolkning af afsenderlandsprincippet til også at omfatte de privatretlige regler. Det skyldes, at en sådan fortolkning ville indebære, at privatretlige tvister vedrørende kontrakter indgået på baggrund af online markedsføring omfattet af e-handelsdirektivet eller tvister vedrørende erstatning uden for kontrakt, fx erstatning for nedsættende omtale af konkurrenters produkter på en hjemmeside, *altid* [min kursivering] ville skulle afgøres i overensstemmelse med afsenderlandets lovgivning. Dermed ville afsenderlandsprincippet - i strid med art 1, stk 4 - i realiteten indføre en lovvalgsregel, dvs en regel om, hvilket lands lovgivning der finder anvendelse på løsning af en konkret tvist.’

Efter min opfattelse er argumentet ikke holdbart og er udtryk for manglende forståelse for forskellen på en fri bevægelighedsregel og en lovvalgsregel. Det, der står i e-handelsdirektivets art 3, stk 2 (om gensidig anerkendelse), er, at medlemsstaterne ikke af grunde, der henhører under det koordinerede område, må begrænse adgangen til at levere informationssamfundstjenester fra en anden medlemsstat. Den regel kan ofte overholdes uden lovvalg til fordel for etableringslandets ret.

Forskellen på krav om fri bevægelighed, når en onlinehandlende opfylder sit etableringslands regler, og lovvalg til fordel for etableringslandets ret kan illustreres med erstatning uden for kontrakt som eksempel. Her kan tænkes flere forskellige niveauer i ansvar for en online tjenesteyder, fx en online lægetjeneste, hvis oplysninger på en webside gør skade på en bruger i et andet EU/EØS land. I nogle lande er der måske objektivt ansvar, i nogle lande culpa med omvendt bevisbyrde og i

⁵¹⁾ I den engelske version, hvor bydeformen anvendes åbent, lyder bestemmelsen (min kursivering): ‘provisions of the applicable law designated by rules of private international law must not restrict the freedom to provide information society services as established in this Directive’. I dansk EU lovsprog anvendes ofte (ligesom i fransk juridisk sprog) nutidsformen som udtryk for bydeform. ‘Medlemsstaterne påser’ i e-handelsdirektivets art 3, stk 1 betyder fx ‘Medlemsstaterne skal påse’, ligesom ‘indskrænker ikke’ i den citerede bestemmelse betyder ‘må ikke indskrænke’.

andre culpa med ligefrem bevisbyrde. I mange lande er hovedreglen om lovvalg ved erstatning uden for kontrakt skadesstedets lov (lex loci delicti).⁵² En onlinelægetjeneste, der er underkastet objektivt ansvar i sit etableringsland,⁵³ som gør skade på en bruger i et land med culpaansvar, bliver ikke begrænset i sin adgang til at levere lægetjenester online ved at blive mødt med et lempeligere ansvar (culpa) end det, der gælder i hans etableringsland.

Afsenderlandsprincippet indebærer derfor ikke som hævdet af den danske regering, at etableringslandets ret altid skal anvendes. Kun i tilfælde, hvor lovvalgsreglen udpeger en regel, der er mere restriktiv for den onlinehandlende end etableringslandets ret, må lovvalgsreglen vige, fordi, som der står i præambelens pkt 23, 'provisions of the applicable law designated by rules of private international law must not restrict the freedom to provide information society services as established in this Directive'.

Reglen i e-handelsdirektivets art 3, stk 2 (om gensidig anerkendelse) kan også illustreres med fortrydelsesretten i forbrugeraftaler, som Danmark som nævnt ikke i lovteksten har undtaget fra afsenderlandsprincippet, uanset at e-handelsdirektivet tillader det. Hvis man tænker sig konflikter vedrørende onlinesalg fra en erhvervsdrivende etableret i Danmark til en forbruger i England og fra en erhvervsdrivende etableret i England til en forbruger i Danmark, vil lovvalgsreglen om forbrugerkontrakter efter art 5 i Romkonventionen om lovvalget i kontraktforhold⁵⁴ ofte føre til, at forbrugerens lands lov skal anvendes. I dansk ret er fortrydelsesretten som nævnt 14 dage, i engelsk ret er den 7 dage. I en sag mellem en engelsk forbruger og en dansk erhvervsdrivende, vil sidstnævntes frie bevægelighed ikke blive bremsset af, at en domstol foretrækker at benytte lovvalgsreglen i Romkonventionens art 5, der peger på den for den erhvervsdrivende lempeligere regel (7 dages fortrydelsesret) i forbrugerens land (England) frem for etableringslandets (Danmarks) regel (14 dages fortrydelsesret). I en sag mellem en dansk forbruger og en engelsk online-sælger, vil det derimod være en restriktion for den engelske onlinesælger, hvis han skal rette sig efter den strengere danske regel. Danmark kunne som flere gange nævnt have undtaget forbrugeraftaler fra afsenderlandsprincippet, men har ikke gjort

⁵²⁾ Se nærmere i den internationale privatretlige litteratur, fx Arnt Nielsen, Peter: International privat- og procesret, Kbhvn 1997 s 595 ff.

⁵³⁾ Norge er et eksempel på et land, der har (eller i hvert fald snart får) objektivt ansvar for onlinelægetjenester, se nærmere Borchgrevink, Mette: Legetjenester på Internett: Hva sier lov og rett?, Lov og Data 2002 nr 2 s 7.

⁵⁴⁾ Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (1) åbnet for undertegnelse i Rom den 19. juni 1980, http://europa.eu.int/eur-lex/da/lif/dat/1998/da_498Y0126_03.html. Alle EU lande er med i Romkonventionen om lovvalg.

det i lovtæksten. Det indebærer formentlig, at Danmark efter art 3, stk 2 i e-handelsdirektivet ikke må begrænse den engelske onlinehandlendes adgang til at sælge til danske forbrugere ved at stille mere restriktive krav end etableringslandet (England).

4.5.2. Det nordiske argument

I bemærkningerne til det danske lovforslag siges det, efter en konstatering af, at embedsmænd fra Kommissionens generaldirektorat for Indre Marked har givet udtryk for, at afsenderlandsprincippet efter deres foreløbige opfattelse også omfatter privatretten. at:

‘Flere andre lande, herunder bla Sverige og Norge, synes derimod at dele regeringens opfattelse af, at afsenderlandsprincippet alene omfatter offentligretlige regler’.

Sådan var det i den indledende fase af implementeringsprocessen, men enigheden om denne fortolkning holdt ikke, idet Sverige gav efter for kritikken mod den snævre fortolkning af det samordnede område som kun omfattende offentlig ret, se nærmere den foran citerede svenske Lagrådsremiss.⁵⁵ Norge har endnu ikke (i skrivende stund) implementeret e-handelsdirektivet.

4.6. Konklusion: Den frie bevægelighed for e-tjenester (afsenderlandsprincippet) gælder både privatretlige og offentligretlige krav

Den danske regerings fortolkning, hvorefter kravet om fri bevægelighed for e-tjenester kun skulle gælde i forhold til offentligretlige restriktioner, men ikke i forhold til privatretlige restriktioner, strider mod ordlyden af direktivets definition af det koordinerede område og harmonerer dårligt med e-handelsdirektivets formål, som er at fremme den frie bevægelighed for onlinetjenester. Den strider også mod (i hvert fald nogle af) direktivets forarbejder.

⁵⁵⁾ Lagrådsremiss. Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, mm., Stockholm, 7 februari 2002 navnlig s 60 ff.

5. Harmonisering af visse aspekter af indholdet af e-tjenester

E-handelsdirektivets kap II og den danske e-handelslovs §§ 7-16 harmoniserer visse aspekter af indholdet af e-tjenester.

5.1. Kontraktindgåelse

5.1.1. Formkrav

En af e-handelsdirektivets hovedbestemmelser er art 9, der foreskriver, at aftaler (bortset fra enkelte undtagelser)⁵⁶ skal kunne indgås elektronisk.⁵⁷

I Danmark har man ikke i e-handelsloven indsat nogen bestemmelse til gennemførelse af direktivets art 9, og man har heller ikke samtidig med vedtagelsen af e-handelsloven ændret de love,⁵⁸ der måtte lægge hindringer i vejen for elektronisk kontraktindgåelse i dansk ret.⁵⁹ I betænkningen e-signatur og formkrav i lovgivningen⁶⁰ drøftedes spørgsmålet mere generelt, men betænkningen mundede ikke ud i lovændringer. I bemærkningerne til e-handelslovforslaget udtalte regeringen om e-handelsdirektivets art 9 (min kursivering):

⁵⁶) a) kontrakter, der skaber eller overfører rettigheder i fast ejendom, bortset fra udlejningsrettigheder b) kontrakter, der ifølge loven kræver medvirken af domstole, offentlige myndigheder eller erhverv, som udøver offentlig myndighed c) kontrakter om kaution og om sikkerhedsstillelse fra personer, der handler uafhængigt af deres handelsmæssige eller erhvervmæssige virksomhed og d) familieretlige og arveretlige aftaler.

⁵⁷) Se nærmere om elektronisk aftaleindgåelse Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001 kap IV og Heine, Kasper, Martin von Haller Grønback og Jan Trzaskowski: Internetjura, 2002 s 49 ff. Se specielt om aftaler på internet markedspladser Ramberg, Christina: Internet marketplaces. The Law of Auctions and Exchanges Online, Oxford 2002.

⁵⁸) Som et muligt eksempel kan nævnes kreditaftaleloven, hvis § 8 foreskriver: 'En kreditaftale skal udfærdiges skriftligt og indeholde de oplysninger, der er nævnt i § 9 eller § 10 og i § 14, samt aftalens øvrige væsentlige vilkår. Stk. 2. Forbrugeren skal i forbindelse med aftalens indgåelse have overgivet en genpart af kreditaftalen.' Da der er pligt til direktivkonform fortolkning, må skriftlig i denne bestemmelse omfatte elektronisk og en genpart kan være på et varigt, elektronisk medie, fx en e-mail der kan downloades eller en diskette.

⁵⁹) I forhold til digital kommunikation med den offentlige forvaltning blev der i 2002 indsat en ny § 32 a i forvaltningsloven, der bestemmer: 'Vedkommende minister kan fastsætte regler om ret til at anvende digital kommunikation ved henvendelser til den offentlige forvaltning og om de nærmere vilkår herfor, herunder fravige formkrav i lovgivningen, der hindrer anvendelsen af digital kommunikation.

⁶⁰) Betænkning 1400, Kbhvn 2000 s 44.

I forbindelse med fastlæggelsen af lovgivningen om elektroniske signaturer besluttede Justitsministeriet i samråd med Forskningsministeriet i november 1998 at nedsætte et udvalg om retsvirkningerne af digital signatur mv. Udvalget fik bl.a. til opgave at overveje behovet for at lovgive om anvendelsen af digital kommunikation og elektronisk signatur i forbindelse med formkrav om skriftlighed mv i lovgivningen. E-handelsdirektivets artikel 9 har endvidere været inddraget i udvalgets arbejde.

Udvalget har i februar 2001 afgivet en delbetænkning om e-signatur og formkrav i lovgivningen. Udvalget har foretaget en nærmere gennemgang af lovgivningen inden for Justits-, Sundheds-, Indenrigs- og Erhvervsministeriets ressort, og har herudfra fundet det nødvendigt, at lovgivningen systematisk gennemgås for at finde frem til de bestemmelser, som udgør en hindring for en hensigtsmæssig IT-anvendelse. Denne gennemgang vil efter udvalgets opfattelse skulle foretages af de enkelte ministerier ved anvendelse af en model, hvorefter de enkelte regler som udgangspunkt ændres ved traditionelle ændringsforslag.

Regeringen har i forlængelse heraf besluttet at iværksætte et tværgående lovmoderniseringsarbejde. Moderniseringen skal tage sigte på at ændre eller ophæve formkrav mv i lovgivningen, som unødigt hindrer brugen af digital kommunikation. Hvert ministerium vil gennemgå sin egen lovgivning med henblik på at finde frem til de relevante bestemmelser og fastsætte en nærmere plan for lovmoderniseringen.

Da dette arbejde foregår i andet regi, *indeholder lovforslaget i relation til artikel 9 ikke ændringsforslag, der fjerner hindringer i den gældende lovgivning for indgåelse af kontrakter ad elektronisk vej.* For så vidt angår undtagelsesmulighederne, der er nævnt i artikel 9, stk. 2, tilsigtes der ikke ændringer i den gældende retstilstand i det omfang, der er regler, der hindrer den elektroniske kontraktsindgåelse.

Retsstillingen er herefter den, at alle kontrakter, bortset fra dem, der er undtaget i e-handelsdirektivets art 9, i dansk ret kan indgås elektronisk, idet enhver dansk regel af betydning for spørgsmålet i den udstrækning det er muligt, skal fortolkes EU konformt.⁶¹ Der findes formentlig ingen danske regler om aftaleindgåelse, der umuliggør en sådan fortolkning.

I Sverige implementerede man heller ikke e-handelsdirektivets art 9 i den svenske e-handelslov,⁶² men her ændrede man fx konsumentkreditlagen samtidig med

⁶¹⁾ Se generelt om pligten til EU konform fortolkning i den EU retlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 2002 kap 4.

⁶²⁾ SFS 2002:562, Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänst.

gennemførelsen af e-handelsloven. I England siges det i Guiden til de engelske gennemførelsesbesemmelser til e-handelsdirektivet:⁶³

The Regulations do not transpose Article 9(1) of the E-Commerce Directive, which requires Member States to ensure that their law allows contracts to be concluded by electronic means. The Government believes that the great majority of relevant statutory references (e.g. to requirements for writing or signature) are already capable of being fulfilled by electronic communications where the context in which they appear does not indicate to the contrary.

Where existing legal requirements applicable to the contractual process do create obstacles for the use of the electronic contracts or result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means, the Government will propose necessary amendments on a case-by-case basis.

Den finske e-handelslov⁶⁴ indeholder i 12 § følgende bestemmelse:

Uppfyllande av formkraven för avtal på elektronisk väg.

Om ett avtal enligt lag skall ingås skriftligen, uppfylls kravet även genom ett sådant elektroniskt avtal vars innehåll inte kan ändras ensidigt och som finns tillgängligt för parterna. Om ett avtal enligt lag skall undertecknas tillämpas vad som särskilt bestäms om elektroniska signaturer. Vad som föreskrivs i detta moment gäller på motsvarande sätt parternas meddelanden och andra åtgärder som hänför sig till avtalsförhållandet och som enligt lag skall vara skriftliga eller undertecknade.

Om ett meddelande i anslutning till ett avtal enligt lag skall lämnas bevisligen, kan kravet uppfyllas också genom en sådan elektronisk metod med vars hjälp det kan visas att mottagaren fått meddelandet.

Vad som bestäms i 1 och 2 mom. skall inte tillämpas på avtal som gäller köp eller annan överlåtelse av fast egendom eller på familjerättsliga avtal eller avtal som avser kvarlåtenskap.

Tyskland har i forbindelse med implementeringen af e-handelsdirektivet indført en ny form Textform og i BGB defineret forskellen på Schriftform og Textform.

BGB § 126 definerer Schriftform som en form, der kræver håndskreven underskrift. I BGB § 126 indsattes med virkning fra 1.8.2001 et nyt stk 3, ifølge hvilken skrift-

⁶³⁾ A Guide For Business To The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (SI 2002/2013) 31 July 2002 p 20.

⁶⁴⁾ Nr 458/ 2002, Lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster.

lig form kan erstattes af elektronisk form. Ifølge BGB § 126a kræver elektronisk form, der skal træde i stedet for Schriftform, at der benyttes kvalificeret elektronisk signatur.⁶⁵ Der indførtes tillige en ny form kaldet Textform, der defineres i BGB § 126 b. For at der foreligger Textform, må erklæringen være afgivet på en sådan måde, at den foreligger i læsbare skrifttegn, den erklærende skal være angivet og det må på en egnet måde kunne erkendes, at erklæringen er afsluttet.

5.1.2. Oplysningspligt og ordreafgivelse

E-handelsdirektivets art 10 og 11 om oplysningspligt og ordreafgivelse er implementeret i e-handelslovens §§ 10 og 11. Lovens § 10 bestemmer, at inden en ordre afgives, skal en tjenesteyder klart, forståeligt og tydeligt give tjenestemodtageren oplysning om

- 1) de forskellige tekniske led i forbindelse med kontraktens indgåelse,
- 2) hvorvidt den indgåede kontrakt opbevares af tjenesteyderen, og om den er tilgængelig,
- 3) de tekniske hjælpeværktøjer til at finde og rette indtastningsfejl og
- 4) de sprog, kontrakten kan indgås på.

En tjenesteyder skal angive, hvilke relevante adfærdskodekser tjenesteyderen er tilsluttet og den elektroniske adgang til disse.

Efter e-handelslovens § 11 skal en tjenesteyder inden en ordre afgives, stille hensigtsmæssige, effektive og tilgængelige tekniske hjælpeværktøjer til rådighed for tjenestemodtageren, hvorved denne får mulighed for at finde og rette indtastningsfejl. En tjenesteyder skal stille kontraktbetingelser og generelle salgsbetingelser til rådighed på en sådan måde, at en tjenestemodtager har mulighed for at oplagre eller gengive disse.

I bemærkningerne til forslaget til e-handelslov siges det om lovens §§ 10 og 11 (min kursivering):

I overensstemmelse med direktivet indeholder lovforslaget derfor en række minimumsforpligtelser for tjenesteyderen forud for ordreindgåelse. Forslagets § 10 fastsætter, hvilke oplysninger en tjenesteyder skal stille til rådighed, inden tjenestemodtageren afgiver en ordre, og § 11 indeholder bestemmelser om, hvad tjenesteyderen teknisk skal stille til rådighed i forbindelse med tilblivelse af

⁶⁵) I overensstemmelse med reglerne herom i signaturdirektivet 1999/93/EF.

kontrakten. En tilsidesættelse af bestemmelserne medfører ikke aftalemæssig ugyldighed, ligesom det ikke griber ind i aftalelovens regelsæt.

Den (af mig) kursiverede del af bemærkningerne er formentlig udtryk for den danske lovgivers almindelige bestræbelser på at friholde privatretten (in casu aftaleretten) fra EU retlig indtrængen. Standpunktet kan imidlertid ikke være rigtigt. Det strider mod EU retten at knytte mindre vidtgående sanktioner til overtrædelse af EU regler vedrørende elektroniske aftaler end til overtrædelse af traditionelle danske regler, fx i aftaleloven.⁶⁶ Det strider også mod almindelige aftaleretlige principper, både i Danmark og i det meste af EU, at en erhvervsdrivende online-sælger skulle kunne overtræde e-handelsdirektivet og e-handelsloven ved at indrette aftalefunktionen på sin webside sådan, at en kunde, der taster forkert, ikke har mulighed for at rette indtastningen, uden at denne ulovlighed ved den erhvervsdrivendes aftalefunktion vil få betydning for vurderingen af, om der er indgået en gyldig kontrakt, når der indgås aftale ved fejlskrift ved brug af den pågældende webside.⁶⁷ Til sammenligning kan nævnes, at den engelske regering i forbindelse med høringen om forslaget til engelsk gennemførelseslovgivning til e-handelsdirektivet udtalte,⁶⁸ at 'The Government remains of the view that failure to provide the means to identify and correct input errors goes sufficiently to the heart of any subsequent contract that a more extensive remedy is appropriate.' Section 15 i Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002⁶⁹ bestemmer:

Right to rescind contract

15. Where a person -

- (a) has entered into a contract to which these Regulations apply, and
- (b) the service provider has not made available means of allowing him to identify and correct input errors in compliance with regulation 11(1)(b), he shall be entitled to rescind the contract unless any court having jurisdiction in relation to the contract in question orders otherwise on the application of the service provider.

⁶⁶⁾ Segenerelt om de EU retlige krav til sanktioner i den EU retlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 2002 kap 4.

⁶⁷⁾ Se om praksis om fejlskrift på websider Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001 s 152 med omtale af en sag fra Pengeinstitutankenævnet om fejlskrift ved online aktiehandel, hvor nævnet bla lagde vægt på, at bankens webside ikke var kritisabelt indrettet.

⁶⁸⁾ Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002, Public Consultation. Government Response, July 31, 2002, på <http://www.dti.gov.uk/cii/docs/ecommerce/govtresponse.pdf>.

⁶⁹⁾ Statutory Instrument 2002 No 2013, ELECTRONIC COMMUNICATIONS, The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002.

§ 12 i e-handelsloven foreskriver, at en tjenesteyder uden unødigt forsinkelse elektronisk skal bekræfte modtagelsen af en elektronisk ordre. En elektronisk ordre og den elektroniske ordrebekræftelse anses som modtaget, når adressaterne har adgang til disse.

Foranstående bestemmelser finder ikke anvendelse på kontrakter, som parterne indgår udelukkende ved udveksling af elektronisk post eller lignende individuel kommunikation.

Bestemmelserne i § 10, § 11, stk. 1, og § 12 i e-handelsloven kan fraviges ved aftale mellem parter, der ikke er forbrugere.

5.2. Generel oplysningspligt, kommerciel kommunikation og formidleransvar

De (fleste af de) øvrige bestemmelser i e-handelsdirektivets kap II er skrevet næsten ordret ind i e-handelsloven.

E-handelslovens §§ 7-9 gengiver i det væsentligste ordret direktivets artikler 5-7 om oplysningspligt og kommerciel kommunikation. E-handelsdirektivets art 8 (om lovregulerede erhverv) har ikke givet anledning til særlige bestemmelser i e-handelsloven. Efter e-handelslovens § 7, stk 2 om generel oplysningspligt skal en tjenesteyder, der udøver et lovreguleret erhverv, udover de oplysninger alle online erhvervsdrivende skal give desuden give

- 1) oplysning om enhver brancheorganisation eller lignende, hvor tjenesteyderen er registreret,
- 2) oplysning om erhvervsbetegnelsen og den medlemsstat, hvor den er givet, og
- 3) en henvisning til de faglige regler, der gælder for det lovregulerede erhverv, og hvorledes der kan opnås adgang til disse.

E-handelsdirektivets artikler 12-14⁷⁰⁾ om ren videreformidling (mere conduit), mellemlagring (caching) og oplagring (hosting) gengives praktisk taget ordret i e-handelslovens §§ 14-16. E-handelsdirektivet bestemmer i art 12, 13 og 14, at medlemsstaterne kun i meget begrænset omfang må pålægge tjenesteydere, der foretager elektronisk transmission, caching og oplagring af informationer, civil eller strafferetligt ansvar for *indholdet* af de informationer, der transporteres, kopieres

⁷⁰⁾ Se om disse bestemmelser Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001 kap VI.

eller oplagres. Disse bestemmelser begrænser ikke adgangen til at nedlægge forbud. Host-provideren kan efter art 14 pålægges ansvar, hvis han havde eller burde have konkret kendskab til, at indholdet er ulovligt og ikke tager skridt til at trække informationen tilbage eller stoppe for adgang hertil. Direktivets art 15, der forbyder medlemslandene at pålægge ovennævnte formidlere generelle overvågningsopgaver, er ikke gentaget i den danske e-handelslov.

I betragtning 16 i præamblen til Infosoc direktivet⁷¹ siges det, at erstatningsansvar i forbindelse med aktiviteter på netværker ikke blot vedrører ophavsret og beslægtede rettigheder, men også en række andre områder som fx ærekrænkelse, vildledende reklamer eller krænkelse af varemærker, og spørgsmålet er derfor behandlet generelt i e-handelsdirektivet. I betragtning 59 i præamblen til Infosoc-direktivet fremhæves, at mellemmands tjenester navnlig på det digitale område i stadig stigende grad kan anvendes af tredjemand til krænkelse. I mange tilfælde er sådanne mellemmande bedst i stand til at bringe sådanne krænkelse til ophør. Med forbehold af eventuelle andre sanktioner og retsmidler, der kan anvendes, bør rettighedshaverne derfor have mulighed for at kræve nedlagt forbud over for en mellemmand, der overfører en tredjemands krænkelse af et beskyttet værk eller andre frembringelser i et netværk.

Efter art 8, stk 3 i Infosoc-direktivet skal medlemsstaterne sikre, at rettighedshaverne kan kræve nedlagt forbud over for mellemmande, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder.

Infosoc-direktivet er under implementering i Danmark. I bemærkningerne til forslaget til ændring af ophavsretsloven⁷² med henblik på gennemførelse af Infosoc-direktivet siges det bla:

Bestemmelsen i § 11, stk. 3, om lovligt forlæg finder også anvendelse på undtagelsesbestemmelsen § 11 a. Det betyder, at en netværksoperatørs udbredelse af ophavsretskrænkende materiale – uanset bestemmelsen i § 11 a – vil være retsstridig, og rettighedshaveren vil derfor kunne få nedlagt forbud, såfremt de almindelige forbudsbetingelser i retsplejelovens kap 57 i øvrigt er opfyldt. Dette er i overensstemmelse med direktivets art 8, stk. 3, og betragtning nr 59, hvorefter rettighedshaverne bør kunne kræve nedlagt forbud over for en mellemmand, der overfører en tredjemands krænkelse af beskyttede værker eller andre frembringelser i et netværk.

⁷¹⁾ 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

⁷²⁾ L 19 fremsat 2.10.2002.

My life as a lawyer

af

Ole Lando ¹

I am a so-called second generation immigrant in Denmark. I was born there in 1922. My father was the eldest son of a wealthy Jewish industrialist and merchant in Warsaw, Poland. His father had more confidence in the German than in the Polish educational system. He therefore sent his son Zelman to a school in Frankfurt am Main. Zelman was in Germany when the First World War broke out in August 1914. Being a Russian citizen in the call-up age he was taken prisoner. As he did not like to be a prisoner, he fled the camp and succeeded in getting to neutral Sweden. From there he came to Denmark in 1915 when he was 20 years of age. He remained in Denmark during the rest of his life. In 1919 he was married to my mother who was a native Dane. They were ambitious and economical. With money he had saved as an employee in an insurance company and with the help of my mother who had a job as a clerk in the Ministry of Finance he studied at the University of Basle and succeeded in getting a PhD in economics. In 1925 he was appointed associate professor (docent) of business economics at the Copenhagen Business School.

He had been to several countries and spoke many languages. He loved to communicate his knowledge and was popular among the students. When he was a little boy he had paid his playmates out of his pocket money to receive his teaching. His cosmopolite attitude was in the atmosphere of the home. His main interest was the business economics of foreign trade. He mostly wrote about how business worked in practice, on how the foreign trade, the stock exchange, the banks and the milk trade functioned, but not on the theoretical aspects of business economics. Probably for this reason he remained an associate and never became a full professor. It was a great disappointment to him, and it pained us to see him suffer.

¹⁾ Trykt i Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2003 508ff

My mother grew up in a provincial town as the youngest child of a general practitioner. Niels Petersen was born in the island of Funen as the bright son of a blacksmith. He is said to have been an natural and unsnobbish person with many intellectual interests, or crazes as his family called them. As a student in Copenhagen he met my grandmother Elise Delbanco. Her Jewish ancestors had immigrated to Denmark from Germany and Italy in the 18th century, and had converted to Lutheranism by the beginning of the 19th century. My grandmother was strongly devoted to the Lutheran faith and made great efforts to make her children become faithful Lutherans too. My mother and most of her sisters became violently anti-religious and adversaries of all kinds of superstition.

My mother Gudrun Lando took me in hand. Although not religious she was very much occupied by ethical problems. Goodness, honesty and truthfulness were her ideals, and she told me that it was unethical not to speak the truth, which in her mind included value judgments. She taught me to speak my mind even when the person who asked my opinion did not want to hear it. Following her advice I spoke also when I was not asked. I often put my foot in it. She preached naturalness; you should speak and write a simple language.

Her idols were the great scientists and writers. She loved the arts and literature and read works of *Charles Dickens*, *Thomas Mann* and other English and German writers to me. She translated from English and German as she read. She also gave me books to read; the first was *Daniel Defoe's* Robinson Crusoe in a children's edition. To read how Robinson managed to survive and fight the cannibals excited me so much that I developed a temperature. Later she made me read translations of Dickens and Mann and *Les Thibaults* by the French *Roger Martin du Gard*. I was fond of these books. I identified myself with David Copperfield and Jacques and Antoine Thibault and felt at home in the Buddenbrook family. I wanted to become a novelist myself.

I was a daydreamer, and I was bored and lazy in school. I only got good grades in the few subjects that interested me. My poor performance gave my parents great concern. They doubted whether I could finish a university study successfully, but they still wanted me to go to the University of Copenhagen. I wanted to study economics. My father believed in free trade. I dreamt of becoming an eminent economist who promoted economic integration among the nations. However, my father had enemies in the Copenhagen faculty of economics. He and my mother feared that the faculty members would come down on me if I studied economics. They advised me to study law instead.

I started my law studies in 1940. The professors had scholarly standing, but most of them did not regard it a matter of prestige to teach well. Their lectures were so few and insufficient that we had to pay private tutors to teach us that, which the

professors required us to know at the examinations. The lessons of these *manuduktører*, as they were called, were not as dull as those of the professors, but their tuition was very exam-orientated. We were taught the rules, not much about the reasons behind them. My first year as a student was as boring as it had been to go to the grammar school. I expected to live my professional life in boredom. I knew that if I wanted to be a novelist I would not be able to live by my pen, and hoped that I could write when I got a job.

In the second year I went to attend the lectures of *Alf Ross*. He lectured on public international law and used this subject to teach jurisprudence. He was one of the prominent Scandinavian legal realists. His lectures were undogmatic and inspiring, and he aroused my interest in law as a science. He did not believe that the Heavenly Powers had made of our laws. Law is man made. It was clear that a heathen like me would become a legal realist. Ross also told us that value judgments are neither false nor true. That was part of the realist philosophy, and it should have taught me not to speak my mind as often as I did, but it did not.

My parents and my relatives were very much engaged in the political situation in Denmark and in Europe. The policy of the Danish Social Democratic government in the 1930s was to improve the welfare, health and education of the poor and uneducated and to reduce the class barrier. Many middle class people in our surroundings were hostile to the government. They did not want their tax money to be used to help the poor. They regarded their safe lives as a matter of course and looked upon poverty as something self-inflicted.

My parents did not, and sympathised with the policy of the government. So did I and several of my friends, and during the war we became even more radical than the Social Democrats. In Germany the capitalists had supported Hitler, and for a long time the governments to the right in France and England had done nothing to stop him, probably because of his anti-Communism. It was, we believed, the Soviets that had defeated the Nazis. Although I did not join the Communist Party, I came to sympathise with the Communists, whom I regarded as the true friends of the poor classes.

At home we feared the Nazis from the day they came into power in Germany. In April 1940 the Germans occupied Denmark, and we who had Jewish ancestors were scared. However, in the first three years of the occupation the Germans allowed our elected government to rule the country. We had food and lived in relative peace. There was no prosecution of the Jews. However, when in the late summer of 1943 the Danish government realised that Germany would lose the war, it resigned, and then the Germans tried to round up the Jews. Their attempt was half-hearted, it leaked to the Jewish community that the Nazis would start the hunt for the Jews on the night of October 2, and our non-Jewish countrymen then organised hiding places

and escape routes to Sweden. A large majority of the about 8000 Danish Jews succeeded in getting to Sweden. The Germans caught less than 500 who were sent to the concentration camp in Thieresenstadt. 52 died there.

When on the night of the 2 October 1943 the Nazis came to our home they were received by my mother, who was alone in the house. She showed them a certificate of her Lutheran baptism with her Aryan maiden name Gudrun Petersen on it. They walked away.

My father and I who had not been at home on that night came to Sweden on 9 October 1943. The Danish refugees were well received, and like most other Danish students I was awarded a "state scholarship", which enabled me to go to the University of Uppsala. There I continued my studies of Danish law. The administration of the Danish refugees in Sweden hired some *manuduktører* among young Danish lawyers to teach us the same way as we had been taught in Denmark. We did not miss the professors.

In Uppsala I was invited by a Swedish family to come and have the meals with them. The husband was a well known architect and the wife an artist. They were good to me, and being in their warm home gave me peace in mind.

As I had nowhere else to go in the summer holidays in 1944, I went to stay with my father who lived in Gothenburg. We were alone in the dull terrace house of his Swedish friends. He was a loving father, but he and I did not share many interests. He was an economical person, and we lived modestly. I longed for my friends in Uppsala and had no girl friend. It is sometimes tough to be young.

My father taught at the Gothenburg Business School. He told its rector, who was a law professor, that I needed stimulation, and Rector *Hadar Berglund* invited me to come and read in the law library of the Business School. I did it because I did not want to disappoint my father. In the library I found an English book by *G.C. Cheshire* called *Private International Law*.² It described cases decided by English courts. One was about a Moslem who came from the Near East to London with his three wives. How did the Victorian English courts react to such a ménage in a country where husbands had to content themselves with one wife? Another case was about two Englishmen, who had made a contract for the sale of spirits to the United States during the time of prohibition, when import of spirits was a criminal offence. The buyer wanted to get out of the contract, the seller wanted to enforce it. Did the English court side with the seller, who tried to bring pleasure to the poor Americans, or was it loyal to the policy of the American government? I sensed the author's

²⁾ Second edition 1938 see now *Cheshire and North's Private International Law*, Thirteenth edition 1999 London by Sir Peter North and J.J. Fawcett.

pleasure in accounting for and analysing these and many other cases having a foreign element. I was surprised that a textbook and a legal subject could be so fascinating. When I returned to Uppsala in the autumn of 1944 I began to write a paper on party autonomy in private international law, which I later presented as part of the examination for the law degree.

In the last months I spent in Sweden I enlisted and was trained as a soldier in the Danish Brigade, which, when the time became ripe, should chase the Germans out of Denmark. However, when the German armies in Denmark suddenly surrendered on May 4 1945 the *Danforce*, as the Brigade was called, became more or less superfluous. When we came to Denmark on May 5 we were used to guard the frontier to Germany. This was a peaceful task. We were disbanded in July 1945.

In 1947 I graduated from the University of Copenhagen, and got a job in the Ministry of Justice. Most of the employees of the ministry ended up as judges of our superior courts, and I hoped to do the same. I started to work in the section on criminal affairs. The atmosphere in the Ministry was conservative, and the workload was heavy. The departmental style we were taught to use when writing to the prisoners reeked of officialdom, and must have been unintelligible for the addressees. I could not bring myself to work hard at things, which did not interest me, in an environment, which I did not like. The employees of my age were ambitious and hard working. Several of them had sharp elbows, and used my lack of interest in the work and my radical political ideas against me. I was considered to be almost a failure.

After the war the political scene changed, and it became more and more difficult for me to close my eyes to the cruelties committed by the Soviet rulers and to the oppression they had established in Central Europe. It also became clear to me that socialism as it was practised in the Soviet Union and Central Europe had led to oppression and made life dull and society poor. For many years the

Danish Social Democrats had socialism as a plank of their platform, but there was reason to believe that they neither could nor would carry it through. But they had made Denmark into a welfare society and a country without the great class barriers, which I saw in other countries. I began to look more favourably on the market economy. Perhaps the combination of creative urge and avarice, which animated the entrepreneurs, was useful for society. But like the Social Democrats I believed that the private enterprises had to be policed and not allowed to abuse their economic strength and their bargaining power. Their wealth should be taxed in order to improve the health, education and well-being of the less fortunate.

In the 1950s Western Europe began to recover. The Marshal Plan worked, the Coal and Steel Community was established and some years later the Common Market. To

my great relief I saw West Germany develop into a wealthy, humane and democratic society, eager to co-operate with its neighbours. The frontiers were thrown open, people travelled, and students went to study abroad. I wanted to study in France and England. I wanted to see Europe.

The Copenhagen University had a yearly price competition. One of the subjects for the year 1951 was the problem of qualification in the conflict of laws. The best writer would, if the paper was good, get a gold medal, the second best, if it was acceptable, a marking called "accessit". I decided to write the paper.

I got leave from the Ministry and took the train to Paris. On the way I stayed two days in Hamburg, which was still in a semi ruinous condition. But houses were being built everywhere. Outside of my hotel I saw a crane raise the skeleton of a house from ground to top on one day. The Hamburgers had regained their go.

I spent 5 months in Paris where I stayed at the Danish Student's Home, *La Maison Danoise* in the *Cité Universitaire*. I attended a few lectures by Professor *J.P. Niboyet* at the *Faculté de droit*. They were tedious repetitions of his textbook on private international law presented with great ceremony, and I gave them up. In stead I began to study life in Paris. I went to the art galleries and saw the impressionists' paintings. That, I felt, was the true art of painting. I saw the plays of *Sartre* and *Anouilh*, and both playwrights confirmed my belief in intellectual and emotional honesty.

The director of the *Maison Danoise* knew some aristocratic families in Versailles who had marriageable daughters. He saw to it that I was invited to lunch in their homes. The lunches were exquisite and some of the girls were pretty and pleasant. I walked with them in the park around the *Château de Versailles* and sang the songs of the Swedish composer and poet *Bellman* for them. The songs praised the beauty of nature, the pleasures of drinking and women. The girls did not understand the texts, but sensed what the songs were about and seemed to appreciate it. I was warmed by their company and by the spring and summer. I did not read and write very much on the problem of qualification. In the mornings I woke up with a bad conscience, which, however, disappeared during the day.

When the autumn term started in October 1951 I went to Oxford University. Oxford in the rainy autumn was not anything like Paris in the sunny summer; there were not many attractive girls and those who were, were not accessible. I stayed in the house of a Scottish lady, *Jessica Monroe*, and her son who was the librarian of one of the Colleges. Miss Monroe, as she called herself, was a separated pianist and a short-necked small lady whose dyed reddish hair reached down to her waist. Her manners were aristocratic. She belonged to those of the British upper class whom the war and

inflation had impoverished. She and her son were not poor but they needed a paying guest.

Now that the temptations were not so many I worked more seriously at the paper. The attitude towards qualification of the German and French authors was theoretical and conceptual. The British approach to the problem was more practical, more case oriented, but it struck me how conservative the British lawyers were, how they hung on to their old decisions. I attended *John Morris*'s lectures on private international law. They were not inspiring, but he taught me the way of thinking and the style of the common lawyers.

Once I went to see the great scholar *Martin Wolf*. He had come to England as a refugee from Germany; I came to him because he had written a textbook in English on private international law, which I admired.³ His office was a dark and cold room in All Souls College. He was a hunchbacked little man who wheezed, and who was in an irritable mood the day I came to see him. He blamed me for not being able to read Italian and wondered why I had chosen to write on qualification. That is an obsession among writers on private international law, he said. I told him that it was a price paper, but he said that that was not a good excuse for doing something so silly. I wondered why a man who wrote so well could be so unpleasant.

And I continued to write on qualification. Jessica Monroe saw me work hard and feared for my health. She played the piano and threw parties for me. She and her son took me out on rides in the beautiful autumn country outside of Oxford.

I handed in my paper to the Copenhagen Faculty in January 1952. I had focused on the English, French and German (and a few Nordic) court decisions on qualification. It was the English writers, who had persuaded me to concentrate on the case law, but I also thought it necessary to advance a theory of my own on qualification. This theory, I must admit, was immature. I did not do what I should have done. I did not advocate a qualification of legal concepts based on a comparative research.

After that I went back to the Ministry. I worked in a section, which dealt with trust funds, law of wills and succession, cinemas, theatres and other entertainments. I prepared a report on professional boxing, which had a large audience in Denmark. It was already then established that prize fighting has a damaging effect on the brain of the pugilists and a brutalising influence on the spectators. We recommended to the minister that it should be prohibited in Denmark. He could do it by a decree, but he did not follow our recommendation, obviously for fear of losing votes. Most of the work in the Ministry I felt to be boring. I was convinced that it was my fault that

³⁾ *Martin Wolf*, *Private International Law* 2d ed., Oxford 1950

I found it so uninteresting. At that time I tried to write short stories and found out that I did not have talent enough to become a novelist.

In June 1952 I got the published verdict of the two professors who had graded the four theses on qualification. I was rated as no 3 and was awarded the accessit. The professors acknowledged my efforts to account for the case law, but they also told me that I did not reach the stringency of two of the other writers who got a gold medal each. This verdict was neither a disqualification nor a distinction. I did not think highly of myself. My chances of getting on in the Ministry and later in the judiciary were not bright. However, I succeeded in having some articles on contracts in the conflicts of laws published in Danish and Swedish law reviews. In August 1952 I got an extra job as an assistant at the Copenhagen Business School where I taught private international law.

From March 1954 till the end of August 1955 I was stationed to work as an associate district judge in Frederikssund, which was a small provincial town close to Copenhagen. In the court I could observe the behaviour of the Danish judges. Having read the German, French and English cases I now saw things about the judiciary, which were not written in the books I had read. I realised that theory and practice were two worlds.

In 1955 I got again leave from the Ministry to study abroad. The US government had awarded me a scholarship to study in the USA and I went to the University of Michigan in Ann Arbor. I had married in July 1955, and came in September to Ann Arbor with my wife. We stayed there almost a year.

I started to write a thesis on the conflict of laws of contracts. The law faculty in Ann Arbor let me have an office in a new extension and free access to its rich library. Its book stock bore the impress of *Ernst Rabel* who had worked there on his book on the Conflict of Laws. It had all the relevant English, French and German law reports, law reviews and literature on private international law.

Life in Ann Arbor was pleasant. The professors treated me as an equal. My mentor, professor *Hessel E. Yntema* found time to talk with me about my thesis, and read my first drafts. He laughed at my English, and told me that I did not only make linguistic errors. Nevertheless, he encouraged me and invited me to write an article on Nordic private international law, which was published in the *American Journal of Comparative Law*. I attended classes for foreign graduate students offered by the faculty members. One of them was *John P. Dawson* who taught us comparative law. He was an unorthodox scholar and an outstanding and charismatic teacher. He used the Socratic method, held dialogues with the students and listened carefully and with sympathy to what they said.

In Ann Arbor I met two young German lawyers. *Claus Ehlermann* was a young playboy mostly interested in social contacts and girls, but very bright and entertaining and a good friend. *Ulrich Drobnig* came from the University of Tübingen. He had been hired by the University of Michigan to help *Yntema* prepare the second edition of *Ernst Rabel's* book on the Conflict of Laws. He was, and is, a highly gifted and hard working academic. *Ulrich* was a great source of knowledge and wisdom for me. It became a life long friendship.

Back in Europe Ulrich saw to it that I got access to the Max Planck Institute for Foreign and International Private Law, where he now worked and later became one of its directors. In 1956 the institute had moved to Hamburg from Tübingen. It had then, and probably still has, the richest library on private international and comparative law in Europe. I spent the sunny September of 1956 at the Max Planck Institute, and in the years that followed many shorter periods preparing my thesis. I often stayed at the Drobnig home.

In the Max Planck Institute, I met Professor *Paul Heinrich Neuhaus*. He was a generous and patient guide for the many young lawyers from Germany and abroad who came to seek his help. He wanted to establish a régime of private international lawyers, who applied a structured method and used a consistent terminology, a system of terms, which he developed in his book, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*. Professor *Neuhaus* was a great help for me. He continued to follow his disciples in their later writings, and for many years he sent me letters criticising in great detail my articles in English and German, which he had seen in the law reviews. His criticism was pertinent and just. Even to day, several years after they died, he and *Alf Ross* sit next to me when I write.

After the month in Germany my wife and I spent another three months in Paris. We stayed at the *Maison Danoise*. I studied the French cases on the conflicts of law of contracts and the substantive French contract law. In the US I had read English and American textbooks on contracts. It was a pleasure to read these books. They were better written and had more sweep and range than the Danish textbooks on the same subject. Was that a mere coincidence, was it because their academic traditions were older and more developed, or because big nations produced better elite writers than small nations?

When I came back from abroad I worked some years again in the Ministry of Justice, this time in its section on traffic and transport. The work had many technical aspects, and as far as road traffic is concerned I learned that speed kills. If a government raises the speed limit on roads from 80 to 100 km an hour, it thereby passes a sentence of death and mutilation upon a number of its citizens.

The management of the Ministry saw to it that I got an additional leave of almost one year to finish my thesis. Like so many other students of private international law I was torn between idealism and realities.

Private international law was needed because the substantive laws of the countries were different; I did not then consider whether this could be otherwise. I believed that the ideal choice-of-law rule was an "all-sided" one, which gave foreign law the same scope of application as the law of the *forum*. In a world that recently had been tormented by war, and now had established the United Nations to restore peace and justice on earth, uniform choice-of-law rules would be a contribution to universal justice. I was a "universalist". My aim was to ensure what *Carl Friedrich von Savigny* had advocated in 1849, that the parties should get "the same decision whether the judgment be pronounced in one state or another". I believed that the refined techniques and stringent logic of the choice-of-law rules could solve the problems.

The realities were the national conflict-of-law rules, which in most countries were case law. Before the First World War most of the European continental professors did not think highly of the precedents. They knew that courts did not support the universalist ideas. The private international law rules, which the courts professed differed from country to country, and to these rules the courts often only paid lip service. Most courts did not like foreign law and often used covert techniques to apply the law of the forum. Should I take the cases into account or just write the pure universalist doctrine?

There were some authors who had studied the cases. In his *Deutsches Internationales Privatrecht* from 1932 the German author *Arthur Nussbaum* wrote that court decisions were in fact more important than doctrine or principle. When deciding a case the judge feels his responsibility for the living individuals before him, whom his judgment will affect economically and often also mentally. The problems of the case force themselves upon him with the power of the direct and immediate experience. The response that his sense of justice will give to this challenge will often lead the judge to the right result, even though he does not arrive at cognition of the pertinent arguments.⁴ Nussbaum himself was highly critical of the German jurisprudence, but he took note of it and of the problems, which the court dealt with.

The French author *Henri Batiffol* had a similar attitude. He had studied in the United States and with *Ernst Rabel* in Berlin. He was influenced by the case oriented common law writers and by the comparative method, which *Rabel* had advocated

⁴ *Arthur Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht, Tübingen 1932, preface.*

and applied. His book from 1938 *Les Conflits de Lois en Matière de Contrats*, had the subtitle *Étude de droit international privé comparé*.⁵ There Batiffol argued, and also showed, that a careful study of the case law of the United States, England, Germany, Italy, Switzerland and France gave the reader a better understanding of the problems than he would get by reading the theories of the authors. Like the common lawyers *Henri Batiffol* explained the positions of the courts and showed the trends. He used a comparative method similar to the one *Rabel* had applied when he wrote his great comparative work on the Sale of Goods, *Das Recht des Warenkaufs*.

Ernst Rabel had argued that a primary purpose of private international law is to provide predictability. The parties to an international contract must know which law will apply, and for this reason that law must be the same law wherever a suit is brought. The private international law should be unified. However, if you wish to unify the law, you cannot determine the meaning of the legal concepts you use by the law of the forum. You must give them a new meaning on the basis of a comparative research. "If we disengage the conflict-of-law rules from the fetters of the *lex fori* then the comparative research will adapt them to each other".⁶ To day the Court of Justice of the European Communities is doing what *Rabel* had said. It does it when it interprets the community legislation and the rules of the Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments, which is now a Regulation. The Court will do it when it begins to give rulings on the uniform choice-of-law rules governing contracts and torts.

Rabel and *Batiffol* were the great examples for me. I stuck to my ideals. I stated the rules, which I wanted to be adopted by the legislators of all countries, but in order to make the book useful for practitioners I also depicted the law as it was. I gave a survey of the cases of the Scandinavian countries, France, Germany, England and the USA from around 1800, describing the rules, which the courts in these countries had adopted.

I defended the thesis, a comparative study on the law applicable to contracts, at the law faculty of the University of Copenhagen in January 1963, and became a professor of international and comparative business law at the Copenhagen Business School. I could now study and write about the subjects that interested me, and I could teach. I have the same urge as my father to communicate my knowledge to others. I like the contact with students.

I also did other things. I wrote about and taught EC law and I became chairman of the Danish Association of European Law from its foundation in 1973 until 1995. I

⁵⁾ *Batiffol*, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris 1938, p.2

⁶⁾ See 5 *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1931) 241 at p 267. .

frequently went to the European Communities in Brussels and Luxembourg. My friend *Claus Ehlermann* now lived in Brussels where he was an employee in the Legal Service of the European Commission. He was a very good friend and had, to my surprise, become a serious and hard working lawyer. He taught me how the EC institutions worked.

Together with *Ole Due* I edited the two first editions of a Danish commentary to the EU treaties. I became a legal consultant to Danish and foreign enterprises and an arbitrator in international commercial disputes. I also worked in and for the International Chamber of Commerce in Paris. However, that of my life's work, which I consider the most important, has been the unification and harmonisation of the conflicts of law and of the substantive patrimonial law, notably the law of contracts.

In my thesis and later in a chapter on Contracts in Volume III of the International Encyclopaedia of Comparative Law from 1976⁷ I advocated solutions similar to those of the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, which was adopted in Rome in 1980 and which is now in force in the EU countries.

However, my goal was legal integration. Little by little I realised that the rules of private international law were a poor tool of legal integration.

It was *David F. Cavers* and his school of thought, who had opened my eyes. He had started the "American Revolution". In the USA the majority of the courts claimed to apply the law of the place of contracting or the law of the place of performance. In an article in the Harvard Law Review from 1933 Cavers showed that the rules, to which the courts paid lip service, were in reality not the rules, which they followed. The courts of the United States had not allowed the elements of contact alone to determine the law applicable. They had relied on a certain connecting factor as decisive for their choice of law, but this was not an application of a choice-of-law rule.⁸ It was very often the result that had mattered. The court chose the law, which it thought was "the better law".

This phenomenon I also found in Europe. In detail the choice-of-law rules of the European countries were different, but there was a common trend to apply the law, which the parties had intended or may fairly be presumed to have intended to apply.

⁷⁾ See *The International Encyclopaedia of Comparative Law*, Volume III Private international Law, Chapter 24, *Contracts* (1976), and Lando, *The Conflict of Laws of Contracts, General Principles*, 189 *Recueil des cours de l'académie de droit international*, (1987) pp 225-447.

⁸⁾ *David F. Cavers* "A Critique of the Choice-of-Law Problem.", 47 *Harvard Law Review* (1933) 197-208.

The presumed intention of the parties was very often invoked to apply the law, which provided the result the courts preferred, which was often to be found in the law of the forum country. In most of these cases it was impossible to discover any real party intention to apply that law. The courts pretended to ask the question: Which is the decisive connecting factor? However, the real question was: Which substantive rule do we prefer?

Cavers and the other “revolutionaries” encouraged the American courts to analyse the governmental interests behind the substantive rules of law and consider the outcome of the various laws in conflict. He tried to establish some principles of preference for contracts and torts, which did justice to the parties. Another writer, *Brainred Currie*⁹ proposed that the courts should examine the policies behind the rules on substantive law, which were in conflict, and assess the interests, which the respective states showed in having their rules apply. If this examination revealed a “true” conflict, the law of the forum should apply.

An attempt to strike a compromise between the various approaches of the American courts and writers was made in the *Restatement of the Conflict of Laws, Second* which was published in 1971. It contains both an “*approach*”, which takes after the theories of *Cavers*, *Currie* and other modern writers, and *choice-of-law rules*, which resemble the traditional rules.¹⁰

The methods and rules, which the numerous partisans of the American Revolution advocate, differ, but they are complicated. Under a rule-selection method the application in space of each substantive rule has to be determined separately. This will lead to unpredictability.¹¹ To day the courts in many of the American states apply various versions of a rule-selection method. So far the courts have not been able to agree upon clear criteria for the result selection. Some courts have retained the old rules. The confusion is widespread. *Symeon Symeonides* says that the American conflict of laws is still continuing “its quest for maturity”.

Currie had said: “The rules of the traditional theory on the conflict of laws have not worked and cannot be made to work.... We would be better off without choice-of-law rules” That I found was true. I did not abandon private international law, but I took in another subject.

⁹⁾ *Currie*, Selected Essays on the Conflict of Laws 1963,

¹⁰⁾ The “approach” is laid down in § 6 of the Restatement called “Choice of Law Principles” It gives the American court several options. It can pick and choose, as it thinks fit. There is no hierarchy in the considerations provided in § 6

¹¹⁾ See also the criticism in *Cheshire and North* (op. cit. note 1) p 27.

As a teacher of international and comparative commercial law I had written textbooks on the substantive rules on contract, sales and agency. The purpose of these books, which attempted to give an account of French, German, English and American (US) law, was to instruct the students, who later wished to engage in international trade. Practising lawyers also came to use the books. Describing and comparing several legal systems made me wish to unify the laws. If, as *Currie* had suggested, the choice-of-law rules should be abolished, something should be made to replace them. *Currie* advocated the application of the law of the forum. However, that would encourage forum shopping. And it would not be just to apply the law of the forum to contracts, which have their main connecting elements in a foreign country. I believed that the parties should get "the same decision whether the judgment be pronounced in one state or another".

I set out to try and unify the substantive contract law in the EU. My efforts started in 1976. I tried to find scholars from the EC countries, who would be members of the *Commission on European Contract Law (CECL)*. Many declined my invitation to join this non-official and unknown group, and to perform an unpaid work. Gradually, however, I succeeded in gathering a group of highly qualified lawyers from all the EC countries, which included Professor Drobnič. I asked myself: Do we not find the best academic lawyers among those who are willing to work for an idea?

I also tried to persuade the European Commission to give us means to hold the meetings. It took time, but *Claus Ehlermann*, who was now Director General of the Legal Service of the European Commission, saw to it that we got the funds. So in 1982 the CECL started to prepare the *Principles of European Contract Law (PECL)*.

It took us 17 years and 22 meetings to agree on, edit and publish¹² general principles of contract law dealing with the formation, validity, interpretation and contents of contracts, the authority of an agent to bind his principal, performance, non-performance (breach) of contract and remedies for non-performance. The Principles were drafted as articles and supplied with comments, which explain the purpose and scope of the rule, and notes, which accounted for the national laws.

The members of the CECL are all in favour of legal integration in Europe, but not all of them support the idea of a European Code of Contracts or a European Civil Code. One is Professor *Hugh Beale*, a very competent lawyer, who was my co-editor of the Principles. He did most of the editing of the English version and saw to it that the book was published in a presentable English language.

¹²⁾ See *Ole Lando & Hugh Beale* (eds.) *Principles of European Contract Law, Part 1 & 2*. the Hague 1999

In 1995 the European Commission ceased to support the CECL with money. *Claus Ehlermann* had left the Legal Service, and his successor the French *Jean Louis Dewost* felt no enthusiasm for the idea of a European Contract Law. But then a German lawyer Professor *Winfried Tillman* stepped in and collected money for us from German institutions and trust funds. Later Professor *Reinhard Zimmermann* from the University of Regensburg, who had been awarded the *Leibnitz Price*, supported us generously out of the *Leibnitz* funds.

Thanks to this help the Commission on European Contract Law could continue its work and prepare rules on conditions and the effect of illegality, and on subjects which are common to contracts, torts and unjust enrichment, such as plurality of creditors and debtors, assignment of debts, substitution of a new debtor, set-off, and prescription. Professor *Zimmermann* participated as a member of the Commission and worked as a reporter of the chapters on set-off and prescription. The final part of the Principles is scheduled to be published in early 2003. Professors *Reinhard Zimmermann*, *Eric Clive* (Edinburgh) and *André Prum* (Nancy/Luxembourg) and I are the editors with *Eric Clive* as the leading man.

In 1979 I became a member of the Working Group, which prepared the Principles of International Commercial Contracts established by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). The chairman of the group is Professor *Joachim Bonell*, who was also a member of CECL. The Principles were published in 1994¹³ and cover almost the same topics as the PECL. The UNIDROIT is continuing its work dealing with, among other topics, assignment of claims, substitution of a debtor, set-off and prescription. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) has had a considerable influence on the UNIDROIT Principles and the PECL. On most issues the two sets of principles provide the same rules. Taken together the CISG, the PECL and the UNIDROIT Principles is an emerging *jus commune*, the beginning of a future world law of contract.

The majority of the members of the UNIDROIT group and almost all the members of the CECL are academics, but many of the academics are also practising lawyers. The work in these groups has given me a better insight in how law makers use comparative law than the other groups I have worked in.

Both groups are relatively small. The UNIDROIT group counts less than 20 members. The CECL has had 20-25 members. They are familiar with the methods and techniques of comparative law, and they are independent, they do not take instructions from any government and do not professionally belong to any specific

¹³⁾ Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT Rome 1994.

interest group. In the 1970es I worked in the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) when it prepared a Code of Conduct for the Transfer of Technology. There, and in other international conferences, I have attended, many of the delegates were officials or diplomats, whom their government had instructed to have some very definite views. Several of them knew little of the subject matter and of each other's laws. The debates were often political manifestations without much substance, and the outcome was poor.

The main purpose of the PECL is to serve as a first draft of a part of a European Civil Code. However, before they are enacted the Principles may also be applied as part of the *lex mercatoria*. This has hitherto been a very important function of the UNIDROIT Principles.

In 1999 a Study Group of a European Civil Code led by Professor *Christian von Bar* was established. Several members of the CECL have joined this study group, and I am a member of its Steering Committee. Comparative studies and ensuing drafts of a code are carried out in centres, which prepare rules on the specific contracts, such as sales, services and insurance, torts, restitution, secured transactions and transfer of title in moveables. Several institutions, and among these the German and the Dutch Research Councils and a Greek and a Portuguese foundation, have supported this enterprise. It is envisaged that the general principles of the law of contracts provided in the PECL will be integrated in what will eventually become a Draft European Civil Code.

This work and the meetings in the CECL and the UNIDROIT groups have formed my attitude towards the conflict of laws and the substantive law of contracts.

Like every other lawyer I have considered the system and most of the rules of my own law as just and natural. It was difficult and took time to learn what *Alf Ross* had told me, to forget what I was taught in the law school. Eventually I got accustomed not to evaluate an existing or proposed rule of law as a rule, which is to apply in one country only. I came to look upon the rule from the point of view of a European lawyer or simply a lawyer. This approach, I admit, has been easier to adopt in the law of contracts than in other fields.

I want the laws of Europe to be unified; I want the lawyers in Europe to talk the same legal language, to understand each other. I do not wish the laws to be unified in great detail. There must be room for some polycentrism; there already is within the same country, so why should there not be in Europe? If the rules of the code are principles, which are rich in implication, there will also be room for development. The French Civil Code would not have survived for so long had not its provisions been *féconde en conséquences*.

How are the future perspectives for a European Code of Contract and a European Civil Code?

In 1989 and 1994 the Parliament has requested the European Commission and the Council to prepare a European Civil Code.¹⁴ In July 2001 the Commission has circulated a report on a European Law of Contracts for comments by governments, academic institutions and other interested persons and groups.¹⁵ The Commission has received many comments; many of them are sceptical about the idea of a European Code of Contracts. However, so far the European legal integration has been a self fuelling process. It may take some time before the idea materialises, but the Euro may help us.

¹⁴⁾ See Resolution of 26 May 1989, OJ C 1989 158/ 400 and of 6 May 1994 OJ C 1994 205/518.

¹⁵⁾ See Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law. of 11 July 2001 (COM (2001) 398

Forholdet mellem dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og national skatteret - særligt i relation til skattestyrelseslovens tidsfrister

af

Karin Skov Nilausen

1. Indledning

Såfremt en skatteyder er blevet beskattet i Danmark af en indkomst, der i overensstemmelse med den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst tillige er beskattet i et andet land, er der tale om dobbeltbeskatning af denne indkomst¹. Er der tale om indkomstår, der ligger længere tilbage end tre år efter udløbet af det pågældende indkomstår, ville den pågældende ifølge praksis indtil for nylig være afskåret fra at få skatteansættelsen genoptaget, jf. skattestyrelsesloven § 4, stk. 2, uanset denne ikke var i overensstemmelse med dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

I en afgørelse fra juni 2002² gav Told- og Skattestyrelsen adgang til genoptagelse af skatteansættelsen i et sådant tilfælde og bemærkede samtidig, at der var tale om en præcisering og en lempelse af praksis.

Afgørelsen vedrørte skatteyderens arbejdsindkomst for årene 1995 og 1996. Skatteyderen var bosat i Tyskland. Ifølge det oplyste havde Tyskland efter den dagældende dobbeltbeskatningsoverenskomst beskatningsretten til denne arbejdsindkomst,

¹⁾ Se nærmere Aage Michelsen, *International Skatteret* (1996), s. 23-28, for en diskussion af, hvad der forstås ved international dobbeltbeskatning.

²⁾ Afgørelse fra Told- og Skattestyrelsen offentliggjort 11. juni 2002, refereret i Tfs 2002, 628. Afgørelsen har virkning fra 31. januar 2002, idet afgørelsen blev truffet denne dag.

jf. artikel 9, stk. 2³. Endvidere var der i overenskomsten indeholdt en bestemmelse om en gensidig aftaleprocedure, hvori der ikke var fastsat nogen tidsfrister, jf. artikel 21.

Told- og Skattestyrelsen henviste i afgørelsen til, at hidtil er samtidig beskatning i to lande ikke blevet anset for at være en sådan særlig omstændighed, der berettiger til ekstraordinær genoptagelse efter dagældende skattestyrelseslov § 4, stk. 2, som finder anvendelse for indkomstår før 1997. Denne praksis ændres ikke ved afgørelsen, men med virkning fra 31. januar 2002 kan der ske ekstraordinær genoptagelse i tilfælde med dobbeltbeskatning, hvor det skønnes at være overflødigt at gennemføre en mutual agreement forhandling. Denne adgang vil være relevant for skatteydere, der er blevet dobbeltbeskattet i strid med en overenskomst, der ikke indeholder en frist for indbringelse af en anmodning om en gensidig aftaleforhandling (OECDs modeloverenskomsts artikel 25, stk. 1, 2. punktum)⁴. Dette gælder for den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, dobbeltbeskatningsoverenskomsten med USA og dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Storbritannien m.fl.⁵.

Det forekommer rimeligt at antage, at Told- og Skattestyrelsens bevæggrunde for at tillade ekstraordinær genoptagelse har været procesbesparende hensyn. Såfremt det antages, at Told- og Skattestyrelsen uanset fristreglerne i skattestyrelsesloven ville være forpligtet til at indlede en gensidig aftaleforhandling, ville de være forpligtet til at genoptage skatteansættelsen, hvis der var sket en beskatning i strid med den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst. Såfremt det skønnes overflødigt at gennemføre en egentlig aftaleforhandling, idet dobbeltbeskatningen kan elimineres ved en dansk korrektion, kan skatteyderen undlade at rette henvendelse

³⁾ Overenskomst af 30. januar 1962 med Forbundsrepublikken Tyskland til undgåelse af dobbeltbeskatning. Den nye overenskomst mellem Danmark og Tyskland af 22. november 1995 har virkning fra 1. januar 1997.

⁴⁾ I overenskomster, der svarer til OECDs modeloverenskomst, kan der tillige være tilfælde, hvor en skatteyder kan have gavn af adgangen til ekstraordinær genoptagelse, idet fristerne i artikel 25, stk. 1, og i den tidligere skattestyrelseslov § 4, stk. 1, løber med forskelligt begyndelsestidspunkt. Fristen i artikel 25, stk. 1, løber fra "den første meddelelse om de foranstaltninger, der resulterer i beskatning, der ikke er i overensstemmelse". Efter § 4, stk. 1,2. pkt., skal en begæring om genoptagelse "indgives inden tre år efter udløbet af det pågældende indkomstår. Hvis den skattepligtiges indkomstår ikke er sammenfaldende med kalenderåret, regnes fristen fra udløbet af det år, som indkomståret træder i stedet for. ".

⁵⁾ I Danmarks overenskomster med følgende lande er der ej heller indeholdt en indbringelsesfrist: Brasilien, Canada (særlig frist), Frankrig, Grønland, Israel, Japan, Korea, Malaysia, Schweiz, Spanien, Trinidad og Tobago, Zambia og Østrig.

til Told- og Skattestyrelsen⁶. Ved at ændre praksis for genoptagelse i sådanne tilfælde undgås således, at sagen skal “forbi” Told- og Skattestyrelsen⁷.

I artiklen er det hensigten, med udgangspunkt i den konkrete afgørelse at undersøge konsekvensen af, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke indeholder en indbringelsesfrist i artikel 25 (modsat artikel 25, stk. 1, i OECDs modeloverenskomst). Man kunne forestille sig forskellige muligheder, herunder at Danmark er folkeretligt forpligtet til at indlede en gensidig aftaleforhandling eksempelvis 25 år efter det pågældende indkomstår, eller at man blot kan lægge de interne fristregler til grund.

Artikel 25, stk. 2, 2. pkt., i OECDs modeloverenskomst indeholder en “suspensionsbestemmelse”, hvorefter “enhver indgået aftale skal gennemføres uanset enhver tidsfrist i den interne lovgivning i de kontraherende stater”. Denne bestemmelses betydning i forhold til de nationale fristregler i skattestyrelsesloven samt i forhold til de generelle forældelsesregler behandles ikke i denne artikel. De generelle forældelsesreglers betydning i forhold til indbringelsesfristen i artikel 25, stk. 1, 2. pkt., behandles heller ikke.

2. Told- og Skattestyrelsens afgørelse

Såfremt man tager udgangspunkt i afgørelsens ordlyd, er det lidt vanskeligt at fastslå, om der er givet adgang til ekstraordinær genoptagelse ved en direkte anvendelse af den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller om den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst blot har været et fortolkningsbidrag ved anvendelsen af de nationale regler. Told- og Skattestyrelsen udtaler i afgørelsen, “at der var tale om sådanne særlige omstændigheder, at der i henhold til dagældende skattestyrelseslov § 4, stk. 2, kunne indrømmes ekstraordinær genoptagelse”. Dette taler for en anvendelse af nationale regler, hvor dobbeltbeskatningsoverenskomsten blot har været et fortolkningsbidrag. Told- og Skattestyrelsen fortsætter imidlertid således: ”Der blev ved afgørelsen lagt vægt på, at gennemførelsen af en

⁶⁾ Told- og Skattestyrelsen er kompetent myndighed. Efter sagsudlægningsbekendtgørelsen er det told- og skatteregionerne, der træffer afgørelse om ekstraordinær genoptagelse efter dagældende skattestyrelseslov § 4, stk. 2, med klageadgang til Told- og Skattestyrelsen.

⁷⁾ Efter artikel 21 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Tyskland skal man indbringe sin sag for den kompetente myndighed i det land, hvor man er bosat. I overenskomstens artikel 2 er “bosat” defineret. I dette tilfælde er det oplyst at skatteyderen er bosat i Tyskland, hvilket må antages at være i overensstemmelse med artikel 2. Det er derfor udtryk for en meget fleksibel sagsbehandling fra Told- og Skattestyrelsens side.

mutual agreement forhandling måtte anses for overflødig med henblik på at fastslå, hvilket land, der havde beskatningsretten.”. Told- og Skattestyrelsen synes her at have forudsat, at det var en forudsætning for en adgang til ekstraordinær genoptagelse, at der er mulighed for at forhandle en gensidig aftale. Om denne mulighed eksisterer afhænger imidlertid af hvilke folkeretlige forpligtelser, der følger af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

3. Forholdet mellem dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og national skatteret

Forholdet mellem dansk ret og international ret kan som udgangspunkt beskrives som dualistisk, dvs. international ret og national ret er forskellige retssystemer med forskellige kilder og med forskellige subjekter⁸. Heroverfor står den monistiske teori, der på vekslende måde integrerer den nationale og den internationale ret på grundlag af en fundamental enhedsopfattelse af det samlede retssystem. Der har været fremført forskellige indvendinger mod den dualistiske teori, men den må fortsat antages at være udgangspunktet i Danmark for beskrivelsen af forholdet mellem dansk ret og international ret⁹.

En dobbeltbeskatningsoverenskomst skal derfor for at kunne anvendes direkte gennemføres ved lov i Danmark. For dobbeltbeskatningsoverenskomster gøres dette ved en henvisningslov, og hidtil har denne gennemførelse været uproblematisk. Indtil 1994 blev dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået med hjemmel i en lov, der bemyndigede regeringen til at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre lande¹⁰. I denne artikel forudsættes, at der er hjemmel i bemyndigelsesloven til at en dobbeltbeskatningsoverenskomst fraviger de nationale fristregler i skattestyrelsesloven.

I international litteratur har spørgsmålet om “treaty override” tillige været diskuteret i relation til forholdet mellem national og international skatteret. Efter dansk ret er det muligt at en bestemmelse i en dansk lov kan tilsidesætte en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det har været diskuteret i relation til aktieavan-

⁸⁾ Henrik Zahle, Regering, forvaltning og dom - 2 (2001), s. 211.

⁹⁾ Henrik Zahle, Regering, forvaltning og dom - 2 (2001), s. 212, Peter Germer, Statsforfatningsret, 2. udgave (1995), s. 190-192, samt Ole Espersen, Indgåelse og opfyldelse af traktater (1970), s. 155ff og Jonas Christoffersen, Folkerettens virkning i dansk ret, U 2001B, s.143ff.

¹⁰⁾ Lov nr. 74 af 31. marts 1953, ophævet ved lov nr. 945 af 23. november 1994.

cebeskatningsloven § 13a om beskatning af værdistigningen på aktier ved fraflytning¹¹. Østre Landsret har endvidere i en sag taget stilling til om ligningsloven § 33 F kunne anses for at stride mod den dagældende dobbeltbeskatningsoverenskomst med Portugal¹². Østre Landsret fandt, at bestemmelsen ikke var i strid med den dagældende dobbeltbeskatningsoverenskomst. I det konkrete tilfælde er der ejheller årsag til at anse det for tilsigtet, at de nationale fristregler skulle tilsidesætte bestemmelserne i de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

4. Dobbeltbeskatningsoverenskomster og fristerne i skattestyrelsesloven

4.1. Fortolkning og gennemførelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster

I det konkrete tilfælde skal det afgøres, om undladelsen af at medtage en tidsfrist i artikel 21 i den gamle tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1962 (eller i øvrige overenskomster uden tidsfrister) giver mulighed for at indfortolke de nationale tidsfrister i bestemmelsen eller om de nationale tidsfrister kan supplere overenskomstens bestemmelser.

En dobbeltbeskatningsoverenskomst skal fortolkes i overensstemmelse med folkeretlige fortolkningsprincipper¹³. Principperne for fortolkningen af folkeretlige traktater er fastlagt i artikel 31-33 i wienerkonventionen af 1969¹⁴, der finder anvendelse for dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået både før og efter konventionens ikrafttræden¹⁵. Artikel 31 indeholder en almindelig regel om fortolkning, hvorefter en traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige

¹¹⁾ Jf. Aage Michelsen, *International skatteret* (1996), s. 45 med henvisninger (note 20).

¹²⁾ TfS 2000, 426 Ø. Ved ligningsloven § 33 F indførtes et nettoprincip for beregning af creditlempelser. Landsretten fandt, at bestemmelsen ikke var i strid med den dagældende dobbeltbeskatningsoverenskomst med Portugal. Landsretten anførte, at den pågældende bestemmelse ikke entydigt afgør, om det er brutto- eller nettoindtægten, der skal gives lempelse for. Dernæst henviste Landsretten til, at det ifølge OECDs kommentarer til bestemmelsen er overladt til den nationale lovgivning og praksis at udforme nærmere regler for, hvorledes lempelsen skal beregnes.

¹³⁾ Se om fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster Niels Winther-Sørensen i *Beskatning af international erhvervsindkomst* (2000), s. 62-88 med en række henvisninger, samt Aage Michelsen, *International Skatteret* (1996), s. 50-69, samt Michael Lang (red.), "Tax Treaty Interpretation" (2001).

¹⁴⁾ Offentliggjort i bekendtgørelse nr. 34 af 29. april 1980 af konvention af 23. maj 1969. Konventionen trådte i kraft den 27. januar 1980.

¹⁵⁾ Niels Winther-Sørensen, *Beskatning af international erhvervsindkomst* (2000), s. 39f.

betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål. Traktaten skal 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. Jævnslidende 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, herunder forarbejderne til traktaten og omstændighederne ved dens indgåelse¹⁶. Artikel 33 indeholder bestemmelser om traktater indgået på flere forskellige sprog.

I ingen af disse bestemmelser er der indeholdt henvisning til national ret. I den gamle tyske overenskomst er der i artikel 2, stk. 3, indeholdt en generel henvisning til national skatteret for så vidt angår udtryk, som ikke er defineret i den pågældende overenskomst. Denne bestemmelse svarer til artikel 3, stk. 2, i OECDs modeloverenskomst¹⁷. Artikel 2, stk. 3, 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 overenskomsten¹⁸.

I dansk praksis er der ved fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster tillige lagt vægt på international skattepraksis, jf. TfS 1993, 7 H. I Højesterets præmisser anføres: "Det må lægges til grund, at det i dansk og international skattepraksis - på baggrund af OECDs modeloverenskomster med de foran citerede kommentarer - har været fast antaget, ...". Det er ikke helt klart, hvilken vægt Højesteret tillægger

¹⁶⁾ I TfS 1992, 291 Ø lagde Østre Landsret i præmisserne vægt på de fremlagte oplysninger om overenskomstforhandlingerne. Der var anført flere argumenter til støtte for resultatet. Niels Winther-Sørensen anser det for betænkeligt at lægge vægt på materiale, der ikke er offentliggjort, jf. *Beskatning af international erhvervsindkomst* (2000), s. 68.

¹⁷⁾ Bestemmelsen er fra 1962, hvorfor ordlyden er lidt anderledes. Der er ikke noget 2. punktum og det er ikke søgt præciseret, at det er den nationale lovgivning på tidspunktet for anvendelsen af overenskomsten, som der henvises til.

¹⁸⁾ Klaus Vogel on *Double Taxation Conventions* (1997), Kommentar til OECDs modeloverenskomsts artikel 3, punkt 62, "It provides no justification for ...closing loopholes within the treaties by reference to domestic law...".

international skattepraksis, men international skattepraksis har spillet en rolle¹⁹. Højesteret har ikke angivet konkrete henvisninger til praksis fra andre lande. International skattepraksis er ikke et fortolkningsbidrag, der umiddelbart fremgår af Wienerkonventionens regler om fortolkning, men i mange tilfælde kan der være god grund til at inddrage praksis i andre lande - ikke mindst af hensyn til en harmoniseret fortolkning²⁰. I dette tilfælde vil en harmoniseret fortolkning (hvor der hverken sker dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning) alene kunne opnås, hvor man afviser at anvende nationale tidsfrister (med mindre der er overensstemmelse mellem disse nationale tidsfrister).

Det er derfor interessant at undersøge, hvordan spørgsmålet er behandlet i andre lande. Det er ikke hensigten at give en fuldstændig oversigt over praksis i andre lande, men blot at fremhæve nogle interessante forhold.

I den amerikanske modeloverenskomst er der ingen indbringelsesfrist i artikel 25, stk. 1. I stedet er angivet, at en person kan indbringe sin sag for den kompetente myndighed "uanset hvilke retsmidler og tidsfrister, der måtte være foreskrevet i disse staters interne lovgivning". Dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater²¹ indeholder en tilsvarende formulering.

I Tyskland vil den kompetente myndighed ikke indlede en gensidig aftaleforhandling, hvis der er gået mere end fire år siden "the occurrence of the underlying action" (meddelelsen herom), med mindre der foreligger formildende omstændigheder²². De kompetente myndigheder afviser en anmodning om en gensidig aftaleprocedure, hvis fire års fristen er udløbet, uanset den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke indeholder en indbringelsesfrist. I Tyskland anvendes således de interne fristregler.

¹⁹⁾ Niels Winther-Sørensen konkluderer, at den mest naturlige forståelse er "at international skattepraksis har spillet en væsentlig rolle for fortolkningen af den dansk-amerikanske overenskomst", *Beskatning af international erhvervsindkomst* (2000), s. 72.

²⁰⁾ Se Kees Van Raad, "International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application", i *Staaten und Steuern - Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, hvor han dog erkender at det kan være problematisk at skaffe oplysninger om andre landes praksis, hvorfor han foreslår etableringen af et uafhængigt ekspertpanel.

²¹⁾ Overenskomst af 19. august 1999 mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater.

²²⁾ Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (1997), Kommentar til artikel 25, punkt 43, og Johannes Bassler, "Settlement of Disputes in German Tax Treaty Law" i "Settlement of Disputes in Tax Treaty Law" (2002), s.235. Her oplyses at to trediedele af Tysklands dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke indeholder en indbringelsesfrist i artikel 25.

Italien har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med en indbringelsesfrist lig OECDs modeloverenskomst, men har tillige indgået overenskomster med længere og kortere frister²³. Pasquale Pistone er i tvivl om de nationale indbringelsesfrister burde finde anvendelse i alle tilfælde. Den italienske interne tidsfrist for indsigelser er fem år. Denne frist løber fra det tidspunkt, hvor "selvangivelse" skal indleveres. I Italien har man imidlertid en særlig mulighed for at ophæve skattemyndighedernes handlinger, såfremt disse handlinger strider mod skatteretlige principper og regler. Det er ikke afklaret hvorvidt denne mulighed er begrænset af nogen tidsfrister.

I Storbritannien blev i juli 2000 indført en lovbestemmelse, der giver særskilt hjemmel for gennemførelsen af gensidige aftaler i Storbritannien²⁴. I denne bestemmelse er indsat en seks års indbringelsesfrist (fra udgangen af det pågældende indkomstår)²⁵.

Af den sporadiske gennemgang af praksis fremgår, at man i andre lande synes at anvende nationale tidsfrister. Det er svært at få et overblik over behandlingen, idet praksis efter den gensidige aftaleprocedure ikke bliver offentliggjort i langt de fleste lande. I de omtalte lande er de interne tidsfrister alle mere favorable end den tre årige indbringelsesfrist fastsat i OECDs modeloverenskomst.

I dansk praksis er der ved fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster lagt vægt på OECDs modeloverenskomst med kommentarer. 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 overenskomster²⁶. Dette fremgår tillige af Højesterets afgørelse i TfS 1993, 7H samt af Østre Landsrets afgørelse i TfS 1992, 291Ø, der begge henviste til OECDs

²³⁾ Pasquale Pistone, "Settlement of Disputes in Italian Tax Treaty Law" i "Settlement of Disputes in Tax Treaty Law" (2002), s.314.

²⁴⁾ Monuhar Ullah, "Settlement of Disputes in U.K. Tax Treaty Law" i "Settlement of Disputes in Tax Treaty Law" (2002), s.480.

²⁵⁾ Storbritannien har derfor taget forbehold i OECDs kommentarer til modeloverenskomsten overfor indbringelsesfristen i artikel 25, stk. 1, 2. pkt., idet den kolliderer med denne tidsfrist på seks år. Forbeholdet blev oprindeligt indsat a.h.t. Storbritanniens generelle tidsfrist på seks år, men kan opretholdes a.h.t. den specifikke frist i den nye lovbestemmelse.

²⁶⁾ 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.

modeloverenskomst. Begge afgørelser vedrørte endda overenskomster indgået før OECDs første modeloverenskomst fra 1963. Senest fremgår det af den ovenfor refererede afgørelse i TfS 2000, 426 Ø, vedrørende ligningslovens § 33 F. OECD reviderer løbende modeloverenskomsten med kommentarer, hvorfor det har været diskuteret hvilken version af modeloverenskomsten, som skal anvendes ved fortolkning. I OECDs kommentarer til modeloverenskomsten er forholdet til tidligere versioner af modeloverenskomsten behandlet i introduktionen, punkterne 33-36²⁷. Heraf fremgår, at ændringer i modeloverenskomsten samt de hertil knyttede kommentarer ikke er relevante for tidligere indgåede overenskomster, hvor indholdet i en sådan overenskomst er forskelligt fra indholdet i den reviderede modeloverenskomst. Ændringer og tilføjelser til kommentarerne, der omhandler eksisterende bestemmelser i modeloverenskomsten skal normalt anvendes ved fortolkningen og anvendelsen af den pågældende overenskomst. Betydningen af OECDs modeloverenskomst med kommentarer kan derfor ikke føre til, at man kan indfortolke en tidsfrist fra modeloverenskomsten, når en sådan tidsfrist ikke er indeholdt i den pågældende overenskomst²⁸.

Niels Winther-Sørensen opstiller til brug for sin afhandling, "Beskatning af international erhvervsindkomst", den tese, at betydningen af intern ret for anvendelsen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst kan opdeles i to problemer, nemlig 1) intern rets betydning for fortolkningen af udtryk i overenskomsten, og 2) intern rets betydning for gennemførelsen af overenskomstlempelsen, og at intern ret navnlig i relation til overenskomstlempelsen har en central betydning²⁹. Som begrundelse for tesen tages der udgangspunkt i følgende betragtninger. En dobbeltbeskatningsoverenskomst begrænser det skattekrav, som består i kraft af interne skatteregler. Som

²⁷⁾ Se tilsvarende Niels Winther-Sørensen, "Beskatning af international erhvervsindkomst" (2000), s. 77, hvor det angives at udgangspunktet må være fortolkningsbidragene i den modeloverenskomst og de kommentarer, som var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den konkrete overenskomst, men at det må være berettiget at inddrage senere fremkomne udgaver af OECDs modeloverenskomst med kommentarer (i lighed med at man kan anvende 1963-modeloverenskomsten ved fortolkningen af overenskomster indgået før 1963). Se modsat Jørn Qviste i SU 2001, 356, hvor et retsforlig samt en dom fra Østre Landsret kommenteres, jf. TfS 2000, 815 og TfS 2001, 380Ø (appelleret).

²⁸⁾ Niels Winther-Sørensen, Skatteretten 3 (2000), s. 50. I TfS 1984, 184 H indfortolkede Østre Landsret OECDs modeloverenskomsts dobbeltdomicilklausul i en overenskomst, der ikke indeholdt en tilsvarende bestemmelse. Højesteret nåede samme resultat som Landsretten, men med en ændret begrundelse, se Niels Winther-Sørensen, Beskatning af international erhvervsindkomst (2000), s. 78, samt samme i SU 1994, 146.

²⁹⁾ Niels Winther-Sørensen, "Beskatning af international erhvervsindkomst" (2000), 114ff. Niels Winther-Sørensen tager udgangspunkt i Klaus Vogels teori om forholdet mellem dobbeltbeskatnings-overenskomster og intern ret, jf. Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (1997), Kommentar til indledning, punkt 48 og 100f.

en folkeretligt bindende traktat indeholder overenskomsten regler, som overenskomststaterne er forpligtet til at overholde. Man må derfor tage udgangspunkt i en fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomstens bestemmelser. For at gennemføre overenskomstlempelsen af skattekravet må der imidlertid tillige tages stilling til en række spørgsmål, som ikke direkte er reguleret i overenskomsten. Intern ret må her anvendes som supplement til overenskomstens bestemmelser³⁰. Artikel 25 har ikke direkte sammenhæng med overenskomstlempelsen, men anvendelsen af den gensidige aftaleprocedure kan være en betingelse for at opnå en lempelse. Niels Winther-Sørensen anvender betegnelsen interne gennemførelsesregler for de interne regler, der anvendes som supplement til overenskomstens regler. Betegnelsen interne gennemførelsesregler anvendes til at markere, at der er tale om et særligt regelsæt, omend disse regler ofte må fastlægges ud fra mere løse rettlige betragtninger³¹.

Afgørelsen af, om en regel fremgår direkte af en overenskomst eller ej, må efter denne tese ske ved en konkret fortolkning af overenskomstens bestemmelser. I dette tilfælde skal det med andre ord afgøres, om undladelsen af at medtage tidsfristen i bestemmelsen giver mulighed for enten at indfortolke de interne tidsfrister i bestemmelsen, eller om de interne tidsfrister kan supplere overenskomstens bestemmelser ved anvendelsen af overenskomsten. Som ovenfor anført kan de interne tidsfrister ikke indfortolkes i den pågældende overenskomst, der ikke indeholder en tidsfrist. Hvorvidt de interne tidsfrister kan supplere overenskomstens bestemmelser må tilsvarende afgøres ved en fortolkning af overenskomsten tillige med de forskellige fortolkningsbidrag.

4.2. Overenskomster indgået før revideringen af OECDs modeloverenskomst i 1977

I det konkrete tilfælde er der tale om en overenskomst indgået før den første modeloverenskomst fra 1963, idet den gamle dobbeltbeskatningsoverenskomst med Tyskland er fra 1962. I modeloverenskomsten fra 1963 er der ikke indsat en tidsfrist. I 1963-kommentarerne til artikel 25 er i punkt 5 angivet: ”No time-limit is

³⁰⁾ I lighed med TfS 2000, 426 Ø, hvorefter ligningsloven § 33 F skulle anvendes ved opgørelsen af lempelsen.

³¹⁾ Statsskattelovens §§ 4-6 angiver eksempelvis ikke, om der skal anvendes et brutto- eller et nettoprincip ved opgørelsen af lempelsen for udenlandsk udbytte- eller renteindkomst. I praksis opgjorde man tidligere sådan indkomst ud fra et bruttoprincip. Dette blev ændret ved ligningsloven § 33 F, hvorefter der skal anvendes et nettoprincip, Niels Winther-Sørensen, ”Beskatning af international erhvervsindkomst” (2000), s. 147-148.

specified in the Article for presenting claims under paragraph 1. Any time-limit that may be fixed upon bilaterally should be reasonably generous.”. Såfremt der havde været fastsat en tidsfrist i den pågældende overenskomst, kunne man argumentere for, at denne skulle være “reasonably generous”.

I dette tilfælde er der ikke fastsat en tidsfrist, men det kunne være interessant at vurdere om de nationale tidsfrister kan anses for at være “reasonably generous”. De nationale tidsfrister - de nuværende såvel som de indtil udgangen af 1996 gældende - er vanskelige at vurdere. De nationale tidsfrister løber fra indkomstårets udløb. Tidsfristen i artikel 25, stk. 1, 2. pkt., løber fra “den første meddelelse om de foranstaltninger, der resulterer i en beskatning, der ikke er i overensstemmelse...”. I praksis kan denne meddelelse ligge umiddelbart efter indkomstårets udløb, men den kan også ligge mange år herefter. Eksempelvis løber den interne frist for en ny ansættelse i Storbritannien fra udløbet af indkomståret og er på seks år. I praksis kan en skatteyder risikere en ansættelse i Storbritannien vedrørende et indkomstår, hvor skatteyderen har oppebåret indkomst i både Danmark og i Storbritannien, i op til seks år efter indkomstårets udløb. I et sådant tilfælde vil en anvendelse af den danske tidsfrist kunne medføre et urimeligt resultat. I Tyskland løber fristen for en ansættelsesændring fra meddelelsen om den pågældende ansættelse er givet og er på fire år. En anvendelse af tidsfristen i relation til Tyskland kan således tilsvarende medføre et urimeligt resultat. I disse eksempler vil de nationale tidsfrister ikke kunne anses for at være “reasonably generous”. OECDs anbefaling fra 1963-kommentarerne kan ikke alene medføre en folkeretlig forpligtelse til at undlade at anvende de nationale tidsfrister, hvor den pågældende overenskomst ikke indeholder en indbringelsesfrist. Hvis man imidlertid sammenholder det med at formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsten er at undgå dobbeltbeskatning, hvilket ikke nås ved en anvendelse af de nationale tidsfrister, synes mest at tale for at de nationale tidsfrister ikke anvendes, jf. artikel 31, stk. 1, i wienerkonventionen af 1969. Tilsvarende resultat må gælde for overenskomster indgået i perioden 1963-1976.

Denne vide anvendelse af en autonom fortolkning kan endvidere finde støtte i Klaus Vogels diskussion af forholdet mellem intern ret og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Klaus Vogel opdeler fortolkningen af fordelingsbestemmelserne i forskellige niveauer: om en person er berettiget til overenskomstsbeskyttelse, karakteriseringen af objektet (indkomst, fortjeneste m.v.) og subjektet (den, der ejer eller modtager), samt betingelserne for anvendelsen af fordelingsbestemmelserne. Betingelserne for anvendelsen af fordelingsbestemmelserne omfatter, hvad der er indkomst fra fast ejendom, fortjeneste indvundet af et foretagende m.v. Indenfor de forskellige kategorier lægger han vægt på formålet med fortolkningen. Han vurderer, hvorvidt der i de forskellige kategorier opstår risiko for dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning. Ved vurderingen af risikoen angives, at dobbeltbeskatning ofte

(eller altid) kan elimineres ved den gensidige aftaleprocedure. Klaus Vogels konklusion er, at ved fortolkning på det niveau, hvor risikoen for dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning er størst, skal alle muligheder for en autonom fortolkning først anvendes³². I dette tilfælde, hvor fortolkningen vedrører spørgsmålet om den gensidige aftaleprocedure kan finde anvendelse, dvs. om dobbeltbeskatning skal forsøges undgået, må tilskyndelsen til at forsøge en autonom fortolkning være så meget desto større.

Told- og Skattestyrelsen anvender i den konkrete afgørelse den dagældende nationale fristregel i skattestyrelsesloven § 4, stk. 2, men opfylder herved en folkeretlig forpligtelse. I stedet for at undlade at anvende de nationale fristregler nås resultatet ved en fortolkning af de nationale regler. I forbindelse med indførelsen af reglerne om oplysningspligt vedrørende koncerninterne transaktioner blev der indsat et 2. pkt. i dagældende skattestyrelseslov § 4, stk. 2, hvorefter tidsbegrænsningen for en genoptagelse af skatteansættelsen som følge af en udenlandsk skattemyndigheds transfer pricing regulering ophævedes. I bemærkningerne til lovforslaget anførtes om ændringen "Ved ændringen fastsættes i realiteten blot, at betingelsen om at "når forholdene i særlig grad taler derfor" altid vil være opfyldt i relation til sådanne transfer pricing reguleringer"³³. Jan Pedersen har kommenteret bestemmelsen og er formentlig af den opfattelse, at adgangen til ekstraordinær genoptagelse alene er en præcisering af, hvad der tidligere gjaldt i henhold til den generelle bestemmelse i § 4, stk. 2³⁴. Dette er i overensstemmelse med Told- og Skattestyrelsens afgørelse.

De nugældende regler for genoptagelse findes i skattestyrelsesloven §§ 34 og 35. Tidsfristen for ordinær genoptagelse indenfor tre år i skattestyrelsesloven § 34, stk. 2, svarer til den tidligere frist i skattestyrelsesloven § 4, stk. 1. Efter skattestyrelsesloven § 35 er der mulighed for ekstraordinær genoptagelse i en række tilfælde. Efter § 35, stk. 1, nr. 1, er der mulighed for genoptagelse ud over tre år, såfremt "der efter indkomstårets udløb er indtrådt en ændring i grundlaget for opgørelsen af den indkomst..., der skal lægges til grund for skatteansættelsen". Såfremt en udenlandsk skattemyndighed ændrer en skatteansættelse, hvilket resulterer

³²⁾ Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (1997), Kommentar til indledning, punkt 101f og 48. I punkt 101b anføres: "In such cases, all possibilities of deriving an autonomous qualification should, therefore, be exhausted. In addition to the context of the particular treaty, treaty practice, the development of treaty terminology, the OECD and UN MCs and Commentaries must be referred to."

³³⁾ L 84 af 14. november 1997, vedtaget som lov nr. 131 af 25. februar 1998.

³⁴⁾ Jan Pedersen, Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning (1998), s. 280.

i en ændret beskatning, må en genoptagelse ud over tre år være mulig³⁵⁶. En genoptagelse ud over tre år er dog yderligere betinget af, at betingelserne i § 35, stk. 2 og 3 er opfyldt. Efter stk. 2 kan en ansættelse kun foretages eller ændres, hvis den indebærer en indkomstændring på mindst 5.000 kr. Efter stk. 3 kan en ansættelse kun foretages eller ændres, såfremt genoptagelsesansmodningen fremsættes inden rimelig tid efter, at den skattepligtige er kommet til kundskab om det forhold, der begrunder fravigelsen af fristerne i § 34. I bemærkningerne til lovforslaget til § 35, stk. 3, er angivet at "hvad der er rimelig tid må bero på en bedømmelse af det enkelte forhold ..., men normalt må der skulle reageres indenfor 6 måneder.", jf. L 192 af 4. marts 1999. Denne "lille-frist" regel vil formentlig ikke give anledning til problemer i samme omfang som den tre årige frist for genoptagelse, idet fristen løber fra det tidspunkt, hvor man er kommet til kundskab om det forhold, der begrunder en ekstraordinær genoptagelse. Hvad der er rimelig tid i forhold til § 35, stk. 3, afhænger endvidere af en bedømmelse af det enkelte forhold. I lighed med hvad der gælder for så vidt angår dagældende skattestyrelseslov § 4, må det antages at anbefalingen fra OECDs 1963-kommentar sammenholdt med en formålsfortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomsten taler for at de nationale fristregler alene finder anvendelse, hvor de giver adgang til en ekstraordinær genoptagelse.

I de fleste tilfælde vil skattestyrelsesloven § 35 kunne fortolkes således at der kan gives ekstraordinær genoptagelse. Såfremt en af de to betingelser i § 35, stk. 2 eller 3, ikke kan anses for opfyldt vil reglerne imidlertid ikke kunne anvendes.

4.3. Overenskomster indgået i 1977 eller senere

Den tre-årige indbringelsesfrist i artikel 25, stk. 1, 2. pkt., i OECDs modeloverenskomst er indsat ved revideringen af denne i 1977. Såfremt en dobbeltbeskatningsoverenskomst er indgået efter 1977 må en undladelse af at medtage tidsfristen i overenskomsten, kunne betragtes som en bevidst undladelse. Dette gælder eksempelvis dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Storbritannien og den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Af punkt 17 i OECDs kommentarer til modeloverenskomstens artikel 25 fremgår, at fristen for indbringelse har til formål at beskytte administrationerne mod sene klager. Fristen skal anses for et minimum, hvorfor de

³⁵⁾ I bemærkningerne i lovforslaget til § 35, stk. 1, nr. 1, er nævnt det eksempel, at en indkomst er udbetalt med urette, f.eks. studiestøtte eller dagpenge, og derfor skal betales tilbage, jf. L 192 af 4. marts 1999. Tilsvarende mulighed må gives såfremt en indkomst med urette er beskattet i Danmark.

³⁶⁾ I § 35, stk. 1, nr. 5, findes muligheden for en ekstraordinær genoptagelse som følge af en transfer pricing regulering foretaget af en udenlandsk skattemyndighed.

kontraherende stater frit i deres overenskomster kan indsætte længere frister, f.eks. især ud fra en analogi til de frister, der er fastsat i deres respektive nationale lovgivninger. Kontraherende stater kan udelade den anden sætning i stk. 1, hvis de er enige om, at deres respektive nationale regler automatisk finder anvendelse på sådanne klager, og disse er gunstigere for de berørte skatteydere, enten fordi de tillader en længere klagefrist, eller fordi de ikke fastsætter nogen tidsfrister for sådanne klager.

Det er lidt usikkert om punkt 17 indeholder et fortolkningsbidrag i den situation, hvor der ikke er indeholdt en indbringelsesfrist i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst. Efter OECDs anbefaling skal tidsfristen udelades, såfremt de nationale frister er mere favorable og de to lande er enige om, at de automatisk finder anvendelse. Det er imidlertid tvivlsomt om man heraf kan udlede nogen begrænsninger for de nationale tidsfrister, hvor der ikke er indeholdt en frist i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

For overenskomster indgået i 1977 eller senere vil en formålsfortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, hvor der anlægges en vid anvendelse af en autonom fortolkning kunne forsvares. Konsekvenserne i forhold til anvendelsen af de tidligere og de nuværende regler i skattestyrelsesloven for genoptagelse af en skatteansættelse svarer til ovenfor. Told- og Skattestyrelsen sondrer ej heller mellem, hvornår den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst er indgået.

5. Konklusion

I artiklen er det forsøgt at give en begrundelse for, hvorfor der kan gives adgang til ekstraordinær genoptagelse i dette tilfælde. Adgangen til ekstraordinær genoptagelse gives for at opfylde vores forpligtelser i henhold til den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst. Resultatet er ikke entydigt, men det er i overensstemmelse med formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsten og det tilgodeser skatteydernes interesser³⁷.

I artiklen er der sondret mellem overenskomster indgået før og efter revideringen af OECDs modeloverenskomst i 1977, hvor indbringelsesfristen blev indsat. OECDs anbefaling til landene præciseres ved revideringen, men det kan ikke antages at gøre en forskel i det tilfælde hvor to lande alligevel vælger ikke at indsætte

³⁷⁾ I princippet eksisterer denne adgang også 25 år efter det pågældende indkomstår. I artiklen er betydningen af de generelle forældelsesregler imidlertid ikke diskuteret.

en tidsfrist i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst. Told- og Skattestyrelsens afgørelse sonderer ej heller mellem hvornår den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst er indgået.

1

Er den private kautionist tilstrækkeligt beskyttet?

af

Mette Frøland

1. Ændring af bank – og sparekasseloven vedrørende kaution.

Med vedtagelsen af bank- og sparekasseloven § 41 a - lov nr. 428 af 6. juni 2002 som trådte i kraft den 1. juli 2002 - er der sket visse ændringer for - som det hedder i bestemmelsen - kautionister uden for erhvervsforhold.¹ § 41 a finder kun anvendelse ved kaution afgivet over for et pengeinstitut og altså for eksempel ikke for kaution afgivet over for realkreditinstitutter eller over for finansieringsselskaber som ikke er koncernforbundne med et pengeinstitut.²

Området for kaution er stort set – dog med undtagelse af bank – og sparekasseloven § 41 - ulovreguleret og i vidt omfang præget af doms- og pengeinstitutankenævnspraksis. Ifølge § 41 skal et pengeinstitut underrette en kautionist inden seks måneder, hvis låntager misligholder det kautionssikrede lån. Hvis pengeinstituttet ikke overholder denne frist, hæfter kautionisten som udgangspunkt ikke for lånet. For at undgå hæftelsen skal kautionisten imidlertid bevise, at hans regreskrav over for låntager er blevet forringet. Denne bevisbyrde vil ofte være meget vanskelig at løfte for kautionisten. Bank – og sparekasseloven § 41 er ændret i forbindelse med vedtagelsen af § 41 a, således at det nu fremgår, at § 41 kun gælder inden for

¹⁾ L 173 forslag til lov om ændring af lov om finansiell virksomhed, lov om banker og sparekasser m.v., lov om fondsmæglerselskaber, lov om forsikringsvirksomhed, lov om realkredit, lov om forsikringsformidling med flere finansielle love, lov om et skibsfinansieringsinstitut samt lov om markedsføring. (Bidragsstruktur, præcisering af kompetenceforholdet ved udstedelse af regler om god skik, nyt kapitalinstrument, fortrinsstilling i konkurs til obligationsejere og swapmodparter.)

²⁾ Bank – og sparekasseloven § 41 a er udførligt omtalt af Lennart Lynge Andersen og Nina Dietz Legind i U 2002 B s. 347 ff.

erhvervsforhold og således at meddelelse om kautionistens misligholdelse ikke længere skal gives ved anbefalet brev, men blot skriftligt.

2. Den nye regel.

I bank- og sparekasseloven § 41 a hedder det :

"§ 41 a. Har en kautionist uden for erhvervsforhold stillet kaution for lån ydet af et pengeinstitut, og udebliver låntager med hovedstol, afdrag eller renter, skal der senest 3 måneder efter de pågældende ydelsers forfaldsdag gives skriftlig meddelelse herom til kautionisten. Bestemmelsen i 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse, hvis pengeinstituttet giver låntageren henstand, uden at kautionisten har givet samtykke hertil i det konkrete tilfælde.

Stk. 2. Overskrides fristen i stk. 1, kan kautionsforpligtelse kun gøres gældende over for kautionisten for det beløb, som låntagers gæld efter den sikrede fordring ville have udgjort, hvis låntager havde betalt alle ydelser rettidigt indtil det tidspunkt, som ligger 3 måneder forud for det tidspunkt, hvor meddelelse gives.

Stk. 3. Overskridelse af fristen i stk. 1 medfører, at pengeinstituttet taber sit krav over for kautionisterne, i det omfang disses regreskrav mod låntagerne er blevet forringet, selv om nedsættelsen af kautionsforpligtelsen efter stk. 2 tages i betragtning.

Stk. 4. En kautionist kan ikke hæfte for et beløb større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse.

Stk. 5. Kautionsaftaler efter stk. 1 skal være skriftlige for at kunne gøres gældende.

Stk. 6. En kautionsforpligtelse efter stk. 1 bortfalder efter 10 år eller, hvis kautionsaftalen er indgået til sikkerhed for en kredit med variabelt beløb eller for et lån uden fast forfaldstidspunkt, efter 5 år, medmindre forpligtelsen forinden er gjort gældende af pengeinstituttet.

Stk. 7. Ved kautionsaftaler efter stk. 1 skal pengeinstituttet årligt og skriftligt meddele kautionisten størrelsen af den gældspost, som kautionen er stillet til sikkerhed for."

Den mest markante nyskabelse ved § 41 a er, som det fremgår, at 6 måneders fristen ændres til en 3 måneders frist og at kautionisten så at sige får "rabat", hvis pengeinstituttet overskrider fristen.

Bestemmelsen kan eksemplificeres på følgende måde:

Er låntager eksempelvis i restance med 8 måneders ydelser på det tidspunkt hvor underretning gives, skal hæftelsen nedsættes med de 5 ældste ydelser med tillæg af rente fra de tidspunkter, hvor disse ydelser skulle have været betalt.³

Det er den blotte overskridelse af 3 måneders fristen, der udløser "rabatten." Der stilles således ikke krav om, at kautionisten skal have lidt et økonomisk tab ved overskridelsen.

3. Baggrunden for tilblivelsen af Bank- og sparekasseloven § 41 a.

3.1 Klager over kaution

Ved søgning på Pengeinstitutankenævnets hjemmeside www.pengeinstitutankenaevn-net.dk under emnet kaution, kan det konstateres, at der i årene 1988 til 2002 var 453 klager, der omhandlede kaution. Mange af de afsagte kendelser viser, at kautionisten næppe har forstået, hvad kautionstilsagnet indebar. Hertil kommer et antal sager om tredjemands sikkerhedsstillelse i form af pant, typisk i fast ejendom.⁴ En øget beskyttelse af kautionister har - i hvert fald med hensyn til forbrugere - derfor længe været påkrævet og længe været påpeget i teorien.⁵

Så tidligt som i Pengeinstitutankenævnets Årsberetning fra 1989⁶ påpegede den daværende formand for ankenævnet, Sø- og Handelsrettens præsident Frank Poulsen på problemet med de mange kautionssager. Det fremgår således at: "Jeg finder grund til endelig at fremdrage et enkelt problem i forbindelse med kautionsforpligtelser,

³⁾ Se Peter Blok i Pengeinstitutankenævnets Årsberetning for 1999 s. 19 f. Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår en lidt anden formulering. Det hedder således, at pengeinstitutet (ikke kan) kræve renter, afdrag gebyrer o.l., der skulle have været betalt i de 5 måneder inden 3 måneders perioden.

⁴⁾ Som eksempel herpå kan nævnes Pengeinstitutankenævnets kendelser 336/1989, 575/1993 og 179/2001.

⁵⁾ Peter Møgelvang-Hansen: Privat kaution for banklån – kautionsproblemer og – beskyttelse i de nordiske lande (1995), samme i Julebog 1999 s. 304 f, Lennart Lyngé Andersen I U 1996 B s. 472 f, U 1999 B s. 293 og U 2000 B s. 219, Erik Werlauff: Bank og kunde (1997) s. 75, Betænkning nr. 1362/1998 om rådgiveransvar s. 155 ff, Lennart Lyngé Andersen og Peter Møgelvang-Hansen: Udredning om bedre privatkundebeskyttelse inden for pengeinstitutsektoren (2001) og Nina Dietz Legind: Privat kaution – behovet for en kodifikation af privat kaution for banklån. (2002)

⁶⁾ Pengeinstitutankenævnets Årsberetning 1989 s. 3.

hvorom et betydeligt antal klager drejer sig. Der er særdeles hyppigt tale om kaution, stillet af familiemedlemmer i den ældre aldersklasse og med en beskeden personlig økonomi. Man kan have den opfattelse, at pengeinstitutter overhovedet ikke burde give lån mod kaution fra familiemedlemmer og for den sags skyld andre, der ikke er rimeligt økonomisk stærke, og man kan i hvert fald på grundlag af indvundne erfaringer henstille, at spørgsmålet om kaution i disse tilfælde, og når der er tale om mennesker i en høj alder, overvejes meget nøje, og at det virkelig alvorligt sikres, at disse mennesker er fuldtud klar over den - ofte meget betydelige - risiko, de udsætter sig for ved at påtage sig en kautionsforpligtelse."⁷

I Pengeinstitutankenævnets Årsberetning fra 1991⁸ blev det betydelige antal sager om kaution igen omtalt. Det blev påpeget, at sagerne ofte angår tilfælde, hvor pengeinstituttet har forsømt underretningspligten i bank - og sparekasseloven § 41. Endvidere gjorde formanden opmærksom på, at et andet ofte forekommende område for klager indenfor kaution er såkaldte alskyldserklæringer, hvorved forstås kaution ikke blot for et bestemt angivet lån, men for enhver forpligtelse, som låntageren har eller senere måtte få overfor pengeinstituttet. Formanden fandt, at alskyldserklæringer i forbrugerforhold med kaution, typisk fra familie eller nære bekendte, bør undgås.⁹

3.2. Protokollatet vedrørende kaution

I 1994 førte drøftelser mellem Forbrugerombudsmanden, Finansrådet, Forbrugerrådet, Håndværksrådet og Konkurrencesekretariatet til vedtagelsen af "Retningslinier om etik i Pengeinstitutternes rådgivning."¹⁰ I den forbindelse blev pengeinstitutternes

⁷⁾ At problemet stadig eksisterer fremgår af Pengeinstitutankenævnets kendelse 179/2001 hvor klageren som 85-årig i 1994 håndpantatte et ejerpantebrev til sikkerhed for en tredjemands lån. I 2000 - da klageren var 91 år - anmodede det indklagede pengeinstitut klageren om at pantsætte ejerpantebrevet til sikkerhed for opfyldelse af enhver forpligtelse, som tredjemand og dennes ægtefælle havde eller måtte få med indklagede. Klageren afviste dette og fik medhold i Pengeinstitutankenævnet, idet flertallet bestemte, at det indklagede pengeinstitut skulle udlevere ejerpantebrevet til klageren.

⁸⁾ Pengeinstitutankenævnets Årsberetning 1991 s. 1.

⁹⁾ Pengeinstitutankenævnets kendelse 474/2000 illustrerer - i øvrigt ligesom kendelse 179/2001 jfr. note 7 - at alskyldserklæringer stadig anvendes. I førstnævnte kendelse håndpantatte klageren i 1998 to ejerpantebreve i sin faste ejendom til sikkerhed for sin søns engagement i et pengeinstitut. Klageren var i øvrigt på håndpantættningstidspunktet 84 år gammel.

¹⁰⁾ Retningslinierne findes i Forbrugerstyrelsens pjeces, Forbrugerombudsmandens retningslinier med uddybende kommentarer Etik i bankrådgivningen, oktober 1997, på Forbrugerstyrelsens hjemmeside www.fs.dk, i Finansrådets pjecer, God Rådgivning - Forbrugerombudsmandens retningslinier om etik i pengeinstitutternes rådgivning fra 1994, 1997 og 2002 samt på

anvendelse af kaution forhandlet, jfr. det såkaldte protokollat til retningslinierne.¹¹ Af protokollatet fremgår blandt andet, at pengeinstitutterne ikke bør medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi. Særlig tilbageholdenhed bør udvises, hvor kautionisten har almindelig eller beskeden økonomi.

Pengeinstituttet skal altid sikre sig, at kautionisten har forstået indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen. Der skal udvises særlig agtpågivenhed, hvor kautionisten kan have svært ved at forstå indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen.

De talrige klager over kaution, der som tidligere nævnt har været forelagt for Pengeinstitutankenævnet, også i årene efter 1994,¹² viser imidlertid, at dette meget bredt formulerede og ikke meget specifikke protokollat tilsyneladende ikke har haft stor gennemslagskraft.¹³ Finansrådets pjecer fra 1994 og 1997 om God Rådgivning - Forbrugerombudsmandens retningslinier om etik i pengeinstitutternes rådgivning indeholder ikke protokollatet. Det har således ikke været muligt for pengeinstitutternes kunder at gøre sig bekendt med protokollatet ved gennemlæsning af de pjecer, som Finansrådet har udgivet, og som udleveres i pengeinstitutterne. Disse omstændigheder kunne være en medvirkende årsag til protokollatets manglende gennemslagskraft.

3.3. Nordisk Ministerråds rapport - Privat kaution for banklån

Nordisk Ministerråd udgav i 1995 Rapport om privat kaution for banklån - kautionistproblemer og - beskyttelse i de nordiske lande.¹⁴ Udreder var Peter Møgelvang-Hansen. Rapporten analyserer kautionsinstituttet i de nordiske lande og antager¹⁵ på

Finansrådets hjemmeside www.finansnettet.dk.

¹¹⁾ Protokollatet er optrykt to steder i Forbrugerstyrelsens pjece Forbrugerombudsmandens retningslinier med uddybende kommentarer Etik i bankrådgivningen, oktober 1997 - dog med lidt forskellig ordlyd - samt på www.fs.dk.

¹²⁾ Ud af 453 afsagte kendelser om kaution i årene 1988-2002 er de 238 afsagt i perioden 1994-2002.

¹³⁾ Se f.eks. Pengeinstitutankenævnets kendelse 157/2000 hvor et pengeinstitut bevillegede låntageren forhøjelse af et lån mod kaution fra låntagers 18-årige datter. Provenuet fra lånet anvendtes til indfrielse af gammel gæld. Kautionistens indtægt bestod i SU med 1.852 kr. månedligt. Klageren - kautionisten - fik ikke medhold i Pengeinstitutankenævnet.

¹⁴⁾ Nord 1995:40.

¹⁵⁾ Rapporten s. 29.

baggrund af norske og svenske undersøgelser foretaget i begyndelsen af 1990'erne, at det er forsvarligt at gå ud fra følgende:

I op mod 10 % af husholdningerne findes personer, der aktuelt er forpligtet som kautionist.

Op mod hver 10. kautionsforpligtelse (der påhviler private) bliver aktuel.

De fleste kautionsforpligtelser angår beløb under 100.000 kr.

De færreste private kautionister er fortrolige med, hvad kautionsforpligtelsen indebærer.¹⁶

Rapporten peger på tre muligheder for at regulere kautionsinstituttet – de såkaldte tre spor - benævnt forbudssporet, informationssporet og rådgivnings- og professionaliseringssporet.

Forbudssporet er, som ordet siger, en lovregel hvorefter bankerne forbydes at indgå kontrakter om privat kaution. Et mindre vidtgående indgreb kunne ifølge rapporten også bestå i forbud mod kaution i en række nærmere definerede typetilfælde, f.eks. privat kaution for erhvervsmæssig gæld.¹⁷

Informationssporet peger på et samarbejde mellem forbrugerorganisationerne og bankerne med henblik på at sikre, at overskuelige beskrivelser og råd overgives til kautionistmænd så tidligt som muligt i det forløb, som leder frem mod påtagelse af kaution.¹⁸

Ideen med rådgivnings- og professionaliseringssporet er, at der ved siden af, at forbrugerinteresser søges varetaget gennem retlig regulering kan gøres en indsats for, at forbrugermyndigheder og/eller -organisationer engagerer sig i praktisk oplysnings- og rådgivningsarbejde, i dette tilfælde både om konsekvenserne af at kautionere og om økonomiske forhold generelt.¹⁹

Rapporten dokumenterede således yderligere behovet for at sætte fokus på kaution afgivet af forbrugere.

¹⁶⁾ Se Lennart Lynge Andersens anmeldelse af rapporten i U 1996 B s. 472.

¹⁷⁾ Rapporten s. 79.

¹⁸⁾ Rapporten s. 95 f.

¹⁹⁾ Rapporten s. 103 f.

3.4 Rådgiverudvalget

Problemerne vedrørende kaution blev endvidere drøftet i et underudvalg i Rådgiverudvalget. Rådgiverudvalget blev nedsat i 1995 efter en debat i Folketinget om rådgiveransvar.²⁰ Udvalget afgav betænkning i november 1998.

Rådgiverudvalgets kommissorium må betegnes som rimeligt bredt, idet kommissoriet blandt andet gik ud på at "Udvalget skal undersøge, hvilke former for finansiel rådgivning, der tilbydes, og skal klarlægge ansvarsforholdene i forbindelse med sådan rådgivning. Herunder skal følgende vurderes:

- Ansvarsgrundlaget for finansiel rådgivning ydet af revisorer, pengeinstitutter, forsikringsselskaber, realkreditinstitutter, advokater, ejendomsmæglere, investeringsforeninger og andre, der erhvervsmæssigt udbyder investeringsobjekter.
- I hvilket omfang, der er eller bør være adgang til kompensation ved økonomisk forrykkelse i forhold til det, den professionelle rådgiver har beregnet eller stillet i udsigt.
- Behovet for klargøring af ansvarsgrundlaget samt mulige løsninger på eventuelle mangler."

Udvalget kunne beslutte at inddrage andre former for professionel, økonomisk rådgivning i vurderingen.

Rådgiverudvalget kunne på baggrund heraf fremkomme med forslag til ændringer, som skønnedes formålstjenlige med henblik på at sikre en effektiv forbrugerbeskyttelse, information og kvalificeret rådgivning, og som samtidig tog de skyldige hensyn til imødegåelse af eventuel konkurrenceforvridning brancherne imellem.²¹

Underudvalget tog udgangspunkt i, at kaution kun benyttes i meget begrænset omfang uden for erhvervsforhold.²² Det er vanskeligt at vurdere, i hvor høj grad pengeinstitutterne anvendte - og stadig anvender - kaution som sikkerhedsstillelse, men det tidligere nævnte antal af klager over kaution ved Pengeinstitutankenævnet samt Pengeinstitutankenævnets formands bemærkninger i årsberetningerne fra 1989

²⁰⁾ Rådgiveransvar, Erhvervsministeriet, betænkning nr. 1362 s. 7.

²¹⁾ Betænkning om rådgiveransvar s.7-8.

²²⁾ Betænkning om rådgiveransvar s. 157.

og 1991²³, sammenholdt med Nordisk Ministerråds rapport om kaution med antagelserne om hyppigheden af anvendelsen af kaution viser imidlertid, at underudvalgets antagelse næppe er rigtig, og at kaution formentlig anvendtes og fortsat anvendes i et forholdsvis betydeligt omfang.

Underudvalget opstillede forskellige kriterier, der tager hensyn til forholdene både ved påtagelsen af forpligtelsen samt i den tid, hvor kautionsforpligtelsen løber. Underudvalget sammenfattede²⁴ den overvejende opfattelse således:

- Kautionshæftelsen bør, når der er forløbet 3 måneder efter misligholdelsen uden underretning, bortfalde, i det omfang kreditor ikke kan bevise, at forsømmelsen ikke har påført kautionisten tab,
- dette bør dog ikke gælde for kaution for en kassekredit, idet der her skal gælde almindelige diligenforpligtelser for kreditor,
- ovenstående skal i kort og klar form indberettes i den standardvejledning, som skal afgives forud for afgivelsen af hvert kautionsløfte.

Rådgiverudvalget fandt imidlertid, at da spørgsmålene vedrørte *kautionsinstituttet* som sådant, og derfor kun i mindre udstrækning vedrørte rådgivningen i forbindelse med indgåelse af en kautionsforpligtelse, lå det uden for udvalgets kommissorium at foreslå regler herom.

Udvalget opfordrede på den baggrund til, at der i andet regi blev arbejdet videre med spørgsmål vedrørende kaution.

Rådgiverudvalgets argument om, at kaution lå uden for udvalgets kommissorium må give anledning til nogen undren. Det er vel rigtigt, at drøftelser vedrørende kaution uvilkårligt vil føre andre spørgsmål med sig, end de der udelukkende vedrører rådgivningen i forbindelse med *indgåelsen* af en kautionsforpligtelse, men netop rådgivningen af den potentielle kautionist på dette afgørende tidspunkt er helt central, og kautionsinstituttet burde derfor naturligt have været behandlet i udvalget.

Det er værd at bemærke, at underudvalget mente, at kautionshæftelsen bør bortfalde, når der er forløbet 3 måneder efter misligholdelsen uden underretning, i det omfang kreditor ikke kan bevise, at forsømmelsen ikke har påført kautionisten tab.

²³⁾ Se tillige bemærkningerne fra den senere formand for Pengeinstitutankenævnet i Årsberetningen for 1999, jfr. punkt. 3.5.

²⁴⁾ Betænkning om rådgiveransvar s. 157.

Underudvalget har ikke begrænset bortfaldet af kautionshæftelsen til misligholdte ydelser, og det må derfor antages, at det var underudvalgets opfattelse, at den samlede kautionshæftelse burde bortfalde, hvis pengeinstituttet havde siddet meddelelsespligten overhørig. Dette var dog betinget af, at kreditor ikke kunne løfte bevisbyrden for, at forsømmelsen ikke havde påført kautionisten et tab. Der skulle således gælde en regel om omvendt bevisbyrde. Det må antages, at Finansrådets repræsentant som medlem af underudvalget var enig i opfattelsen.²⁵

3.5. Pengeinstitutankenævnets Årsberetning 1999

I Pengeinstitutankenævnets Årsberetning for 1999 tog nævnets formand, højesteretsdommer Peter Blok, igen kaution op. Peter Blok anfører på s. 5 at "Antallet af klager vedrørende kautionsforpligtelser (har) gennem alle årene været betydeligt" samt at "Det er med mellemrum blevet anført, at pengeinstitutterne i betydeligt omfang har begrænset anvendelsen af privat kaution, men dette afspejles i hvert fald ikke på mærkbar måde i Ankenævnet."

Peter Blok foreslår, at indføre en sanktion som bevismæssigt er let at håndtere, og som ikke på samme måde som den gældende bank – og sparekasselov § 41 lægger op til et enten-eller. En nærliggende mulighed vil ifølge Peter Blok være, at oversiddelse af fristen for underretning i alle tilfælde vil medføre, at kautionisten alene hæfter for det beløb, som skyldnerens gæld til pengeinstituttet ville have udgjort, såfremt skyldneren havde betalt alle ydelser rettidigt, indtil det tidspunkt som ligger tre måneder forud for den faktiske underretning.

Løsningen er ifølge Peter Blok ikke ganske ukendt indenfor rammerne af den gældende bestemmelse,²⁶ men den afgørende forskel er, at den foreslåede regel giver kautionisten et ubetinget krav på nedsættelse af kautionsforpligtelsen, medens løsningen efter den gældende regel alene kan nås på grundlag af en tabsvurdering.²⁷

²⁵⁾ Betænkning om rådgiveransvar s. 157.

²⁶⁾ Peter Blok henviser til, at flere af Pengeinstitutankenævnets kendelser - 235/1989, 980430 og 576/1992 tager udgangspunkt i denne løsning.

²⁷⁾ Se endvidere Peter Møgelvang-Hansen i Julebog 1999 s. 297 f. - Om risikoforøgelse ved privatkaution for banklån.

4. Forbrugerrådets og Finansrådets fælles holdning til regler for privat kaution - 14. september 2001.

Efter Rådgiverudvalgets afvisning af at beskæftige sig videre med kaution, gik der en rum tid, før end Finansrådet og Forbrugerrådet tog Rådgiverudvalgets opfordring om at arbejde videre i andet regi til sig. Forhandlingerne blev påbegyndt i foråret 2001 og resulterede i den såkaldt fælles holdning til regler for privat kaution af 14. september 2001. Den fælles holdning er i vidt omfang inspireret af Peter Bloks forslag i Pengeinstitutankenævnets Årsberetning 1999.²⁸

Der gik således over syv år fra at organisationerne og Forbrugerombudsmanden i 1994 drøftede kaution og udmøntede disse drøftelser i protokollatet til De etiske retningslinier, til Finansrådet og Forbrugerrådet i 2001 kunne præsentere et forhandlingsresultat. Undervejs havde Finansrådet og Forbrugerrådet i 1996-1997 forhandlet kaution, men måske på grund af emnets behandling i Rådgiverudvalgets underudvalg gik forhandlingerne dengang tilsyneladende i stå.

At Forbrugerrådet har en interesse i at forbedre forbrugernes forhold, herunder private kautionisters retsstilling burde være selvfølgeligt. Finansrådets motiver for at indgå aftalen er umiddelbart ikke så selvfølgelige, men det må antages, at mange års debat om kaution og ikke mindst de mange sager om kaution især ved Pengeinstitutankenævnet har været medvirkende til at øge presset på pengeinstitutterne. Desuden har som tidligere nævnt både den tidligere og nuværende formand i Pengeinstitutankenævnet peget på kautionsproblemer i henholdsvis årsberetningerne fra 1989, 1991 og 1999, hvilket branchen næppe har kunnet sidde overhørig.

Endelig har vedtagelsen af den norske finansavtalelov²⁹ som trådte i kraft den 1. juli 2000 – med en nøje regulering af kautionsinstituttet – formentlig tydeliggjort, at en regulering af danske forhold under en eller form under alle omstændigheder måtte forventes gennemført – med eller uden pengeinstitutternes medvirken. Blandt andet disse faktorer har formentlig overbevist Finansrådet om, at det langt var at foretrække at forhandle sig frem til en aftale, som man havde mulighed for at opnå indflydelse på, fremfor at afvente at lovgiver ville gennemføre en bestemmelse. Bank - og sparekasseloven § 41 a afspejler i vidt omfang Den fælles holdning, og man må derfor sige, at det er lykkedes for organisationerne at få overordentlig stor indflydelse på en lovregel. Endelig kan det vel ikke udelukkes, at både Finansrådet og For-

²⁸⁾ Den fælles holdning kan læses på Finansrådets hjemmeside www.finansnettet.dk og Forbrugerrådets hjemmeside www.fbr.dk. Den fælles holdning er omtalt af Lennart Lyng Andersen og Peter Møgelvang-Hansen i Julebog 2001 – Bankerne og privatkundes beskyttelsen. Udviklingen i 2001 s. 233 samt af Nina Dietz Legind, Privat kaution – behovet for en kodifikation af privat kaution for banklån s. 353 f.

²⁹⁾ Lov om finansavtaler og finansopdrag af 25. juni 1999 nr. 46.

brugerrådet har haft en interesse i at kunne præsentere et resultat over for omverdenen.

5. Vurdering af Forbrugerrådet og Finansrådets fælles holdning til regler for privat kaution – 14. september 2001.

5.1. Hovedindholdet af Den fælles holdning:

Hovedindholdet af Forbrugerrådet og Finansrådets fælles holdning til regler for privat kaution er som i § 41 a, at meddelelsespligten afkortes fra 6 til 3 måneder, at kautionisten så at sige "får rabat," hvis pengeinstituttet sidder fristen overhørig, at kautionssløftet entydigt skal angive kautionsforpligtelsens omfang, at kautionsaftaler skal være skriftlige, at en kautionsforpligtelse bortfalder efter henholdsvis 10 og 5 år, samt at kautionisten hvert år tilsendes en meddelelse om størrelsen af den kautionssikrede forpligtelse.

5.2. Informationspligt

Den fælles holdning fremhæver tillige den information, som pengeinstituttet skal sørge for, at kautionisten får både forud for afgivelse af kautionssløftet og ved afgivelse af kautionssløftet.

Forud for afgivelse af kautionssløftet skal pengeinstituttet - enten det långivende eller kautionistens - udlevere og med kautionisten gennemgå en pjece med generel information. Finansrådet og Forbrugerrådet har udarbejdet en pjece med information til kautionister.³⁰ Af pjecen fremgår blandt andet, at man ikke bør kautionere, hvis man ikke kan undvære det beløb, som man bliver bedt om at kautionere for.

Både kautionisten og den ekspederende bankmedarbejder skal ifølge Den fælles holdning med deres underskrift bekræfte, at informationen (og her må vel menes pjecen) er gennemgået med kautionisten.

Låntagers pengeinstitut skal endvidere ifølge Den fælles holdning sørge for at kautionisten modtager specifik information ved afgivelse af kautionserklæring. Pengeinstituttet skal således informere kautionisten om låntagers øvrige kreditaftaler med pengeinstituttet med angivelse af aktuel gæld for lån samt aktuel kreditramme og udnyttelse for kredit.

³⁰⁾ Information om kaution. Fælles pjece fra Forbrugerrådet og Finansrådet. Findes på Finansrådets hjemmeside www.finansnettet.dk og på Forbrugerrådets hjemmeside www.fbr.dk.

Pengeinstituttet skal i den forbindelse gøre opmærksom på, at der udelukkende er tale om et øjebliksbillede af låntagers kreditaftaler med pengeinstituttet, og at pengeinstituttet efter kautionssløftets afgivelse ikke er afskåret fra at yde låntager yderligere lån eller kredit.

Låntagers pengeinstitut skal endvidere give kautionisten kopi af seneste årsopgørelse fra skattevæsenet, seneste tre lønsedler samt det eventuelt seneste regnskab, hvor der er tale om en virksomhed. Pengeinstituttet indhenter – i det omfang det er muligt – de nævnte bilag fra låntager eller – hvis det ikke er muligt – eventuelt tilsvarende materiale. Pengeinstituttet har ikke ansvar for indholdet af de nævnte bilag. Hvis materialet giver anledning til spørgsmål, opfordres kautionisten til at kontakte låntager.

Pengeinstituttet må imidlertid ved sin kreditvurdering af låntager formodes at have dannet sig et nøje indtryk af låntagers økonomi og må derfor antages at være i stand til at besvare de spørgsmål som kautionisten måtte have, måske endda mere realistisk end låntager, som i sit ønske om at opnå lånet eller kreditten kan have en tendens til at få sine økonomiske forhold til at fremstå i et vel rosenrødt skær.

Kautionisten bekræfter med sin underskrift i kautionsaftalen modtagelsen af det nævnte specifikke materiale.

Umiddelbart forekommer det ikke helt klart, hvorfor der i Den fælles holdning er denne sondring mellem information *forud* for afgivelse af kautionssløftet og specifikke informationskrav *ved afgivelse* af kautionserklæring. Oplysningerne om låntagers økonomi må for den potentielle kautionist være en relevant del af hans eller hendes beslutningsgrundlag. Således som Den fælles holdning er formuleret, fremstår det imidlertid som om, at disse oplysninger først skal gives, når beslutningen om at kautionere er truffet.

Det fremgår ikke af Den fælles holdning, hvad retsvirkningen af, at pengeinstituttet tilsidesætter informationspligten er. Det er ikke et krav i bank – og sparekasseloven § 41 a, at pengeinstituttet skal informere kautionisten på den i Den fælles holdning foreskrevne måde, og spørgsmålet er derfor, hvilke konsekvenser det vil have, hvis pengeinstituttet undlader at informere kautionisten.

På den baggrund kunne det se ud som om, at kautionistens skriftlige bekræftelse både af at pjecens indhold er gennemgået med ham eller hende og af at have modtaget årsopgørelse, lønsedler m.v., primært er bevissikring til benefice for pengeinstitutterne. Der er vel næppe tvivl om, at et pengeinstitut vil stå stærkere i forbindelse med en ankenævns sag eller en retssag, såfremt kautionisten bestrider at være behørigt informeret, og pengeinstituttet kan dokumentere, at kautionisten har kvitteret for modtagelsen af informationen.

5.3. Gammel gæld

Det fremgår endvidere af Den fælles holdning, at der ikke *bør* (min fremhævelse) kautioneres for gammel gæld. Hermed forstås kaution for gæld der allerede var stiftet, inden kautionsaftalen blev indgået. Der er altså typisk ikke tale om, at kautionisten hjælper låntager til at opnå et lån eller en kredit til et bestemt fremadrettet formål, og at lånet og kreditten giver låntager den likviditetslettelse, som ofte vil være kautionistens forventning, men i stedet at der kautioneres for penge der så at sige allerede er brugt. Risikoen for det eksisterende lån eller kredit flyttes således fra pengeinstituttet over på kautionisten.³¹

Det fremgår imidlertid af Finansrådets skrivelse af 13. september 2001 til pengeinstitutternes direktioner,³² at Den fælles holdning indebærer et forbud mod kaution for gammel gæld. Dette fremgår tillige af Finansrådets og Forbrugerrådets fælles pressemeddelelse af 14. september 2001.³³ Selv om det muligvis har været tilsigtet at vedtage et egentligt forbud mod kaution for gammel gæld, fremstår dette punkt – når Den fælles holdning læses isoleret – snarere som en hensigtserklæring end som et egentligt forbud. Bemærkningerne til lovforslaget omtaler ikke et forbud mod gammel gæld. Under alle omstændigheder kan det diskuteres, hvilken reel betydning udsagnet har, eftersom det fremgår af flere kendelser fra Pengeinstitutankenævnet,³⁴ at det er fast antaget i Ankenævnets praksis, at en kautionist i almindelighed må kunne forudsætte, at provenuet af et kautionssikret lån stilles til låntagers disposition, således at pengeinstituttet forud må underrette kautionisten, såfremt dette ikke er tilfældet.

Hvad enten der lægges vægt på udsagnet, *kaution for gammel gæld forbydes*, eller udsagnet *kaution for gammel gæld bør undgås*, er det ikke klart, om Finansrådet og Forbrugerrådet har ment, at der kan kautioneres for gammel gæld, blot kautionisten er klar over dette, eller om parterne har ment, at kaution for gammel gæld under alle omstændigheder er uantagelig.

³¹⁾ Se Nina Dietz Legind, Privat kaution – behovet for en kodifikation af privat kaution for banklån, s. 113.

³²⁾ Finansrådets direktionsskrivelse af 13. september 2001, løbenummer 2001/062.

³³⁾ Bedre vilkår for private kautioner, 14. september 2001, journal nr.: 343/08. Pressemeddelelsen kan læses på Finansrådets hjemmeside www.finansnettet.dk under "Det mener vi."

³⁴⁾ 257/1998 og 258/1998.

5.4. Den retskildemæssige værdi af Den fælles holdning

Punkterne om informationspligt og kaution for gammel gæld rejser spørgsmålet om, hvilken retskildemæssig værdi en aftale som Den fælles holdning har mellem to interesse- eller brancheorganisationer, og om en kautionist vil kunne støtte ret direkte på Den fælles holdning. Der kan drages en parallel til Forbrugerombudsmandens retningslinier om etik i pengeinstitutternes rådgivning, som har nogenlunde samme karakter som Den fælles holdning. Også retningslinierne er indgået med Finansrådet og Forbrugerrådet som aftaleparter, foruden naturligvis Forbrugerombudsmanden selv samt Håndværksrådet og Konkurrencesekretariatet. Der er dog den forskel på retningslinierne og Den fælles holdning, at retningslinierne er underlagt Forbrugerombudsmandens tilsyn efter markedsføringsloven.

Ved vurdering af domstolenes anvendelse af retningslinierne om etik i pengeinstitutternes rådgivning må det siges, at domstolene hidtil har været forsigtige med at lægge i hvert fald direkte vægt på retningslinierne. Så vidt vides er det eneste eksempel herpå UfR.1998.643 V, hvor et pengeinstitut blev erstatningsansvarlig i forbindelse med en kundes forsikringstegning. Af dommens præmisser fremgår det, at når en kunde henvender sig til et pengeinstitut, der tilbyder forsikringsprodukter, medbringende et tilbud fra en konkurrent, må der påhvile pengeinstituttet en særlig forpligtelse til nøje at vejlede om forskelle i blandt andet dækningsområde på konkurrentens tilbud og det produkt, pengeinstituttet selv tilbyder, samt sikre sig et tilstrækkeligt bevis for, at denne vejledning er ydet. Landsretten fandt det ikke godtgjort, at den vejledning kunden havde modtaget, opfyldte de krav, der måtte stilles i en sådan situation, *jf. herved også pengeinstitutternes etiske regler*. (Min fremhævelse.)

Selv om Landsretten i sin formulering må antages at være inspireret af retningsliniernes punkt 3 om almindelige krav til rådgivningen og punkt 11 om skriftlighed, statuerer Landsretten ikke en direkte overtrædelse af retningslinierne, men henviser blot generelt til dem.

Heller ikke Pengeinstitutankenævnspraksis har mange henvisninger til De etiske retningslinier. Domstolenes og Ankenævnets tilbageholdenhed kan dog også skyldes retningsliniernes meget lidt konkrete karakter. Det må formentlig antages, at både domstolene og Pengeinstitutankenævnet på samme måde som med retningslinierne vil være tilbageholdende med at lægge i hvert fald direkte vægt på Den fælles holdning for så vidt angår punkterne informationspligt og kaution for gammel gæld.

5.5. Tidsbegrænsning

Det fremgår både af Den fælles holdning og bank – og sparekasseloven § 41 a stk. 6, at en kautionsforpligtelse for et lån bortfalder efter 10 år og for en kassekredit eller et lån uden fastsat tilbagebetalingstidspunkt efter 5 år. Ifølge Den fælles holdning er dette imidlertid ikke til hinder for, at der med kautionisten kan aftales en forlængelse af kautionsforpligtelsen. Forarbejderne til § 41 a omtaler for så vidt ikke spørgsmålet, men fastslår dog rimeligt kategorisk, at tidsbegrænsningen vil medføre, at kautionister ikke præsenteres for krav efter meget gamle kautionsaftaler. Dette sammenholdt med, at en aftalt forlængelse – som meget vel kunne tænkes at indgå som en fast bestanddel af pengeinstitutternes standardkautionsaftaler - ville medføre, at tidsbegrænsningen ville være illusorisk, må antagelig betyde, at der ikke kan aftales en forlængelse af en kautionsforpligtelse.

5.6. Tredjemandspant

Både Den fælles holdning og bank - og sparekasseloven § 41 a forbigår spørgsmålet om tredjemandspant på trods af at tredjemandspant undertiden benyttes som et alternativ til kaution, ofte med samme uheldige konsekvenser til følge som når der afgives en egentlig kaution. Det havde været ønskeligt, om Den fælles holdning og bank – og sparekasseloven § 41 a havde taget udtrykkelig stilling hertil som i den norske finansavtalelov § 57 (2), hvor det fremgår, at ”Som kausjon regnes i dette kapitlet også pant stilt av en tredjeperson (realkausjon).”³⁵

6. Afsluttende bemærkninger.

Spørgsmålet er, om bank- og sparekasseloven § 41 a sammen med Forbrugerrådet og Finansrådets fælles holdning til regler for privat kaution ud fra et forbrugerbeskyttelsessyns-punkt er en tilfredsstillende regulering af kautionsinstituttet.

Ved en samlet vurdering af Forbrugerrådets og Finansrådets fælles holdning og bank - sparekasseloven § 41 a kan man få det indtryk, at pengeinstitutterne har haft en stærk forhandlingsposition og kun har givet sig lige præcis på de områder, hvor det formentlig ikke vil komme til at koste ret meget. En meddelelse til kautionisten inden for 3 måneder efter at låntager har misligholdt lånet eller kreditten burde i disse teknologiske tider ikke være et problem at håndtere for pengeinstitutterne, således at der sendes meddelelse til kautionisten i forbindelse med, at låntager rykkes for en eller flere udeblevne ydelser. Reglen bør derfor kun få yderst beskedne

³⁵⁾ Se den i note 7 omtalte kendelse fra Pengeinstitutankenævnet 179/2001 om en 85-årigs håndpantsettning af et ejerpandebrev.

økonomiske konsekvenser for pengeinstitutterne. For den kautionist som får ”rabat” ved det långivende pengeinstituts manglende opfyldelse af meddelelsespligten, vil ”rabatten” måske føles som et plaster på såret og give en fornemmelse af en vis form for retfærdighed, men det løser ikke kautionsinstituttets grundlæggende problem, nemlig at pengeinstituttet som den professionelle part lader den ikke-professionelle part overtage den økonomiske risiko ved et tvivlsomt engagement.

Øget information til potentielle kautionister kan til en vis grad vælte ansvaret for kautionens påtagelse over på kautionisten og beskytter næppe for eksempel de svage og i mange tilfælde ældre kautionister, som føler sig presset af låntager til at påtage sig kautionen.

Man kunne forestille sig, at man i stedet havde valgt andre løsningsmodeller end den foreliggende. Man kunne som i Norge ad lovgivningsvejen have valgt en detaljeret regulering af kautionsinstituttet.³⁶ En fordel ved en sådan løsning ville være, at man havde haft tid til en grundig udvalgsbehandling og en bearbejdet og samlet overvejelse af kautionsinstituttet.

En anden mulighed kunne være at det forbydes pengeinstitutter at indgå aftaler med forbrugere om kaution. En sådan løsning ville have den fordel, at den ikke ville efterlade tvivl om retsstillingen, og den forholdsvis store mængde sager om kaution kunne helt undgås. I en tid hvor forbrugerbeskyttelse som sådan har vundet større indpas, kan det undre, at kautionsinstituttet tilsyneladende også fra forbragersiden så at sige accepteres som et instrument, man ikke kan leve uden. Spørgsmålet er, om det er hensigtsmæssigt at bevare et sådant institut, som i hvert fald ud fra et forbrugerbeskyttelsessynspunkt forekommer både forældet og uhensigtsmæssig. Fortællere for kautionsinstituttet - som vel i særlig grad findes indenfor den finansielle sektor - vil formentlig hævde, at et forbud vil resultere i, at potentielle låntagere ikke får mulighed for at få et ønsket lån eller en kredit. Hertil kan bemærkes, at hvis et pengeinstitut efter en nøje kreditvurdering må konkludere, at det ikke ønsker at påtage sig den økonomiske risiko ved at yde det ønskede lån eller kredit, er det næppe heller sandsynligt, at den potentielle kautionist - hvis han eller hun besad den samme viden og erfaring som pengeinstituttet - ville ønske at påtage sig risikoen. Låntager kan næppe heller siges at være tjent med et lån eller en kredit, som han eller hun ikke har mulighed for at tilbagebetale – hverken til pengeinstituttet eller kautionisten.

³⁶⁾ Jfr. lov om finansavtaler og finansopdrag, kapitel 4.

Under alle omstændigheder er kautions fortsat et område som bør følges nøje og drøftelserne om en yderligere regulering bør fortsætte de følgende år. Det nyligt fremkomne forslag til forbrugerkreditdirektiv³⁷⁾ som også omhandler kautionsister, vil forhåbentlig medvirke til at bevare fokus på emnet.

³⁷⁾ 2002/0222 forslag til Europa-parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forbrugerkredit.

Forhandling efter udbud uden konditionsmæssige bud

af

Jens Fejø

Man støder i ikke helt sjældent på det fænomen, at der i en udbudsforretning, som foretages af det offentlige under EU-udbudsdirektiverne - måske trods prækvalifikation og klare vilkår i udbudsmaterialet - ikke findes konditionsmæssige bud. Det kan forekomme under alle direktiverne og ske såvel ved offentligt udbud som ved begrænset udbud, og det kan f.eks. forekomme, når der ønskes etableret en rammekontrakt eller ved andre former for udbud. Den efterfølgende fase synes herved undertiden at blive et problem for det offentlige, som trods manglende forskriftsmæssige bud, stadig er underlagt Traktatens almindelige regler, herunder ligebehandlingsprincippet, samt direktivernes specifikke reguleringer. Et tilfælde af den her omtalte situation kan f.eks. opstå i forbindelse med, at der ved et begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet,¹ ikke har været nogen af de prækvalificerede virksomheder, som har afgivet forskriftsmæssige bud.

Den offentlige myndighed eller enhed har herefter adgang til helt at undlade at få opgaven løst eksternt, men har også f.eks. mulighed for at foretage udbud efter forhandling, der jo ellers er en udbudsform, som normalt har karakter af en undtagelse fra den almindelige fremgangsmåde med offentligt udbud eller begrænset udbud. Det følger således af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 4, at de ordregivende myndigheder i alle andre tilfælde end dem, der fremgår af artikel 11, stk. 2 og stk. 3, ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler skal anvende offentligt eller begrænset udbud.

¹⁾ Rådets direktiv 92/50 af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler med senere ændringer; direktivet findes f.eks. som bilag til Bek 651/2002.

Artikel 1, litra f) har defineret udbud efter forhandling som “nationale fremgangsmåder, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til bestemte tjenesteydere og forhandler aftalens vilkår med en eller flere af disse”.

Grunden til, at en virksomheds bud ikke har været konditionsmæssigt kan f.eks. have været, at det har været “ikke-forskriftsmæssigt” ved at indeholde forbehold til de påtænkte kontrakter, som er mere vidtgående, end det var tilladt efter de stillede udbudsbetingelser, der måske kun havde tilladt forbehold til nærmere angivne bestemmelser i forskellige dele af materialet, osv.

Tjenesteydelsesdirektivet fastlægger i artikel 11, stk. 2 om den situation, som her ved er opstået, at der kan foretages *udbud efter forhandling*, idet forskellige varianter heraf kan blive aktuelle. Der sondres således mellem udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse og udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Det siges i artikel 11, stk. 2, at

“De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

- a) når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud afgives bud, der ikke er forskriftsmæssige, eller når der afgives bud, der er uantagelige i henhold til nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med artikel 23 til 28, forudsat at de oprindelige aftalevilkår ikke ændres væsentligt. De ordregivende myndigheder behøver i disse tilfælde ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, hvis et sådant udbud efter forhandling omfatter alle de bydende, der opfylder de i artikel 29 til 35 fastsatte kriterier, og som under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet bud, der opfylder udbudsprocedurens formelle krav
- b) [...]
- c) [...]”.

Artikel 11, stk. 3 omhandler en række tilfælde, hvor der kan indgås offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når alle de bydende virksomheder inddrages. Der tænkes i det følgende alene på artikel 11, stk. 2, litra a).

Når fremgangsmåden i artikel 11, stk. 2, litra a) iværksættes, kan der således under de angivne betingelser indledes forhandling med de pågældende virksomheder uden offentliggørelse af ny udbudsbekendtgørelse.

Når forhandlinger i den her beskrevne situation kan være problematiske, har det sammenhæng med, at det, selv om der nu foretages udbud efter forhandling, ikke udelukkende kan forhandles uden hensyntagen til det tidligere foretagne udbud. Således stiller Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, som anført, som vilkår for, at der kan indgås kontrakt efter foretaget udbud efter forhandling i den foreliggende situation, at det er: "*forudsat at de oprindelige aftalevilkår ikke ændres væsentligt*". Det offentlige er altså stadig underlagt bestemte begrænsninger.

Ved vurderingen af mulighederne for at indgå kontrakt efter foretaget udbud efter forhandling i de her drøftede situationer må det derfor indledningsvis bemærkes, at Tjenesteydelsesdirektivet på dette punkt må gå ud fra, at kontrakten vil skulle afvige fra det oprindelige udbudsmateriale. Der har jo ikke været noget antageligt, konditionsmæssigt bud. Tjenesteydelsesdirektivet må med dette udgangspunkt have accepteret indgåelse af kontrakter, som på en række punkter kan fravige det oprindelige udbudsmateriale. Grænsen er imidlertid sat ved, "at de oprindelige aftalevilkår *ikke ændres væsentligt*". Der findes ingen afgørelser fra EF-domstolen eller fra det danske Klagenævnet for Udbud, som har foretaget nogen fortolkning af Tjenesteydelsesdirektivet på netop dette punkt². Ej heller Kommissionen synes at have ytret sig nærmere herom.

Klagenævnet for Udbud har derimod i kendelse af 26.10.2001 i *Eterra mod Eshjerg Kommune* udtalt, at bestemmelsen i Vareindkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a) [der på dette punkt indeholder samme regel som Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 3, litra a)³] er en undtagelsesbestemmelse, hvorfor det må antages, at en udbyder alene kan bringe bestemmelsen i anvendelse, når udbyderen har sikkert grundlag for at antage, at de relevante tilbud ikke er egnede. Bestemmelsens anvendelsesområde må endvidere antages alene at være situationer, hvor de relevante tilbud af helt specielle grunde ikke er egnede til at danne grundlag for indgåelse af kontrakt om det udbudte indkøb. I den konkrete sag fandt Klagenævnet ikke, at der havde været grundlag for at fastslå, at tilbudene fra to tilbudsgivere var uegnede til at danne grundlag for indgåelse af kontrakt

2) EF-domstolen har derimod i anden sammenhæng fastslået, at udbud efter forhandling fremstår som en undtagelse, således at adgangen til at anvende denne udbudsform udtømmende fremgår af direktivet [der var tale om forholdet efter artikel 6, stk. 3 i Vareindkøbsdirektivet (Rdir 93/36), som giver adgang til udbud efter forhandling "forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt". Vareindkøbsdirektivet findes f.eks. som bilag til Bek 650/2002]; jf. herved Kommissionen mod *Spanien*, sag C-328/92, dom af 3.5.1994, Sml. 1994, I-1569, præmis 12 og tidligere Kommissionen mod *Spanien*, sag C-71/92, dom af 17.11.1993, Sml. 1993, I-5923, præmis 10.

3) Sml. her Jesper Fabricius og René Offersen: EU's udbudsregler i praksis, København 2002, side 99, hvor der dog tales om "den parallelle bestemmelse til artikel 11, stk. 2, litra a i Vareindkøbsdirektivet".

om det udbudte indkøb, hvorfor indklagede havde handlet i strid med Vareindkøbsdirektivet ved at indlede udbud efter forhandling efter artikel 6, stk. 3, litra a), uagtet tilbudene fra de to anførte tilbudsgivere ikke som krævet i denne bestemmelse havde været "uegnede".

I en anden kendelse, som kan nævnes, har Klagenævnet for Udbud været stillet over for påberåbelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, litra a), hvor det i dette julebogsbidrag behandlede problem om "ikke ændres væsentligt"-betingelsen ej heller blev behandlet. Sagen må dertil betegnes som atypisk.

Det drejer sig om en kendelse af 7.12.2000 i sagen *Foreningen af Rådgivende Ingeniører (F.R.I.)* mod Kulturministeriet. Alle de bydende havde taget forbehold, idet de havde vedlagt F.R.I.'s standardforbehold i identitetskuverter, som først blev åbnet, efter at budene var blevet bedømt af en bedømmelseskomité. Standardforbeholdet gjorde klart deres bud ukonditionsmæssige. Den virksomhed, som af bedømmelseskomitéen var blevet valgt, frafaldt F.R.I.'s standardforbehold på et efterfølgende møde. Klagenævnet konstaterede, at F.R.I.'s standardforbehold angik grundlæggende elementer i tilbudet, hvorved mødet under alle omstændigheder principielt udgjorde en overtrædelse af EU's forhandlingsforbud.

Klagenævnet tilføjede imidlertid, at der måtte lægges afgørende vægt på, at F.R.I.'s indskærpelse over for tilbudsgiverne af, at de skulle tage F.R.I.'s standardforbehold, og at F.R.I.'s klage til Klagenævnet i den foreliggende sag tydeligvis var et led i bestræbelser hos F.R.I. på at få F.R.I.'s standardforbehold gjort til en sædvanlig del af aftalegrundlaget ved offentlige kontrakter inden for F.R.I.'s område. Et sådant formål med en klage til Klagenævnet var imidlertid ikke en varetagelse af de hensyn, der ligger bag EU's udbudsregler og F.R.I.'s klageadgang, men gik tværtimod ud på en modarbejdelse af det bærende hensyn bag EU's udbudsdirektiver, dvs. hensynet til at sikre F.R.I. og lige konkurrence.

Klagenævnet tilføjede, at F.R.I. tilsyneladende ved klagen til Klagenævnet ønskede at få fastlagt, at en offentlig udbyder i en situation som den foreliggende skal iværksætte proceduren om udbud efter forhandling i medfør af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, litra a). Denne regel er imidlertid en undtagelsesregel, der kun er tiltænkt anvendt i særlige tilfælde, og et af de centrale principper i Tjenesteydelsesdirektivet går ud på, at udbud efter forhandling som helt almindelig regel ikke må finde sted. Det ville endvidere formentlig ofte forekomme, at alle tilbudsgivere ved EU-udbud inden for F.R.I.'s område er medlemmer af F.R.I., og F.R.I.'s medlemmer havde efter det oplyste pligt til at tage F.R.I.'s standardforbehold. Konsekvensen af F.R.I.'s holdning ville derfor være, at udbud efter forhandling i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, litra a) ville blive etableret som en almindelig EU-udbudsform inden for F.R.I.'s område, medmindre de offentlige udbydere accepterer F.R.I.'s

standardvilkår. Et sådant formål med en klage til Klagenævnet var i afgørende strid med de grundlæggende principper bag EU's udbudsregler, og F.R.I.'s klage til Klagenævnet måtte herefter karakteriseres som et misbrug af F.R.I.'s klageadgang.

På baggrund af disse helt særegne omstændigheder kunne Kulturministeriets efterfølgende møde med den udvalgte virksomhed, der mundende ud i, at virksomheden frafaldt F.R.I.'s standardforbehold, ikke karakteriseres som en overtrædelse af EU's forhandlingsforbud. Klagen blev derfor ikke taget til følge⁴.

Med dette billede i baghovedet kan det være berettiget at underkaste situationen, hvor der sker forhandling i artikel 11, stk. 2, litra a)-situationerne nogle overvejelser.

En første observation kan herved være, at den "væsentlighed", som Tjenesteydelsesdirektivet opererer med, næppe skal ses ud fra det traditionelle obligationsretlige begreb. Således vil det ikke være afgørende, om der foreligger en "væsentlig" ændring i den forstand, at kontrakten ikke ville være blevet indgået fra det offentlige side, hvis denne ændring havde været til stede fra starten. Det hensyn, som den traditionelle obligationsretlige "væsentlighedslære" opererer med, er i stedet baseret på det grundlæggende udgangspunkt, at en ændring ikke er inden for den pågældende kontraktparts egen dispositionssfære. I en udbudssituation som her drøftet er dette imidlertid ikke tilfældet, idet det for så vidt står den offentlige myndighed m.v. frit for at træffe den beslutning, at den overhovedet ikke vil indgå kontrakt, fordi et eller flere vilkår måtte fravige det oprindelige udbudsmateriale. Bestemmelsen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2 om, at "de oprindelige aftalevilkår ikke ændres væsentligt" må i stedet ses i det udbudsretlige lys, som er baseret på ligebehandlingsgrundsætningen og gennemsigtighedsprincippet.

Udgangspunkt må - som i så mange andre udbudsretlige tvivlssituationer - herved tages i det princip, som gennemstrømmer EU-udbudretten, at udbyder er forpligtet til at følge bestemt fastlagte procedurer med det formål at give lige muligheder for

⁴) *Fabricius & Offersen*, op.cit. side 101, anfører, at Klagenævnet i kendelsen har "forholdt sig til artikel 11, stk. 2, a), på en ikke helt forståelig og logisk måde", og forfatterne udtaler det synspunkt, at de af Klagenævnet udtrykte betænkeligheder ikke forekommer praktisk velbegrundede, men om fornødent må håndteres ved anvendelse af Konkurrenceloven. De pågældende forfatters udsagn skal ikke kommenteres her, men det bemærkes, at Østre Landsret ved dom af 7. oktober 2002 har fundet at Klagenævnets kendelse ikke var ugyldig, selv om Klagenævnet havde udtalt sig kritisk om klageren og havde anlagt konkurrenceretlige synspunkter.

enhver, som efter de gældende regler er berettiget til at deltage i en udbudsforretning, og således, at der er reel mulighed for på lige vilkår at skaffe sig de fornødne informationer. Således må den behandlede bestemmelse i artikel 11, stk. 2 for det første anses at skulle fortolkes i det lys, at den skal beskytte øvrige potentielle bydere, som i det oprindelige materiale med henblik på prækvalifikationen i et udbud har skullet foretage en første overvejelse over, om de - på det tilgængelige grundlag vedrørende udbudet - har ønsket at foretage den første handling, som har bestået i at beslutte at ville udarbejde ansøgning om at blive prækvalificeret. Dette indebærer, at hvis et ændret vilkår afviger så meget fra det oprindelige fra udbyders side fastsatte vilkår, at dette ville have ført yderligere virksomheder til at anmode om at blive godkendt under prækvalifikationen, må bestemmelsen i artikel 11, stk. 2 anses for at afskære udbyder fra at indgå kontrakt på de ændrede vilkår.

Hvis dette derimod ikke er tilfældet, og en ændring til de nu ændrede vilkår alligevel ikke ville have ført til yderligere prækvalifikationsanmodninger, udgør en ny formulering ikke i forhold hertil nogen væsentlig ændring⁵.

Tilsvarende overvejelser på imidlertid tillige gøres i forhold til de (typisk færre) virksomheder, som konkret bliver prækvalificerede, med sigte på at få fastslået, om disse ville have afgivet bud, hvis den pågældende nye formulering havde foreligget allerede på tidspunktet for deres mulige indgivelse af bud. Hvis den nye formulering derimod ikke ville have foranlediget dem til at foretage bud, må det efter en fornuftig forståelse af Tjenesteydelsesdirektivet på dette punkt føre til, at kravet om, at "de oprindelige aftalevilkår ikke ændres væsentligt" er opfyldt, således at det vil være korrekt at indgå kontrakt inklusive det ændrede vilkår.

Man kan i denne forbindelse notere sig, at de sproglige versioner af Tjenesteydelsesdirektivet på dette punkt fraviger en anelse fra den danske version. Således hedder det i den franske version: "*pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées*". I den engelske version hedder det "*insofar as the original terms of the contract are not substantially altered*", medens den tyske version lyder "*sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden*". Man kan efter min læsning nok indfortolke en smule større frihed for myndigheden efter de fremmede sproglige versioner, end efter den danske, omend forskellene må erkendes ikke at være store.

⁵⁾ Man må i den forbindelse være opmærksom på, at der ved prækvalificeringen sker en udvælgelse af de virksomheder, som skal få adgang til at byde på selve udbudsforretningen, hvilket oftest vil indebære, at konditionsmæssig eller ej-situationen ikke bliver aktuel allerede på dette trin af proceduren.

Om der foreligger en "væsentlig" ændring i Tjenesteydelsesdirektivets forstand ses ikke særskilt begrundet i præamblen til Tjenesteydelsesdirektivet. Heller ikke Vareindkøbsdirektivets præambel giver noget bidrag til fortolkningen af den derstedsværende tilsvarende bestemmelse.

Retslitteraturen er også tilbageholdende med at give sit bidrag til forståelsen af denne grænse. Her skal blot henvises til den engelske professor *Sue Arrowsmith*, der i sit store værk "The Law of Public and Utilities Procurement"⁶ således alene har henvist til, at i tilfælde af et ønske om ændringer af specifikationer fra en købers side, efter at udbud er blevet annonceret, f.eks. på grund af ny teknologi, er dette ikke omtalt i direktiverne. Hun tilføjer imidlertid:

"However, it is submitted that changes to the specifications are permitted, provided that these are not "substantial", in the sense that the altered specifications are so different that they would be likely to attract providers who did not consider bidding on the original contract. Such a test strikes an appropriate balance between the need to ensure that all requirements are publicised under the regulations, and the need to avoid the burden which would be imposed on both the purchaser and the providers participating in the procedure if it were necessary to re-open the procedure for every minor alteration".

Og støtte for en sådan test finder hun i en analogi fra reglerne, som er udtrykt i artikel 11, stk. 2-situationen.

Vi er med den er drøftede problemstilling sat over for en af de mange situationer, som udbudsdirektiverne åbner for overvejelse over grænserne for det offentliges muligheder for at operere på markedet, når de samtidig skal respektere de EU-retlige principper, være sig som udmøntet i direktiverne eller i Traktaten. I det praktiske liv skal der imidlertid handles, og en for restriktiv fortolkning eller for usikker retlig situation vil i sidste ende ikke gavne nogen.

⁶) London, 1996, side 617f., smh. med side 251.

Privilegerede virksomheder og saglige begrundelser for konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86, stk. 2 EF

af

Ulla Neergaard

1. Indledning

I det følgende er det hensigten at afklare retsstillingen vedrørende spørgsmålet om saglig begrundelse i henhold til art. 86, stk. 2 EF. Spørgsmålets relevans skal ses i lyset af, at praksis vedrørende privilegerede virksomheder har taget en udvikling mod som oftest at føre til, at indrømmelse af og udøvelse i henhold til eksklusive og særlige rettigheder må anses for at være i strid med art. 86, stk. 1, sammenholdt med art. 82 EF.¹⁾ Derfor er art. 86, stk. 2 EF, efterhånden ved at være en temmelig vigtig krumtap i vurderingen af traktatmedholdeligheden af sådanne rettighedsindrømmelser og den tilknyttede adfærd.

Indledningsvist redegøres nærmere for begrebet privilegerede virksomheder. Dernæst tilvejebringes et overblik over den retlige sammenhæng, hvori art. 86, stk. 2 EF, iøvrigt optræder. Dernæst redegøres generelt for bestemmelsen, hvorefter de i bestemmelsen indeholdte grundbegreber forklares. Endelig analyseres den nyeste

¹⁾ Se analyse heraf i mine tidligere artikler: "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 Nielsen, R. (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998) 119-132; og "Privilegerede virksomheder. Den seneste domspraksis vedrørende art. 86 smh. m. art. 82 EF", i *Julebog 2001*, Redigeret af Nielsen, R., (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001) 133-167.

dom på området, Ambulanz Glöckner, med henblik på at anskueliggøre EF-Domstolens mest aktuelle anvendelse af art. 86, stk. 2 i relation til stk. 1 EF.²⁾

2. Begrebet privilegerede virksomheder

Ved privilegerede virksomheder kan forstås såvel privatejede virksomheder som offentligt ejede virksomheder.³⁾ 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" ⁴⁾

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 mellemkomst 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.⁵⁾ Det er afgørende, at en offentlig myndighed er involveret i rettighedens op

²⁾ Jf. Sag C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz, 25. oktober 2001, Saml. I-8089.

³⁾ Følgende 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.

⁴⁾ Definitionen stammer fra Kommissionens direktiv af 25. juni 1980 om gennemskuelligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuellighed 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."

⁵⁾ 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

ståen 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."*⁶⁾

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:

- 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

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.

⁶⁾ 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 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.”⁷⁾

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.⁸⁾ 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 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

⁷⁾ Definitionen stammer fra Kommissionens direktiv af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuelighed i bestemte virksomheder (80/723), som ændret ved Kdir 85/413, Kdir 93/84 og Kdir 2000/52, art. 2, stk. 1, litra g.

⁸⁾ 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.

adgang. Kun hvis dette er tilfældet, kan der være tale om en særlig rettighed.⁹⁾ Skønnet vil kunne vedrøre begrænsningen af antallet af operatører og disses udvælgelse.¹⁰⁾

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 pris aftaler til lov og derved forstærke kartellets effektivitet med hensyn til overholdelse af det oprindelige aftaleindhold. Denne form for begunstigelse af virksomheder i konkurrencemæssig henseende er ikke denne artikels genstand.¹¹⁾ 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.

3. Den retlige sammenhæng, hvori art. 86, stk. 2 EF, løvrigt optræder

I modsætning til den danske konkurrencelov regelgives der i EF-Traktaten eksplicit om rettighedstildeling. Således bestemmes det i art. 86, stk. 1 EF, at:

"Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at

⁹⁾ 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.

¹⁰⁾ 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. 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.

¹¹⁾ 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).

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, stk. 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.¹²⁾ Selv om en rettighedstildeling og/eller en rettighedsudøvelse måtte være fundet at være i strid med art. 86, stk. 1, og 82 EF, kan en lovliggørelse finde sted i henhold til art. 86, stk. 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 Fælleskabets interesse."

Den typiske analytiske systematik, som EF-Domstolen anvender i forbindelse med vurderingen af privilegerede virksomheders eventuelle konkurrencebegrænsninger og de tilknyttede nationale foranstaltninger, 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 i de situationer,

¹²⁾ Der henvises til de i fodnote 1 angivne analyser.

hvor et misbrug statueres, om det kan retfærdiggøres i henhold til art. 86, stk. 2 EF.¹³⁾

4. Grundlæggende om art. 86, stk. 2 EF

Bestemmelsens formål er at forlige Medlemsstaternes interesse i at anvende visse virksomheder som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter mod Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne og bestemmelserne om det indre marked overholdes.¹⁴⁾

Art. 86, stk. 2 EF, indeholder efter sin ordlyd for det første en forpligtelse for virksomheder til at overholde Traktatens bestemmelser. For det andet indeholder bestemmelsen som nævnt, hvad der må betegnes som en undtagelsesmulighed for sådanne virksomheder. Da der således er tale om en bestemmelse, der giver mulighed for at gøre undtagelse fra Traktatens regler, er udgangspunktet, at den skal fortolkes snævert.¹⁵⁾

Bestemmelsen retter sig efter sin ordlyd mod virksomheder, hvilket bør sammenholdes med, at art. 86, stk. 1 EF, ligeledes efter sin ordlyd kun retter sig mod Medlemsstaterne. Imidlertid læses begge bestemmelser i praksis som af betydning for såvel virksomheder som Medlemsstater. Herefter gælder, at bestemmelsen kan påberåbes af virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse med henblik på retfærdiggørelse af adfærd, der måtte være i strid med eksempelvis konkurrencereglerne. Endvidere gælder, at

¹³⁾ Hertil vil EF-Domstolen sædvanligvis også betinge, at samhandelen er påvirket, hvilket er forudsætningen for EU-rettens anvendelse. Det må påpeges, at i visse sager følger EF-Domstolen en noget anden systematik, idet den helt undlader at statuere, at der foreligger en overtrædelse af art. 86, stk. 1, smh. m. art. 82 EF, jf. eksempelvis Sag C-320/91, *Straffesag mod Paul Corbeau*, 19. maj 1993, Saml. I-2533; og september-trilogien, d.v.s. Sag C-67/96, *Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, 21. september 1999, Saml. I-5751; Sag C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken NV mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, 21. september 1999, Saml. I-6121; og De forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, *Brentjens' Handelssønderneming BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, 21. september 1999, Saml. I-6025. Om betydningen af denne alternative analytiske systematik, se Gyselen, L., "Case C-67/96, *Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*..." (2000) 37 *Common Market Law Review* 445.

¹⁴⁾ Jf. eksempelvis *Albany-sagens* præmis 103-104.

¹⁵⁾ Jf. eksempelvis Sag C-340/99, *TNT Traco SpA mod Poste Italiane SpA*, 17. maj 2001, Saml. I-4109, præmis 56.

bestemmelsen kan påberåbes af Medlemsstater med henblik på retfærdiggørelse af visse foranstaltninger, der ellers måtte være i strid med eksempelvis konkurrence-reglerne.

Det er ikke blot art. 86, stk. 1 EF, som art. 86, stk. 2 EF, har relevans for som undtagelsesbestemmelse. Dette kan hævdes at følge af udtrykket "*navnlig*" i art. 86, stk. 2 EF. Det antages således af eksempelvis Sierra, at bestemmelsen kan påberåbes i forbindelse med hvilken som helst national foranstaltning, der er i strid med en traktatbestemmelse, der retter sig direkte mod Medlemsstater. Således har bestemmelsen den samme funktion i forhold til eksempelvis art. 31 EF (tidl. art. 37 EF).¹⁶⁾

I en af de tidligste sager vedrørende art. 86 EF (da art. 90 EF), sagen om Mertonhavnen, bestemmer EF-Domstolen, at art. 86, stk. 2 EF ikke på det daværende stadium giver private rettigheder, som de nationale domstole skal beskytte.¹⁷⁾ Denne opfattelse er sidenhen forladt.¹⁸⁾

Bestemmelsen er i øvrigt først i nyere tid blevet tillagt akademisk interesse og domstolsmæssig vigtighed. Herom anfører Sierra: "*Contrary to what might be expected, it is not until very recently that academics and the Court of Justice have begun to pay much attention to Article 86(2). The initial interest shown by academics in the 1960s [fodnote udeladt] met no response from the Commission or from the Court of Justice. The very restrictive interpretation of the prohibitions of former Article 37 and former Article 90(1) then in force made the exception contained in former Article 90(2) almost superfluous. If exclusive rights were not, in general, prohibited there was obviously no need for an exception. In this context, it is not surprising that academics lost interest in Article 90(2). As could be expected, interest in Article 90(2) (now Art. 86(2)) revived once the provisions prohibiting exclusive right were interpreted in a much wider manner.*"¹⁹⁾

¹⁶⁾ Nærmere behandling af art. 31 EF samt øvrige relevante bestemmelser udelades dog fra nærværende analyse.

¹⁷⁾ Jf. Sag 10/71, Luxembourgs Anklagemyndighed mod Madeleine Hein, født Müller, m.fl., 14. juli 1971, Saml.165.

¹⁸⁾ Jf. Blum, F. & Logue, A., *State Monopolies Under EC Law* (Chichester, etc.: John Wiley & Sons, 1998) 38-39.

¹⁹⁾ 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) 273f.

At beskyttelsen af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse anses for væsentlig blandt Medlemsstaterne understreges ved indføjelser af art. 16 EF (tidligere art. 7 D EF) ved Amsterdam-traktaten, hvorefter det bestemmes:

*"Med forbehold af artikel 73, 86 og 87 og i betragtning af den plads, som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse indtager i Unionens fælles værdinormer, og den rolle, som de spiller med henblik på at fremme social og territorial samhørighed, sørger Fællesskabet og medlemsstaterne inden for deres respektive kompetenceområde for, at sådanne tjenester ydes på grundlag af principper og vilkår, der gør det muligt for dem at opfylde deres opgaver."*²⁰⁾

Endvidere skal nævnes, at det forhold at beskyttelsen af adgangen til disse tjenesteydelser anses for essentiel, tillige er fremhævet i art. 36 i Chartret om grundlæggende rettigheder, hvor det således bestemmes:

"Unionen anerkender og respekterer adgangen til tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som fastsat i medlemsstaternes lovgivning og praksis, i overensstemmelse med traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med det formål at fremme social og territorial samhørighed i Unionen."

En del af baggrunden for denne "beskyttelsestrang" udredes således af Kommissionen: *"In a world of change, services of general interest remain an essential building block of the European model of society. European citizens and businesses have come to expect the availability of a wide spectrum of high-quality services of general interest at affordable prices. These services contribute to the quality of life of citizens and are a prerequisite for fully enjoying many of their fundamental rights. Access to services of general interest by all their members is one of the common values shared by all European societies. Services of general interest contribute to the competitiveness of European industry and strengthen the social and territorial cohesion in the European Union. They are a vital component of the Community's consumer protection policy. For the accession countries well-*

²⁰⁾ Om bestemmelsens funktion, se i særdeleshed Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, *Report to the Laeken European Council. Services of General Interest*, Bruxelles, 17. oktober 2001, COM(2001)598, 17ff.

functioning services of general interest are essential for their smooth integration into the European Union. " ²¹⁾

5. Bestemmelsens grundbegreber

Virksomhedsbegrebet omfatter indenfor konkurrenceretten enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde. ²²⁾ Det grundlæggende kriterium er følgende, om den pågældende enhed udøver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet og som i det mindste principielt kunne udøves af en privat virksomhed med vinding for øje. ²³⁾ Når art. 86, stk. 2 EF, skal anvendes som en undtagelse til art. 86, stk. 1 EF, vil bestemmelsen kun have relevans i relation til virksomheder, der har fået tildelt eksklusive eller særlige rettigheder, jf. ovf. Dette betyder imidlertid ikke, at alle privilegerede virksomheder, jf. ovennævnte definition, og nationale foranstaltninger vedtaget i relation hertil, er berettigede til en undtagelse, jf. stk. 2. Det fremgår således, at betingelsen i særdeleshed er, at der skal foreligge en ret (og pligt) til at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. Da ikke alle privilegerede virksomheder er indrømmet en sådan ret (og omvendt), er det klart, at der ikke er absolut sammenfald mellem de to begreber, d.v.s. mellem privilegerede virksomheder, jf. stk. 1, og virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, jf. stk. 2.

Overdragelsesbegrebet skal forstås i sammenhæng med begrebet "indrømmelse af særlige eller eksklusive rettigheder" indeholdt i art. 86, stk. 1 EF. Som anført ovf. kan sådanne indrømmelser være af gængs lovgivningsmæssig eller reguleringsmæssig karakter, men må antages også at kunne forekomme i mere administrativ eller reguleringsmæssig form. Det samme må antages at være tilfældet for overdragelse

²¹⁾ Jf. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, *Report to the Laeken European Council. Services of General Interest*, Bruxelles, 17. oktober 2001, COM(2001)598, p. 3.

²²⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra Generaladvokat F. G. Jacobs i *Ambulanz Glöckner-sagen*, pkt. 67.

²³⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra Generaladvokat F. G. Jacobs i *Ambulanz Glöckner-sagen*, pkt. 67.

af tjenesteydelser, m.m., i stk. 2's forstand.²⁴⁾ Overdrageren er en offentlig myndighed på statsligt, amtsligt eller kommunalt niveau.

Tjenesteydelsesbegrebet er næppe absolut identisk med definitionen af tjenesteydelser i art. 49 og 50 EF. Som det også antages af eksempelvis Steinicke, må begrebet indeholdt i art. 86, stk. 2 EF, fortolkes meget bredt, således at alle aktiviteter, som har til formål at tjene samfundets almindelige økonomiske interesse, og som indeholder et vist element af tjenesteydelser, omfattes af bestemmelsen.²⁵⁾

Begrebet almindelig økonomisk interesse er vanskeligt at fastlægge, idet EF-Domstolen endnu ikke har etableret en definition heraf, men snarere synes at foretrække en ad hoc-mæssig tilgang.²⁶⁾ Sierra definerer begrebet som *"...a service of an economic nature the provision of which to the general public is considered essential, which justifies a degree of intervention of the public authorities in*

²⁴⁾ Se iøvrigt Gyselens kommentar til september-trilogien, hvor det påpeges, at der i de pågældende sager næppe forelæ en overdragelse i streng forstand, hvilket ses som et opgør med hidtidig gældende ret, hvor art. 86, stk. 2 EF, har været fortolket snævert, jf. Gyselen, L., "Case C-67/96, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie..." (2000) 37 *Common Market Law Review* 445. Se også eksempelvis Sag C-159/94, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik, 23. oktober 1997, Saml. I-5815, præmis 65, hvor det bemærkes, at for at en virksomhed kan antages at have fået overdraget at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, skal dette være sket ved en retsakt udstedt af en offentlig myndighed. Det tilføjes i præmis 66, at det dog dermed ikke er et krav, at der er tale om en lov eller en administrativ retsakt, idet EF-Domstolen således allerede har anerkendt, at en virksomhed kan have fået overdraget udførelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse ved en offentligretlig koncession.

²⁵⁾ Jf. Steinicke, M., *Privilegerede virksomheder og EU-Retten* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002) 88.

²⁶⁾ Kommissionen anfører generelt om tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, at disse *"...adskiller sig fra almindelige tjenesteydelser ved, at de offentlige myndigheder betragter dem som nødvendige, også selv om markedet ikke har tilstrækkelige incitamenter til at sikre leveringen af dem. Hermed være ikke sagt, at markedet ikke i mange tilfælde vil være den bedste mekanisme til at levere sådanne tjenesteydelser. Mange basale behov, som mad, tøj og bolig, dækkes udelukkende eller i altovervejende grad af markedet. Men hvis de offentlige myndigheder mener, at visse tjenesteydelser er af almen interesse, og at markedskræfterne ikke kan sikre en tilfredsstillende opfyldelse af de pågældende behov, kan de fastsætte specifikke krav til varetagelse af almene interesser i form af en forsyningspligt. Med henblik på opfyldelsen af en sådan pligt kan der indrømmes specielle eller eksklusive rettigheder, eller der kan etableres særlige finansieringsmekanismer. Definitionen af en specifik forsynings-pligttopgave og løsningen af den indebærer ikke en bestemt metode eller organisationsform. Det klassiske eksempel er forpligtelsen til offentlig tjeneste [fodnote udeladt], dvs. en forpligtelse til at levere en bestemt ydelse på hele det pågældende territorium til en overkommelig pris og af ensartet kvalitet, uafhængigt af de enkelte aktiviteterets lønsomhed."* Jf. Meddelelse fra Kommissionen. *Forsyningspligtigheder i Europa* (2001/C17/04) 19. januar 2001, p. 17.

order to show that a given service is actually provided and to control the conditions under which it is provided.”²⁷⁾ Det må antages, at EF-Domstolen ikke overlader fastlæggelsen af begrebets indhold helt til Medlemsstaterne, men forlanger, at det nærmere beskrives, hvori den særlige beskyttelsesværdige interesse består.²⁸⁾ Det må indgå i vurderingen, at der er tale om en virksomhed, der påtager sig forpligtelser, som hindrer, at den fastlægger sine aktiviteter efter rent forretningsmæssige overvejelser.²⁹⁾ Endvidere må det indgå, at der er tale om aktiviteter af en generel samfundsmæssig interesse. At der lige præcist er indføjset udtrykket “økonomisk” ses som at tjene til udpegelse af de hensyn, der kan varetages kommercielt, fremfor de samfundsmæssige hensyn, der varetages ved ren myndighedsudøvelse.³⁰⁾ Kommissionen anvender iøvrigt i sin definition det analoge udtryk “Ydelser af forretningsmæssig karakter”.³¹⁾ Således gælder, at de samfundsmæssige aktiviteter, der ikke kan varetages kommercielt, slet ikke omfattes af forplig-

²⁷⁾ 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) 277.

²⁸⁾ Jf. Lundgaard Hansen, K., m.fl., *EU-konkurrenceretten* (København: GadJura, 1998) 223. Se også Sierra, der antager, at der er tale om et begreb, der defineres fællesskabsretligt, 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) 279ff. Hertil må føjes, at Kommissionen i sin meddelelse *Forsyningspligtigheder i Europa* (2001/C17/04), 19. januar 2001, p. 8, anfører, at “Medlemsstaternes frihed til at definere betyder, at det primært henhører under medlemsstaterne at definere, hvad de forstår ved tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse på grundlag af de pågældende aktiviteter karakteristika. Denne definition kan kun underkastes kontrol af, at den ikke er behæftet med tydelige fejl. De kan om nødvendigt indrømme specielle eller eksklusive rettigheder til den virksomhed, der har fået i opdrag at levere tjenesteydelserne, regulere dens aktiviteter og i givet fald støtte dem økonomisk. På områder, som ikke er omfattet af fællesskabslovgivning, kan medlemsstaterne i vidt omfang selv udforme deres politikker, som kun kan underkastes kontrol af, at de ikke er behæftet med tydelige fejl. Hvorvidt en tjenesteydelse skal betragtes som en forsyningspligtighed, og hvordan den skal varetages, er spørgsmål, der principielt afgøres lokalt. Kommissionens rolle består i at sikre, at de anvendte midler er forenelige med fællesskabslovgivningen. For at undtagelsen i artikel 86, stk. 2, kan finde anvendelse, skal public service-opgaven under alle omstændigheder være klart defineret og udtrykkeligt overdraget ved en offentlig myndighedsakt (herunder aftaler) (fodnote udeladt). Dette krav er nødvendigt for at sikre juridisk klarhed og gennemsigtighed i forhold til borgerne, ligesom det er en nødvendig forudsætning for, at Kommissionen kan foretage en proportionalitetsundersøgelse.

²⁹⁾ Jf. Lundgaard Hansen, K., m.fl., *EU-konkurrenceretten* (København: GadJura, 1998) 223.

³⁰⁾ Jf. Steinicke, M., *Privilegerede virksomheder og EU-Retten* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002) 88.

³¹⁾ Jf. Meddelelse fra Kommissionen. *Forsyningspligtigheder i Europa* (2001/C17/04) 19. januar 2001, p. 17.

telsen i art. 86, stk. 2 EF, til at overholde traktatens bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne.³²⁾ Samme formål forfølges tillige af selve virksomhedsdefinitionen i EU-konkurrenceretten. Begrebet "*almindelig*" må antyde den brede almenheds interesse i, at tjenesteydelsen udbydes. Således vil en ydelse, der eksempelvis kun er til gavn for ganske få virksomheder eller en meget specifik persongruppe næppe omfattes af begrebet. De typiske eksempler på tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse forekommer indenfor sektorer såsom jernbanetransport, energiforsyning og posttjenesten. Hertil kan fra nyere praksis nævnes, at eksempelvis håndtering af bestemte former for affald, opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af verdenspostkonventionen, fortøjningsarbejde, samt visse elementer af driften af visse trafikhavne, kan være genstand for en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.³³⁾ Under alle omstændigheder må begrebet anses for dynamisk, således at dets indhold kan forudsiges foranderligt over tid.

Begrebet fiskale monopoler spiller i praksis endnu ikke nogen rolle.³⁴⁾ Det vedrører den type virksomhed, der har til formål at skaffe staten indtægter, fremfor at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.³⁵⁾

Hindringsbegrebet er det centrale begreb i relation til selve spørgsmålet, om der foreligger en saglig begrundelse for en konkurrencebegrænsning. I givet fald kan en

³²⁾ 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) 275-276.

³³⁾ Jf. Sag C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mod Københavns Kommune, 23. maj 2000, Saml. I-3743, præmis 75-76; 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, præmis 44; Sag C-266/96, Corsica Ferries France SA mod Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, m.fl., 18. juni 1998, Saml. I-3949, præmis 45; samt Sag 242/93, GT-Link mod De Danske Statsbaner (DSB), 17. juli 1997, Saml. 4449, præmis 49-53.

³⁴⁾ Jf. eksempelvis Hutchings, M., "Competition Law: State Monopolies and State Undertakings", i 1993: *The European Market. Myth or Reality*, Red. af Campbell, D. & Flint, C. (Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994) 37.

³⁵⁾ Sierra anfører iøvrigt, at "...in spite of the fact that the text of Article 86(2) suggests the opposite, a purely revenue-producing monopoly will almost always be contrary to Article 31 and/or 86(1) and will not come within the exception contained in Article 86(2). The reason is that the State does not need a monopoly to obtain revenue. It has at its disposal tax raising powers which allow it to obtain the same result without eliminating competition." 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) 287.

eventuel konkurrencebegrænsning som nævnt opretholdes. Der henvises til uddybning nf. under afsnit 7.

Begrebet særlige opgaver refererer til de opgaver, der skal udføres i henseende til de nævnte tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse eller fiskale monopoler.

Samhandelsbegrebet indeholdt i art. 86, stk. 2's anden sætning har givet anledning til fortolkningsmæssig tvivl. Sætningen er foreslået anskuet som en yderligere betingelse for bestemmelsens anvendelse, således at udviklingen af samhandelen ikke må påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesser. Således anfører eksempelvis Lundgaard Hansen m.fl., at betingelsen skal fortolkes i den retning, at der gælder en slags absolut, fællesskabsretlig øvre grænse for, hvilke konkurrencebegrænsninger, der vil kunne accepteres, selv om de i princippet er nødvendige for at sikre udførelsen af opgaver af almindelig økonomisk interesse.³⁶⁾ Alternativt er sætningen foreslået anskuet ikke som en separat betingelse, men som en uddybning af betingelsen i den første sætning.³⁷⁾ EF-Domstolen har endnu ikke fremlagt klare fortolkningsbidrag vedrørende sætningens eksakte betydning.³⁸⁾

6. Ambulanz Glöckner-dommen

Ambulanz Glöckner-dommen er fra 2001. Overordnet må den kategoriseres som at vedrøre den situation, hvor en virksomhed ønsker markedsadgang, men er forhindret deri, fordi andre markedsdeltagere er tildelt rettighederne hertil. Ved en påberåbelse af EU-retten søges denne situation ændret. Endvidere indeholdes i sagen den problemstilling, om det ønskede marked udgør et selvstændigt, men tilstødende, marked til kernemarkedet eller er en del heraf. Kernemarkedet er markedet for udrykningskørsel, hvorimod det tilstødende marked er markedet for sygetransport.

³⁶⁾ Jf. Lundgaard Hansen, K., m.fl., *EU-konkurrenceretten* (København: GadJura, 1998) 227.

³⁷⁾ 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) 352.

³⁸⁾ Se dog især Sag 157/94, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, 23. oktober 1997, Saml. I-5699; og Sag C-158/94, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, 23. oktober 1997, Saml. I-5789.

Den private virksomhed Ambulanz Glöckner har i perioden 1990 til oktober 1994 tilladelse til at udføre sygetransport. Denne type transport vedrører syge og tilskadekomne med behov for hjælp, men som dog ikke er akut syge, hvorfor deres transport foretages med sygetransportvogn under ledsagelse af faguddannet personale. Således vedrører denne type transport ikke udrykningskørsel, der defineres som at vedrøre transport af livsfarligt tilskadekomne eller syge personer med lægeambulancer eller redningsvogne under ledsagelse af faguddannet personale. I juli 1994 ansøger virksomheden om forlængelse af sin tilladelse hos den tyske mindste statslige forvaltningsmyndighed, Landkreis, der imidlertid - efter at have hørt de to sanitetsorganisationer, der er ansvarlige for driften af den offentlige redningstjeneste og ikke arbejder med gevinst for øje - giver et afslag. Afslaget sker i lyset af en "Landkreis"-bestemmelse, hvorefter: *"Tilladelse skal afslås, såfremt det må forventes, at udnyttelsen af tilladelsen vil være til skade for den offentlige interesse i en funktionsdygtig redningstjeneste... Det skal herved... navnlig tages hensyn til ønsket om at sikre, at redningstjenesten står til rådighed i hele dækningsområdet, og at ressourcerne udnyttes effektivt, hvorved også antallet af udrykninger, ankomsttidspunktet og udrykningernes varighed samt udviklingen med hensyn til udgifter og indtægter skal lægges til grund..."* Ambulanz Glöckner anlægger herefter sag ved en "Verwaltungsgericht" og vinder. Landkreis appellerer imidlertid denne dom til en "Oberverwaltungsgericht", der forelægger et enkelt præjudicielt spørgsmål for EF-Domstolen vedrørende fortolkningen af art. 86 smh. m. art. 81 EF f.

Afgørelsen tager sin begyndelse ved en undersøgelse af, om de pågældende sanitetsorganisationer kan anses for virksomheder tildelt særlige eller eksklusive rettigheder i art. 86, stk. 1's forstand. Spørgsmålet besvares bekræftende.³⁹⁾ Herefter følger en kort - og ikke her relevant - stillingtagen til art. 86 smh. m. art. 81 EF.⁴⁰⁾ Næste trin er en opstilling af detaljerede retningslinjer for vurderingen af spørgsmålet, om der foreligger en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet.⁴¹⁾

Det væsentlige spørgsmål, om hvorvidt misbrug af dominerende stilling foreligger, behandles af EF-Domstolen med en henvisning til det såkaldte Höfner-kriterium i den udvidede version:⁴²⁾

³⁹⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 18-25.

⁴⁰⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 26-29.

⁴¹⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 31-38.

⁴²⁾ Se nærmere herom i de i fodnote 1 nævnte analyser.

“Det bemærkes, at den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1 EF], ikke i sig selv er uforenelig med dennes artikel 86 [nu art. 82 EF]. En medlemsstat overtræder kun forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed alene ved udøvelse af de særlige eller 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 af skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug...”⁴³⁾

Herefter fokuseres på, om der foreligger den form for misbrug, hvorefter en virksomhed, der har en dominerende stilling på et bestemt marked, uden at det er objektivt nødvendigt, forbeholder sig dermed forbundne arbejdsopgaver, som kunne udføres af en anden virksomhed som led i dennes virksomhed på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for, at enhver konkurrence fra den anden virksomheds side bliver udelukket.⁴⁴⁾ Under henvisning til *Chemische Afvalstofsagen* anføres det i præmis 40, at såfremt den virksomhed, som Medlemsstaten har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, udvider sin dominerende stilling i kraft af en statslig foranstaltning, vil en sådan foranstaltning stride mod traktatens art. 86 smh. m. art. 82 EF (da art. 90 smh. m. art. 86 EF).⁴⁵⁾ Problemstillingen er således - som antydnet ovf. - om sanitetsorganisationerne, der har en dominerende stilling på markedet for udrykningskørsel tillige kan udvide denne stilling i kraft af en offentlig foranstaltning - d.v.s. ovf. citerede “Landkreis”-bestemmelse - til også at inkludere det beslægtede, men selvstændige marked for sygetransport, således at Ambulanz Glöckner udelukkes fra at udøve sin virksomhed på dette sidstnævnte marked. EF-Domstolen udtrykker eksplicit, at konkurrencebegrænsningen udgør en tilsidesættelse af art. 86 smh. m. art. 82 EF (da art. 90 smh. m. art. 86 EF).⁴⁶⁾ Det præciseres, at den nationale myndighed har favoriseret sanitetsorganisationerne, der allerede er indehavere af en eksklusiv ret på markedet for udrykningskørsel, ved også at give dem tilladelse til med eneret at udføre sygetransport.⁴⁷⁾ Den pågældende “Landkreis”-bestemmelse anses for at medføre en begrænsning af “Afsætning

⁴³⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 39.

⁴⁴⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 40.

⁴⁵⁾ Jf. Sag C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV m.fl. mod Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, 25. juni 1998, Saml. I-4075.

⁴⁶⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 42. Som nævnt skal visse andre betingelser dog være opfyldt.

⁴⁷⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 43.

[...] til skade for forbrugerne", jf. art. 82, stk. 2, litra b) EF (da art. 86, stk. 2, litra b) EF) ved at forbeholde en dermed forbunden transportopgave, der kunne udføres af en selvstændig erhvervsdrivende, for de nævnte sanitetsorganisationer.⁴⁸⁾

Herefter følger en opstilling af retningslinjerne vedrørende vurderingen af, om en påvirkning mellem Medlemsstater finder sted, samt af meget stor vigtighed, om den omtvistede foranstaltning er berettiget i henhold til art. 86, stk. 2 EF (da art. 90, stk. 2 EF).

Vedrørende spørgsmålet om art. 86, stk. 2 EF, konstaterer EF-Domstolen, at sanitetsorganisationerne har fået overdraget en opgave af almen økonomisk interesse, der består i forpligtelsen til døgnet rundt at sikre udrykningskørsel med syge eller tilskadekomne personer på hele det berørte område til ensartede takster og efter ensartede kvalitetskrav uden hensyntagen til særlige forhold ved eller til lønsomheden af hver enkelt kørsel.⁴⁹⁾

Herefter opstilles følgende overordnede princip om bestemmelsens fortolkning:

*"Traktatens artikel 90, stk. 2, sammenholdt med denne bestemmelses stk. 1 [nu art. 86, stk. 2 smh. m. stk. 1 EF], gør det muligt for medlemsstaterne at indrømme virksomheder, som de overdrager udførelsen af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, eksklusive rettigheder, der kan hindre anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, i det omfang en begrænsning af konkurrencen - eller en udelukkelse af al konkurrence - fra andre erhvervsdrivende er nødvendig for, at de virksomheder, som har fået tillagt eksklusive rettigheder, kan udføre de særlige opgaver, som er betroet dem..."*⁵⁰⁾

Det afgørende spørgsmål er følgelig efterprøvelsen af, om konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at indehaveren af en eksklusiv ret kan udføre sin opgave af almen interesse på økonomisk acceptable vilkår. I denne forbindelse gælder, at den, der påtager sig en opgave af almen økonomisk interesse er forpligtet til at sikre tjenesteydelser på rimelige økonomiske vilkår, hvilket forudsætter en udligning mellem rentable og mindre rentable aktivitetsområder.⁵¹⁾ Således kan en begræns-

⁴⁸⁾ Jf. *Ambulanz Glöckner-sagens* præmis 43.

⁴⁹⁾ Jf. *Ambulanz Glöckner-sagens* præmis 55.

⁵⁰⁾ Jf. *Ambulanz Glöckner-sagens* præmis 56.

⁵¹⁾ Jf. *Ambulanz Glöckner-sagens* præmis 57.

ning af konkurrencen fra private erhvervsdrivende være berettiget på rentable aktivitetsområder.⁵²⁾

Herefter følger en omhyggelig differentiering fra Corbeau-sagen, hvor det i præmis 19 er anført, at udelukkelse af konkurrence i visse tilfælde af særlige tjenesteydelser, der ikke står i forbindelse med de i sagen omhandlede tjenesteydelser af almen interesse, ikke er berettiget, når disse tjenesteydelser ikke bringer den økonomiske ligevægt i de tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, der udføres af indehaveren af den eksklusive ret, i fare.⁵³⁾ Det anføres således:

*"Dette er dog navnlig af to grunde ikke tilfældet for de to tjenesteydelser, der er omhandlet i hovedsagen. For det første er - i modsætning til under de faktiske omstændigheder, der gav anledning til den ovennævnte Corbeau-sag - de to tjenesteydelser, der traditionelt varetages af sanitetsorganisationer, så tæt forbundne, at sygetransport uden udrykning kun vanskeligt kan udskilles fra den opgave af almindelig økonomisk interesse, som udrykningskørsel udgør, og med hvilken sygetransport i øvrigt har fælles kendetegn. For det andet gør udvidelsen af sanitetsorganisationernes eksklusive rettigheder til området for sygetransport uden udrykning det netop muligt for dem, at varetage deres opgave af almen interesse, nemlig udrykningskørsel, på rimelige økonomiske vilkår. Den mulighed, som de private virksomheder vil have for på området for transport uden udrykning at koncentrere sig om de økonomisk mest fordelagtige strækninger, kunne skade lønsomheden af den tjenesteydelse, der udføres af sanitetsorganisationerne, og derfor skabe usikkerhed om den nævnte ydelses kvalitet og pålidelighed."*⁵⁴⁾

Bemærkelsesværdigt er det, at EF-Domstolen herefter inddrager efterspørgselskriteriet, der almindeligvis tages i anvendelse i relation til vurderingen af en overtrædelse, jf. art. 86 smh. m. art. 82 EF. Således anføres det, at "...[\"Landkreis\"-bestemmelsen] er berettiget i henhold til traktatens artikel 90, stk. 2 [nu art. 86, stk. 2 EF], når den ikke hindrer tildelingen af en tilladelse til selvstændige erhvervsdrivende i tilfælde af, at det godtgøres, at det er åbenbart, at de sanitets-

⁵²⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 57.

⁵³⁾ Jf. Sag C-320/91, Straffesag mod Paul Corbeau, 19. maj 1993, Saml. I-2533. Se iøvrigt Hancher, L., "Case C-320/91, Procureur du Roi v. Paul Corbeau, Judgment of the Full Court, 19 May 1993" (1994) 31 *Common Market Law Review* 105-122.

⁵⁴⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 60-61.

*organisationer, der har fået overdraget at udføre redningstjeneste, ikke er i stand til at dække efterspørgslen efter udrykningskørsel og sygetransport.”*⁵⁵⁾

7. Domskommentar

Om misbrugsvurderingen skal blot angives nogle få korte bemærkninger. For det første er det påfaldende, at der kun henvises til RTT- og Chemische Afvalstofsagerne og ikke til Corbeau-sagen, som vedrører samme problematik.⁵⁶⁾ For det andet bør det påpeges, at det interessante ved denne kategori af sager, der vedrører privilegerede virksomheders udvidelse af deres dominerende stilling til sideordnede, men beslægtede markeder i kraft af statslige foranstaltninger, er, at disse foranstaltninger uden videre anses for at være forbudte konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86 smh. m. art. 82 EF. Med megen ret kan imidlertid anføres, at en foranstaltning, der udvider et oprindeligt marked med et sideordnet marked, isoleret betragtet i virkeligheden blot kan anses som endnu en rettighedsindrømmelse. Derved demonstrerer EF-Domstolen - ganske vist i tilsløret form - at den i disse sagstyper er parat til at anse sådanne rettighedsindrømmelser for *per se* forbudte, dog underlagt en bedømmelse i h.t. art. 86, stk. 2 EF. I RTT-sagen gik EF-Domstolen endog så vidt som til eksplicit at angive, at den ikke forlanger en formel overtrædelse af art. 82 EF (da art. 86 EF).⁵⁷⁾

⁵⁵⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 65.

⁵⁶⁾ Jf. Sag C-18/88, Régie des télégraphes et des téléphones mod GB-Inno-BM SA, 13. december 1991, Saml. I-5941; og Sag C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV m.fl. mod Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, 25. juni 1998, Saml. I-4075.

⁵⁷⁾ Endelig bør det for en god ordens skyld påpeges, at idet EF-Domstolen i dommen vælger at fokusere på spørgsmålet om kernemarkeder kontra tilstødende markeder, fravælges samtidig en stillingtagen til to øvrige misbrugsformer, som ellers blev gjort gældende af Ambulanz Glöckner som foreliggende. Det drejer sig om spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en retstilstand, hvor dominerende virksomheder åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen og spørgsmålet, om der foreligger en interessekonflikt. Om det første spørgsmål fremgår det, at Ambulanz Glöckner bl.a. gør gældende, at sanitetsorganisationerne ikke altid er i stand til at overholde de fastsatte udrykningstider, at der hyppigt forekommer forsinkelser og at sanitetsorganisationerne opkræver uforholdsmæssig høje brugerafgifter. Om det andet spørgsmål fremgår det, at virksomheden gør gældende, at sanitetsorganisationerne og de offentlige myndigheder i fællesskab får mulighed for at begrænse deres potentielle konkurrenters adgang til markedet, hvorfor sanitetsorganisationerne og myndighederne ikke burde kunne deltage i beslutningstagningen m.h.t. tilladelser til at udføre private ambulancetjenester. Begge spørgsmål behandles omhyggeligt af generaladvokat Jacobs i dennes forslag til afgørelse.

Om selve undtagelseselementet indeholdt i art. 86, stk. 2 EF, fremgår det af sagen, at EF-Domstolen anvender en to-leddet test, hvorefter det først undersøges, om der foreligger en virksomhed, der har fået overdraget en opgave af almen økonomisk interesse. Dernæst undersøges det, i hvilket omfang de til rettighedsindrømmelserne knyttede konkurrencebegrænsninger er nødvendige for, at disse privilegerede virksomheder kan udføre den opgave, som er blevet betroet dem.

Nødvendighedsvurderingen knytter sig til det i bestemmelsen indeholdte hindringsbegreb, hvorefter disse virksomheder er undtaget fra Traktatens regler, såfremt disse retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som virksomhederne er betroet. Det må understreges, at der indtræder en opblødning i ordvalget, når "nødvendighed" anvendes fremfor "hindring". Sidstnævnte udtryk ville da også ud fra en umiddelbar forståelse indebære en ganske restriktiv mulighed for undtagelse, hvilken EF-Domstolen da således i sin praksis har valgt ikke at være fuldstændig bundet af. Mange forfattere læser iøvrigt nødvendighedsvurderingen som et omskrevent proportionalitetsprincip. Om dets udvikling fra en strikt til en mere lempelig fortolkning anføres det af Sierra: *"The traditional analysis of proportionality is therefore based on a strict interpretation: only those restrictions which are indispensable in order to achieve an objective of general interest will be allowed. Accordingly, faced with a particular measure the question which must be asked is whether or not other less restrictive measures exist by which this end could be achieved. If such measures exist Article 86(2) cannot be relied on... This strict interpretation of the principle of proportionality is far from being unanimously accepted. The principle difficulty is the question of legality of exclusive rights since it is here that the main change has taken place: the move from an almost irrebuttable presumption of the legality of exclusive rights to the current situation where one could almost say that the reverse presumption applies. Thus, if the majority of exclusive rights breach, in principle, Articles 31 and 86(1) the question whether they can find support in Article 86(2) becomes crucial. This question in turn forms part of the larger question of the proportionality of the exclusive rights will depend on how this principle of proportionality is interpreted. This explains the hesitancy and the ambiguity of the two Community Courts as well as the seesaw nature of the case law. It also explains the Commission's approach, the sudden academic attention, and the intense political interest caused by an apparently simple legal question."* ⁵⁸⁾

⁵⁸⁾ 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) 304.

I det hele taget er det den gængse opfattelse i litteraturen, at undtagelsesmuligheden i h.t. art. 86, stk. 2 EF, har udviklet sig i retning af at være mere og mere lempelig. Således anfører eksempelvis Hancher, at undtagelsens anvendelsesområde *"...might well be wider than any of the exemptions available either under Article 36, 56 and 66, or in terms of the 'mandatory requirements' and it may be seen as an additional safety net which will 'save' national measures which would otherwise have failed to meet the conditions for exemptions."*⁵⁹⁾

Det fremgår af dommen, at efterprøvelsen af om en konkurrencebegrænsning er nødvendig for, at den privilegerede virksomhed kan udføre sin opgave af almen interesse, omskrives til at være en efterprøvelse af, om denne virksomhed kan udføre opgaven på *"økonomisk acceptable vilkår"*. Herved sigtes på, at de pågældende tjenesteydelser skal kunne udbydes på rimelige økonomiske vilkår, hvorefter det kan være nødvendigt for den privilegerede virksomhed at kunne foretage en udligning mellem rentable og mindre rentable aktivitetsområder.⁶⁰⁾ Kriteriet lider af den skavank, at det bogstaveligt forstået kun er anvendeligt, såfremt det kan lade sig gøre at fastslå, hvad der vil være den økonomiske virkning af afskaffelsen af en given konkurrencebegrænsning.⁶¹⁾ Herom anfører Lundgaard

⁵⁹⁾ Jf. Hancher, L., "Case C-320/91 P, *Procureur du Roi v. Paul Corbeau*, Judgment of the full Court, 19 May 1993", (1994) 31 *Common Market Law Review* 121.

⁶⁰⁾ Eksempler på kriteriets anvendelse i nyere praksis: I Sag C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mod Københavns Kommune, 23. maj 2000, Saml. 1-3743 udlægges det som, at det er tilladeligt at gøre brug af en eneretstildeling for at gøre et nyt anlæg til behandling af affald rentabelt. Således anføres det bl.a. i sagen, at det var 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 behov for en eneret, der tidsmæssigt var begrænset til en normal afskrivningsperiode for investeringerne, og som geografisk var begrænset til kommunens område, jf. præmis 79. I 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, Saml. I-825, udlægges kriteriet som, at forpligtelsen for en enhed som Deutsche Post til at befordre og omdele forsendelser, hvis adressater har bopæl i Tyskland, og som indleveres i stort antal til postvæsenene i andre medlemsstater af afsendere, der har bopæl i Tyskland, uden at der er givet denne enhed mulighed for at få dækket alle de udgifter, den pågældende forpligtelse medfører, vil kunne være til hinder for opfyldelsen af denne opgave af almindelig interesse under økonomisk forsvarlige vilkår, jf. præmis 50. I Albany-sagen lægges fokus på, at *"Sådanne begrænsninger, der gør den ydelse, fonden tilbyder, mindre konkurrencedygtig end en tilsvarende ydelse, der tilbydes af forsikringselskaberne, er med til at begrunde fondens eneret til at administrere tillægspensionsordningen"*, jf. præmis 110. Endelig skal nævnes, at eksempelvis i dommen C-157/94, *Kommissionen mod Nederlandene*, 23. oktober 1997, Saml. I-5699, præmis 43, anfører EF-Domstolen, at det ikke er nødvendigt for, at art. 86, stk. 2 EF, kan finde anvendelse, at selve virksomhedens eksistens er truet.

⁶¹⁾ Jf. Lundgaard Hansen, K., m.fl., *EU-konkurrenceretten* (København: GadJura, 1998) 225.

Hansen, m.fl.: "Dette vil langt fra altid være tilfældet. Virksomheder af den i art. 90, stk. 2, omhandlede karakter udøver en i både geografisk og indholdsmæssig henseende vidt udstrakt aktivitet, og det vil bl.a. i kraft af deres (halv-)offentlige karakter være undtagelsen snarere end reglen, at det er muligt at udtale sig om rentabiliteten af virksomhedens enkelte aktiviteter og om virkningerne af eventuelle ændringer i udstrækningen de særlige og/eller eksklusive rettigheder, som disse virksomheder er tillagt. Det vil derfor også være vanskeligt eller endog nærmest umuligt præcist at angive, i hvilket omfang krydssubsidiering mellem rentable og ikke-rentable aktiviteter er nødvendig for at sikre virksomhedens opfyldelse af sine opgaver af almindelig økonomisk interesse på 'acceptable økonomiske vilkår' [fodnote udeladt]. Bevisbyrdeovervejelser vil derfor få en afgørende indflydelse på udfaldet af sager, der indebærer en stillingtagen til, om artikel 90, stk. 2, kan bringes i anvendelse." ⁶²⁾

Det fremgår, at sagens kerne således anses for at vedrøre problematikken om økonomisk udligning mellem rentable og mindre rentable aktivitetsområder. Baggrunden for problematikken er, at en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, i realiteten har fået tildelt en forpligtelse til at varetage en samfundsmæssig vigtig, men også bekostelig opgave. En oplagt mulighed for at dække det hermed forbundne tab ligger som i nærværende sag i, at virksomheden får udvidet sit aktivitetsområde (i sagen udrykningskørsel) til at omfatte mere profitable områder (her således sygetransporten). Hensynet til den fri konkurrence sættes dog herved betragteligt til side, idet et marked, der ellers kunne fungere vel frit, typisk da underkastes et lovbestemt monopol, el.lign. Endnu en ulempe er, at der i virkeligheden foretages krydssubsidiering, her forstået som overførsel af indtægter indhøstet fra det profitable til det ikke-profitable marked. ⁶³⁾ Om det negative ved krydssubsidiering fra en økonomisk synsvinkel præciserer Abbamonte, at dette er "...that it confronts consumers with a false alternative and induces them to purchase substitute goods which cost society more to produce. If as a result of cross-subsidisation the output traded in the competitive market is sold for a price lower than its marginal costs,

⁶²⁾ Jf. Lundgaard Hansen, K., m.fl., *EU-konkurrenceretten* (København: Gad/Jura, 1998) 225.

⁶³⁾ Se iøvrigt om begrebet eksempelvis Abbamonte, G. B., "Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?" (1998) 23 *European Law Review* 414-433; eller Broncher, C. E. J., "Cross-subsidisation in EEC Competition Law " i *State Entrepreneurship, National Monopolies and European Competition Law*", Red. af Stuych, J. H. V. & Vossestein, A. J., (Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993) 103-112. Førstnævnte opererer iøvrigt p. 414 med den mere almenlydige definition af krydssubsidiering, at dette foreligger "...when an undertaking [fodnote udeladt] provides financial support in whatever form to one of its activities or a segment of activity from internal resources generated by another activity or segment."

such an illusory low price will detract from outputs which are less costly to produce."⁶⁴⁾ Denne form for krydssubsidiering anses dog almindeligvis ikke for nær så skadelig som den form, hvor ressourcer overføres fra et lukrativt enerets-område til et konkurrenceudsat område. Synspunktet, der taler for fordelagtigheden ved økonomisk udligning er, at private virksomheder ikke bør kunne koncentrere sig om de profitable aktiviteter, hvorved den privilegerede virksomheds mulighed for at varetage sine forpligtelser mindskes væsentligt. Fænomenet set fra denne synsvinkel går iøvrigt under betegnelsen "*cherry-picking*" eller "*cream-skimming*".

I sagen inddrages det såkaldte efterspørgselskriterium under spørgsmålet om, hvorvidt en saglig begrundelse for konkurrencebegrænsningen i h.t. art. 86, stk. 2 EF, foreligger. Almindeligvis spiller dette kriterium en rolle i selve misbrugsvurderingen, jf. art. 86, stk. 1, smh. m. art. 82 EF.⁶⁵⁾ At det inddrages i stk. 2-behandlingen har sin oprindelse i generaladvokatens forslag til afgørelse og må anses for primært at have til hensigt at fremhæve kriteriets vigtighed i henseende til undgåelse af absolut ineffektive ordninger. Således forklarer generaladvokaten, at "[H]vis tilladelser til private erhvervsdrivende afslås, selv om sanitetsorganisationer, der har fået overdraget at udføre den offentlige ambulancetjeneste, åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen (f.eks. i spidsbelastningsperioder) [fodnote udeladt], kan man efter min opfattelse ikke henholde sig til de økonomiske årsager, som jeg lige har behandlet, som begrundelse for en restriktiv tilladelsespolitik. I disse situationer kan afslag på tilladelser til private erhvervsdrivende være finansielt fordelagtigt for de pågældende sanitetsorganisationer. Denne økonomiske fordel vil imidlertid blive opnået på bekostning af hovedformålet med den omhandlede nationale lovgivning, nemlig at stille effektive ambulancetjenester af høj kvalitet til rådighed for befolkningen. Det vil desuden være i strid med formålet med artikel 86, stk. 2, EF, som er en effektiv tilvejebringelse af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse."

Det antages hyppigt i litteraturen, at det er lettere at få undtaget overtrædelser i form af eksistensen af rettigheder end overtrædelser i form af udøvelsen af rettigheder.⁶⁶⁾ Årsagen er angiveligvis, at manglende undtagelse af den førstnævnte type overtrædelse vil være mere indgribende i de nationale myndigheders kompe-

⁶⁴⁾ Jf. Abbamonte, G. B., "Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?" (1998) 23 *European Law Review* 415.

⁶⁵⁾ Der henvises til de i fodnote 1 angivne analyser.

⁶⁶⁾ Jf. eksempelvis Blum, F. & Logue, A., *State Monopolies Under EC Law* (Chichester, etc.: John Wiley & Sons, 1998) 39.

tence end en manglende undtagelse af den sidstnævnte type. Nærværende sag er et eksempel på en sag, der ganske vist ikke rokker ved antagelsen, men som heller ikke helt er konsekvent i relation til den overfor anvendte sondring. Således anses den centrale rettighedsindrømmelse, der altså vedrører udrykningskørsel, for at udgøre en opgave af almindelig økonomisk interesse. Markedet for sygetransport anses for at være tilstødende dette kernemarked. Det forhold, at det tilstødende marked forbeholdes indehaveren af rettigheden til udrykningskørsel, anses for at udgøre en overtrædelse af art. 86 smh. m. art. 82 EF, jf. ovf. Der synes at være tale om en overtrædelse i form af udøvelsen af rettigheder frem for en overtrædelse i form af eksistensen af rettigheder. Det er spørgsmålet om, hvorvidt denne sidstnævnte overtrædelse kan undtages i h.t. art. 86, stk. 2 EF, der er genstand for EF-Domstolens stillingtagen. Resultatet er som nævnt, at overtrædelsen undtages. Sagen er dog en anelse mere kompliceret, end hvad dette første øjekast åbenbarer. Årsagen er, at den nationale foranstaltning, der er sagens absolutte primære genstand, vel i virkeligheden også i sig selv udgør en rettighedsindrømmelse. Derved er der antageligvis i realiteten tale om en overtrædelse i form af en rettigheds eksistens og ikke om en overtrædelse i form af rettighedsudøvelse. Dermed bør sagen retteligt anskues som at vedrøre en undtagelse af en overtrædelse i form af en rettigheds eksistens. Argumentationens ikke absolut oplagte indre logik gælder endvidere også det forhold, at sidemarkedet kan undtages i h.t. stk. 2, når der antageligvis slet ikke er tale om - ifølge EF-Domstolen - at sygetransporten udgør en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.

8. Konklusion

De gennemførte analyser peger på, at området for saglige begrundelser for konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86, stk. 2 EF, endnu ikke synes at have fundet et solidt - og dermed et retligt forudsigeligt - leje. Således er det ikke præcist afklaret, i hvilket omfang eksklusive eller særlige rettigheder kan retfærdiggøres som proportionelle foranstaltninger med henblik på at sikre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse. Blandt forklaringerne herpå er, at selve bestemmelsen er konstrueret på en måde, der ikke gør dens fortolkning umiddelbart evident. Endvidere gælder, at den har til formål at balancere på et kompliceret og politisk ømtåleligt område, mellem på den ene side Medlemsstaternes interesse i anvende især

privilegerede virksomheder som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter mod Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne og bestemmelserne om det indre marked overholdes.⁶⁷⁾ Dette synes at have en afgørende indflydelse på EF-Domstolens tilsyneladende afventende tilgang til problematikken.

⁶⁷⁾ Se også von Quitzow, C. M., *State Measures Distorting Free Competition in the EC* (the Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2001) 109.

En klagesags anatomi

-den typiske klagesag ved Klagenævnet for Udbud

af

Steen Treumer

1. Indledning

Hvorfor bruge tid på temaet “den typiske klagesag ved Klagenævnet for Udbud”. Er det ikke blot en overflødig luksus, en form for akademisk tidsfordriv, hvis resultat er en række intetsigende generaliseringer uden interesse for den, der beskæftiger sig med EU’s udbudsregler i teori eller praksis ? Det mener jeg bestemt ikke er tilfældet. Der er flere grunde til, at det er absolut nødvendigt at have kendskab til de hovedlinjer, der kan udledes af Klagenævnets praksis med udgangspunkt i en afgrænsning af den typiske klagesag. Med et sådant kendskab bliver man eksempelvis i stand til at identificere en række temaer og spørgsmål, som man skal være særligt opmærksom på i praksis, hvad enten man er tilbudsgiver, ordregiver eller rådgiver for en part involveret i en udbudsprocedure.

En ordregiver med et grundlæggende kendskab til de gængse problemstillinger vil kunne forebygge overtrædelser, have gode forudsætninger for at afhjælpe eventuelle fejl og vil desuden vide, hvornår det er nødvendigt at annullere udbudsproceduren med henblik på fornyet udbud. En tilbudsgiver med viden om de gængse overtrædelser og deres sædvanlige sanktionering har på tilsvarende vis en stor fordel, da tilbudsgiveren vil kunne fokusere sin opmærksomhed på de områder, der typisk volder problemer og vil kunne disponere sin klagesag bedst muligt.

Hvordan afgrænser man den typiske klagesag, der er genstanden for analysen i denne artikel? Det mest nærliggende er at tage udgangspunkt i en analyse af de hyppigst forekommende overtrædelser af udbudsreglerne i Klagenævnets praksis. Ved at inddrage en række yderligere faktorer bliver analysen imidlertid langt mere

nuanceret og af større interesse. I denne artikel behandles derfor også de gængse påstande i en klagesag, baggrunden for ordregivers overtrædelser af udbudsreglerne og endelig inddrages udfaldet af sagerne. Afsnit 2 vedrører de hyppigst forekommende overtrædelser, afsnit 3 den typiske sagsgenstand, dvs. de typiske påstande og afsnit 4 omhandler baggrunden for overtrædelserne. Udfaldet af sagerne behandles som en integreret del af afsnit 2 og 3, og der konkluderes i afsnit 5.

2. Hyppigst forekommende overtrædelser af EU's udbudsregler

Størstedelen af de udbudsspørgsmål, der har været behandlet ved Klagenævnet for Udbud, vedrører "inhabilitet", forhandlingsforbudet, ordregivers annullation af udbudsproceduren samt fastsættelse og bekendtgørelse af tildelingskriterier, og disse temaer vil blive nærmere omtalt i det følgende.

2.1. "Inhabilitet" i udbudsretlig kontekst

I en række sager har klagerne gjort gældende, at konkurrerende virksomheder var "inhabile", som følge af forudgående teknisk dialog med ordregiveren om udarbejdelsen af udbudsbetingelserne eller tilrettelæggelsen af udbudsproceduren i øvrigt, og derfor skulle udelukkes fra deltagelse i udbudsproceduren. Indledningsvis skal det fremhæves, at det ikke er tale om den form for inhabilitet, der kendes fra forvaltningsretten eller retsplejen, men om en særlig udbudsretlig problemstilling som i Danmark går under betegnelsen inhabilitet.

Den nærmere baggrund for problemstillingen er, en ordregiver har i en lang række tilfælde ikke har den fornødne tekniske og kommercielle kompetence til at udarbejde specifikationerne til et udbud, og det er derfor almindeligt forekommende i praksis, at en ordregiver indgår i en teknisk dialog med en eller eventuelt flere private virksomheder vedrørende udarbejdelsen af udbudsspecifikationerne og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren i øvrigt. Et fællestræk for de virksomheder der deltager i den tekniske dialog med ordregiveren er, at de typisk vil have en forretningsmæssig interesse i den kontrakt, der efterfølgende bliver udbudt, og at de derfor almindeligvis vil være interesserede i at deltage i den efterfølgende konkurrence om den offentlige kontrakt.

En sådan efterfølgende deltagelse i udbudsproceduren er problematisk i forhold til ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler. Dette skyldes særligt, at den pågældende virksomhed kan have fået en klar fordel i konkurrencen om den offentlige kontrakt, og at den tekniske dialog indebærer en åbenbar risiko for

konkurrencefordrejning, idet virksomheden bl.a. kan søge at påvirke udarbejdelsen af specifikationerne og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren til egen fordel.

Den *typiske* overtrædelse består i, at ordregiveren tilsidesætter sin pligt til ligestilling af tilbudsgiverne ved at tillade, at en virksomhed, der har indgået i en teknisk dialog med ordregiveren, deltager i udbudsproceduren. Den *atypiske* overtrædelse af ligestillingsprincippet består derimod i, at ordregiveren udelukker at en virksomhed, der har været involveret i teknisk dialog, fra deltagelse i udbudsproceduren eller bortser fra virksomhedens tilbud med en uberettiget henvisning til, at en sådan fremgangsmåde er påkrævet for at sikre ligestilling af tilbudsgiverne.

En restriktiv fortolkning af ligestillingsprincippet ville føre til et udgangspunkt om udelukkelse fra udbudsproceduren af virksomheder, der har ført en teknisk dialog med ordregiveren om den pågældende kontrakt. Klagenævnet for Udbud har derimod gennemgående valgt at anlægge en fleksibel tilgangsvinkel, og har dermed som hovedregel tilladt, at virksomheder, der har været involveret i teknisk dialog forud for udbudsproceduren kan medvirke i den efterfølgende konkurrence om kontrakten. Efter min opfattelse burde Klagenævnet i stedet have anlagt en mere restriktiv fortolkning af ligestillingsprincippet, og dermed som hovedregel have udelukket virksomheder, der har været involveret i teknisk dialog forud for udbudsprocedurens start.¹

2.2. Forhandlingsforbudet

Forhandlingsforbudet er det mest markante udslag af ligestillingsprincippet, og i praksis er de fleste udbudsprocedurer efter EU's udbudsregler omfattet af forhandlingsforbudet, der foreskriver, at forhandling om ændringer i kontraktgrundlaget mellem ordregiveren og de virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, som udgangspunkt er udelukket.

Af forhandlingsforbudet følger et princip (konformitetsprincippet) om, at tilbudene skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne for at kunne tages i betragtning ved tildelingen af kontrakten, hvilket indebærer, at ordregiveren normalt ikke kan acceptere tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne.

¹⁾ For en indgående behandling af temaet henvises der til Steen Treumer, Ligestillingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 85-138.

Forhandlingsforbudet har givet anledning til en omfattende klagenævnspraksis, og det er hyppigt ordregiverens antagelse af tilbud, der afviger fra de materielle udbudsbetingelser,² der giver anledning til problemer. Klagenævnet har i adskillige sager statueret, at forhandlingsforbudet har været overtrådt og har gennemgående anlagt en restriktiv fortolkning af forbudet. Et nyere eksempel på at forhandlingsforbudet stadig volder betydelige problemer er Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen. I denne afgørelse fandt Klagenævnet, at ordregiver havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at åbne for forbehold over for samtlige elementer i den udbudte ydelse. Klagenævnet annullerede ordregivers beslutning om at indgå kontrakt og pålagde ordregiver at lovliggøre udbudet, hvis man stadig ønskede den pågældende tjenesteydelse leveret.

2.3. Ordregivers annulation af udbudsproceduren

EU's udbudsdirektiver åbner mulighed for, at en ordregiver kan beslutte helt at undlade at indgå en aftale eller kan beslutte at gøre udbudsproceduren om. Sådanne afslutninger af udbudsproceduren betegnes oftest som annulation af udbudsproceduren. Det skal understreges, at den her omtalte situation vedrører ordregivers annulation af udbudsproceduren, der ikke skal forveksles med kontrolorganers (herunder Klagenævnet for Udbuds) annulation af ulovlige beslutninger.

Klagenævnet har indfortolket et krav i udbudsreglerne om, at ordregiver skal have en saglig begrundelse for annulation af udbudsproceduren, og Klagenævnet har indtil flere gange fastslået, at en ordregiver ikke kan forbeholde sig fri ret til at annullere udbudsproceduren (forkaste alle tilbud).³ Annulationer er forholdsvis hyppigt forekommende i dansk udbudspraksis og særligt efter åbningen af budene med henblik på omgørelse. Dette forhold er påfaldende, da en ordregiver ved en annulation påfører sig selv yderligere omkostninger og uundgåeligt forsinker den ønskede eksterne kontrahering væsentligt i strid med ordregiverens grundlæggende interesse i at få afviklet udbudsproceduren så hurtigt som muligt. Annulations-

²⁾ De formelle udbudsbetingelser har sjældent givet anledning til klagesager ved Klagenævnet for Udbud. Formelle udbudsbetingelser vedrører eksempelvis tilbudsfristen, krav om udarbejdelse af tilbudet på et givet sprog og krav om fremsendelse af tilbudet til en bestemt adresse eller i et bestemt antal kopier.

³⁾ Se til eksempel kendelse af 23. februar 2001, Kæmpes Taxi og Nordfyns Busser ved Hans Kæmpe mod Sønderø Kommune, og kendelse af 2. maj 2001, Forlaget Magnus mod Told- og Skattestyrelsen.

beføjelsen kan bruges til at forskelsbehandle de bydende og bliver ofte opfattet som et udslag af ulovlig forskelsbehandling af de bydende.

Spørgsmålet om lovligheden af ordregivers annullation har været rejst i en række sager, men i langt de fleste tilfælde har Klagenævnet lagt til grund, at ordregiveren havde en saglig grund, der berettigede annullationen af udbudsproceduren. Det er således kun undtagelsesvist,⁴ at Klagenævnet har lagt til grund, at ordregiveren ikke havde en saglig begrundelse for annullationen, og dette har hidtil ikke ført til Klagenævnets annullation af ordregiverens beslutning. Nævnets tilbageholdenhed i denne henseende har i særligt et af tilfældene ført til kritik fra forskellige sagkyndige på området.⁵

2.4. Tildelingskriterier

Det er hyppigt forekommende i praksis, at ordregiverne tilsidesætter udbudsreglene ved indsættelse af ulovlige tildelingskriterier og i praksis forekommer også manglende bekendtgørelse af tildelingskriterierne forekommer også i praksis. Disse overtrædelser af udbudsreglerne har ofte afgørende betydning, da tildelingskriterierne er udslagsgivende for valget af medkontrahent. Til trods herfor har Klagenævnet undladt at annullere ordregiverens ulovlige beslutninger med direkte henvisning til manglende bekendtgørelse af eller anvendelse af ulovlige tildelingskriterier, og dermed accepterer Nævnet forudsætningsvis, at ordregiverne afslutter/har afsluttet udbudsprocedurer, der er behæftet med helt grundlæggende mangler, der har påvirket konkurrencen væsentligt, eller procedurer hvor det er helt overvejende sandsynligt, at konkurrencen påvirkes væsentligt.⁶

Klagenævnets tilbageholdenhed i denne relation får som konsekvens, at ordregiverne ikke tvinges til at ændre adfærd med virkning for den konkrete udbudsproce-

⁴⁾ Jf. bl.a. kendelse af 13. september 1996, AHTS mod Tårnby Kommune, og kendelse af 11. august 2000, Kirkebjerg A/S mod Ribe Amt. Ved kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, lagde Klagenævnet til grund, at ordregiveren havde forfulgt et usagligt formål ved annullation af udbudsproceduren i den konkrete sag. Østre Landsrets tilsidesatte denne vurdering, jf. dom af 16. august, 5. afd. B-1654-97, Handelshøjskolen i København og Forskningsministeriet mod Højgaard og Schultz A/S.

⁵⁾ Kritikken vedrørte kendelse af 13. september 1996, AHTS mod Tårnby Kommune. Se nærmere omtalen heraf s. 257 i Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000.

⁶⁾ De rejste sager har vedrørt både udbudsprocedurer, hvor kontrakten var tildelt og udbudsprocedurer, hvor kontrakten endnu ikke var tildelt.

ture, og at klagerne derfor kun i beskedent omfang umiddelbart får gavn af at have indbragt sagen for Klagenævnet. Dette forhold er bemærkelsesværdigt, når man samtidig tager i betragtning, at klagerne typisk heller ikke på sigt har fået en økonomisk godtgørelse i form af erstatning for ordregivernes overtrædelser af udbudsreglerne.

3. Den typiske sagsgenstand

I klagenævnpraksis nedlægger klagerne sædvanligvis påstand om opsættende virkning, om konstatering af udbudsreglernes overtrædelse og om annullation af ordregiverens ulovlige beslutninger. Siden 2000 har Klagenævnet haft beføjelse til at tilkende erstatning for overtrædelser af EU's udbudsregler, og antallet af erstatningssager er som følge heraf stigende. Erstatningsbeføjelsen vil derfor ligeledes blive behandlet i det følgende.

3.1. Opsættende virkning

Klagenævnet kan tillægge en klage opsættende virkning, hvilket indebærer, at der kan sættes ind over for ulovlige beslutninger på et tidligt tidspunkt i udbuds-proceduren, og at skadevirkningerne kan begrænses mest muligt. Dermed kan klageren sikres mod, at klagen savner formål i de tilfælde, hvor klageren har indbragt sagen med henblik på at kunne komme i betragtning som kontraktpart for ordregiveren.⁷

Af klagenævnslovens §6, stk. 2 følger, at udgangspunktet er, at en klage ikke skal tillægges opsættende virkning, da en klage kun har opsættende virkning i det omfang, dette er fastsat i lovgivningen, eller hvor "særlige grunde" taler herfor. Hvad der nærmere skal forstås ved "særlige grunde" fremgår ikke af lovteksten og fremgår normalt heller ikke af Klagenævnets kendelser, da Nævnet som absolut hovedregel begrænser sig til at anføre, om klagemålet blev tillagt opsættende virkning eller ej uden nærmere begrundelse.

Klagenævnet lægger tilsyneladende vægt på, at det er sandsynliggjort, at der forligger en overtrædelse af EU's udbudsregler, og at klagen er indbragt umiddelbart efter, at klageren har været i stand til at konstatere, at udbudsreglerne er blevet

⁷⁾ Et eksempel på at en klager, hvis klage blev tillagt opsættende virkning, efterfølgende har vundet kontrakten foreligger med kendelse af 17. december 1999, Renoflex A/S mod Søllerød Kommune.

overtrådt. Endelig lægges der tilsyneladende vægt på, at den pågældende overtrædelse er grov og så alvorlig, at det offentliges interesse i at kunne afvikle udbudsproceduren kan tilsidesættes.

Afklagenævnsloven fremgår, at Nævnet eller formanden, dvs. fagdommeren der er blevet tildelt den pågældende sag, kan træffe beslutning om, hvorvidt klagemålet skal tillægges opsættende virkning. I praksis er hovedreglen, at afgørelsen træffes af den fungerende formand alene og på skriftligt grundlag.

I overensstemmelse med lovens ord tillægges klager kun opsættende virkning i et fåtal af sager til trods for det betydelige antal begæringer om opsættende virkning.

3.2. Konstatering

I adskillige sager indbragt for Nævnet har klageren begrænset sig til at nedlægge en påstand om konstatering af, at ordregiveren har overtrådt EU's udbudsregler i forbindelse med indgåelsen af en offentlig kontrakt. I en del tilfælde er formålet med en klage af denne type at få underkendt en bestemt fremgangsmåde hos den konkrete ordregiver eller at få underkendt almindelig dansk udbudspraksis. Baggrunden for at man begrænser sig til at nedlægge en påstand om konstatering kan også være, at man ønsker at få fastlagt et ansvarsgrundlag, der kan danne udgangspunkt for et efterfølgende erstatningssøgsmål eller et udenretligt forlig mellem parterne.

Konstatering af udbudsreglernes overtrædelse er den mest almindelig form for sanktionering i afgørelserne fra Klagenævnet for Udbud.

3.3. Annullation af ordregiverens ulovlige beslutninger

I en lang række sager har det primære formål med klagen været at få annulleret ordregiverens ulovlige beslutninger med henblik på, at klageren kan komme i betragtning som ansøger eller tilbudsgiver. Det er navnlig ordregiverens beslutninger om tildeling af en kontrakt eller indgåelse af kontrakt, der har været søgt annulleret i klagenævnspraksis, da disse beslutninger indebærer, at konkurrencen er afsluttet og er udslagsgivende for, hvem der får kontrakten. I enkelte sager har en tilbudsgiver forsøgt at få Klagenævnet til at annullere ordregiverens beslutning om annullation af udbudsproceduren, men hidtil uden succes.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at Klagenævnets annullation af en beslutning om indgåelse eller tildeling af kontrakt ikke automatisk indebærer, at den ulovligt indgåede aftale bliver ugyldig. Det må derimod antages, at ordregiveren har pligt til at hæve/misligholde den ulovligt indgåede kontrakt, i hvert fald hvis den pågældende tilbudsgiver, der vandt udbudet har været i ond tro.⁸ Til trods herfor hæver ordregiverne normalt ikke de ulovligt indgåede aftaler efter Klagenævnets annullation af beslutninger om tildeling og indgåelse af kontrakt.

Klagenævnet har i en række tilfælde annulleret beslutninger om tildeling og indgåelse af kontrakter, men der er en tendens til, at Nævnet begrænser sig til blot at konstatere, at udbudsreglerne er overtrådt, selv hvor forholdet vedrører væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, og at sanktioneringen af udbudsreglerne derfor ofte savner gennemslagskraft i forhold til de indbragte udbudsprocedurer.⁹

3.4. Erstatning

Siden sommeren 2000 har Klagenævnet haft beføjelse til at tilkende erstatning for overtrædelser af EU's udbudsregler. Der er indtil videre kun blevet nedlagt erstatningspåstand i forholdsvis få sager¹⁰ til trods for den relativt korte sagsbehandlings-tid, Nævnets sagkundskab på udbudsområdet og de for klageren gunstige regler om sagsomkostninger ved indbringelse af en sag for Nævnet.¹¹

Klagenævnet har principielt lagt sig fast på først at tage stilling til erstatnings-spørgsmålet efter, at der er taget stilling til realiteten, dvs. efter at Nævnet har forholdt sig til spørgsmålet om, hvorvidt udbudsreglerne er blevet overtrådt. Dette indebærer i praksis, at Klagenævnet normalt først afsiger kendelse om realiteten og

⁸⁾ Sml. med Jesper Fabricius og René Offersen, EU's udbudsregler i praksis, 2002, s. 294, der anfører, at "Der dog også kan argumenteres for, at den ordregivende myndighed som følge af annullationen alene er forpligtet til at foretage en afvejning af kontraktpartens interesse i, at kontrakten fastholdes over for en eventuel klagers interesse i at få tildelt kontrakten."

⁹⁾ Et oplagt eksempel herpå er Klagenævnets kendelse af 16. maj 2000, Dansk Transport og Logistik mod I/S Reno Syd.

¹⁰⁾ Se f.eks. kendelse af 9 oktober 2001, DAPA mod Kolding Kommune, kendelse af 8. november 2001, Friedmann og Søn A/S mod Forskningsministeriet, og kendelse af 2. maj 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told-og Skattestyrelsen, der blev fulgt op af kendelse af 22. november 2001 i relation til erstatningsspørgsmålet.

¹¹⁾ Klagenævnet kan pålægge ordregiveren at godtgøre klagerens sagsomkostninger, men Nævnet har ikke kompetence til at pålægge klager at godtgøre ordregiverens sagsomkostninger.

først ved en efterfølgende og selvstændig kendelse tager stilling til en eventuel erstatningspåstand.

I det første par sager, hvor spørgsmålet om erstatning var aktuelt, fik klager ikke medhold i realiteten. Senere har Nævnet dog tilkendt erstatning i enkelte sager, hvor navnlig Nævnets kendelser af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told-og Skattestyrelsen, og af 3. juli 2002, Judex A/S mod Århus Amt, påkalder sig særlig interesse på grund af de for klagerne favorable erstatningsopgørelser og beviskravene. I den sidstnævnte afgørelse blev klageren tilkendt erstatning for tabt fortjeneste, der skønsmæssigt blev ansat til 2 mio. kr., til trods for at klager *ikke* havde bevist, at man ville have fået ordren, såfremt udbudsreglerne ikke var blevet overtrådt.¹²

Det må forventes, at Klagenævnets tilgangsvinkel til erstatningsproblematikken vil føre til, at overtrædelser af udbudsreglerne i langt højere grad end hidtil vil føre til erstatningssøgsmål.

4. Baggrunden for overtrædelserne

Reguleringen af udbudsområdet er baseret på en grundlæggende antagelse om, at ordregiverne hyppigt tilsigter at diskriminere udenlandske tilbudsgivere. Det er derfor særlig interessant at se nærmere på, om denne antagelse harmonerer med den typiske baggrund for overtrædelserne af EU's udbudsregler i de sager, der har været indbragt for Klagenævnet for Udbud.¹³

4.1. Favorisering

I en række sager er det klart, eller må antages, at ordregiveren tilsigtede at favorisere en bestemt tilbudsgiver, og at ordregiveren som en refleksvirkning heraf har tilsigtet at forskelsbehandle de øvrige deltagere i udbudsproceduren. Ønsket om at favorisere kan skyldes adskillige faktorer, f.eks. kan ordregiveren ønske at favorisere tilbudsgiveren, fordi den pågældende er en lokal virksomhed, fordi den pågældende virksomhed har leveret en identisk eller tilsvarende ydelse tidligere, eller fordi der af andre årsager er et særligt bånd mellem ordregiveren og den pågældende tilbudsgiver. Et sådant bånd kan bl.a. være skabt ved teknisk dialog

¹²⁾ Sagen er efterfølgende blevet indbragt for domstolene.

¹³⁾ Se desuden Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 s. 283 ff. og Poul Thøis Madsen, Grænser for Det Indre Marked, 2001, kapitel 3 om spørgsmålet.

forud for udbudsproceduren mellem ordregiveren og en potentiel tilbudsgiver, jf. herved den tidligere omtale af inhabilitetsproblematikken i afsnit 2.1.

4.2. Udlændingediskrimination

Det er bemærkelsesværdigt, at det tilsyneladende er en absolut undtagelse, at ordregiveren har tilsigtet at diskriminere en bestemt tilbudsgiver, fordi virksomheden ikke er etableret i Danmark, eller fordi virksomheden har tilknytning til en udenlandsk concern.

Udbudsreglene har i øvrigt ikke ført til den forventede eksplosive stigning i antallet af de såkaldte grænseoverskridende bud. Klagenævnspraksis afspejler dette fænomen, da det stik imod forventning stadig er en absolut undtagelse, at klageren er en udenlandsk virksomhed.

4.3. Ønsket om at fremme ordregiverens økonomiske interesser mest muligt

Et meget betydeligt antal af overtrædelser er tilsyneladende motiveret i ordregiverens ønske om at fremme egne økonomiske interesser mest muligt, dvs. i ønsket om at få ydelsen så billigt som muligt og på så gunstige vilkår som overhovedet muligt.¹⁴ En af de mest almindelige overtrædelser af denne art er overtrædelser af forhandlingsforbudet, f.eks. ved tildeling af kontrakten til en tilbudsgiver, hvis tilbud skulle have været afvist som følge af forbehold i relation til udbudsbetingelserne eller ved ulovlig forhandling om væsentlige aftalevilkår i den udbudte kontrakt.

4.4. Manglende omhyggelighed, misforståelser og ringe kendskab til udbudsreglerne

Endelig er der en påfaldende stor gruppe af overtrædelser, der synes at være begrundet i manglende omhyggelighed, misforståelser og ringe kendskab til udbudsreglerne. I denne gruppe af sager må det dog antages, at ordregiverne i flere tilfælde blot har foregivet at have et utilstrækkeligt eller ringe kendskab til regelsættet, og at den reelle begrundelse for overtrædelserne er tilsigtet forskelsbehandling, eller at

¹⁴⁾ I engelsksproget litteratur normalt omtalt som "value for money".

ordregiveren har ønsket at få så vide skønsebeføjelser som muligt for at sikre sig fuld "value for money".

Den inkompetence der af og til åbenbares er ganske imponerende, når man tager i betragtning, at sagerne vedrører kontrakter i millionklassen, og at ordregiverne ofte har modtaget professionel rådgivning i forbindelse med udbudsprocedurens afvikling. Det er absolut bemærkelsesværdigt, at ordregiverne hyppigt har modtaget professionel rådgivning fra højt anerkendte danske virksomheder i disse sager, og at overtrædelserne ofte er grove og vedrører de mest grundlæggende principper.

5. Konklusion

Klagenævnet for Udbud har truffet en lang række afgørelser, der har ført til en klargøring af retstilstanden på udbudsområdet og har gennemgående vægtet hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed højt.

Det må dog også konstateres, at den reelle gennemslagskraft af Nævnets kendelser ikke altid er fuldt ud tilfredsstillende set med klageres øjne. Dette skyldes, at Nævnets kendelser i et betydeligt antal sager ikke påvirker udfaldet af den konkrete udbudsprocedure, hvilket også er tendensen, hvor overtrædelserne af udbudsreglerne er grove og grundlæggende.

Klagenævnets tilgangsvinkel til erstatningsproblematikken får derfor en ganske særlig betydning for den fremtidige retsudvikling, og den seneste praksis fra Nævnet peger klart i retning af en restriktiv tilgangsvinkel over for de ordregivere, der begår grundlæggende overtrædelser af EU's udbudsregler og en for klagerne favorabel erstatningsopgørelse.

Forvridning eller justering af indkomstskattesystemet

af

Kjeld Hemmingsen

Lighed for loven

Indkomstbeskatningen bygger i Danmark på en blanding af ligheds- og skatteevnebetragtninger, der som udgangspunkt forudsætter, at indkomstopgørelsen hviler på ensartede principper. Disse må ikke favorisere enkelte skatteydere, men skal tilstræbe en indkomstopgørelse, der så objektivt som muligt gengiver de økonomiske realiteter, der udtrykker den enkeltes skatteevne.

Det er ud fra ligheds- og skatteevnebetragtninger næsten en selvfølge, at indkomst ved selvstændig erhvervsvirksomhed og lønmodtagervirksomhed slås i hartkorn med bestyrelses honorarer eller mødediæter for deltagelse i velgørende aktiviteter. Om indkomsten er samfundsmæssigt nyttig, om den er særlig hårdt eller let tjent er uden betydning.

Også indkomst ved spil og væddemål og gaveindkomst beskattes som udgangspunkt som almindelig skattepligtig indkomst, hvilket ikke imidlertid udelukker, at gaver mellem nærtbeslægtede kan beskattes lempeligere end anden indkomst. Dette er ikke en forvridning, men en justering af indkomstbegrebet, som støttes på tradition og almindelig retsopfattelse.

Visse indtægter ved spil og væddemål er overført til særlige afgiftslove, hvilket hverken er en justering eller en forvridning af indkomstbegrebet, men alene en praktisk foranstaltning. Kun ved at opkræve skatten ved kilden er det i disse tilfælde muligt at afhjælpe den glemsomhed, som manges skatteyder kunne frygtes at udvise på selvangivelsestidspunktet.

I det omfang den typisk lempeligere beskatning, der er forbundet med inddragelsen under lotterilovgivningen, derimod skyldes et finansministerielt ønske om at opmuntre spillelidenskaben og skaffe yderligere bidrag til statshusholdningen, må man konstatere en forvridning af skattesystemet.

I diskussionen om sort arbejde som social og økonomisk faktor har der været talt om eksistensen af en regulær undergrundsøkonomi, som giver milliardstore gevinster til kontrahenterne og tilsvarende provenutab for staten, og som prisgiver alle principper for lovmæssig indkomstopgørelse og mulighed for beregningen af korrekt momstilsvær. Der er her hverken tale om forvridning eller justering (end ikke som selvjustits), men om tilsidesættelse af reglerne.

Grundlaget for indkomstbeskatningen synes med de nævnte modifikationer klart. Med få undtagelser er alle indkomstformer ligeværdige, og udgiftsfradrag kommer kun på tale, når indkomsterhvervelsen er påviseligt forbundet med omkostninger.

Når der trods dette enkle udgangspunkt alligevel tegner sig et komplekst billede bestående af fuldt skattepligtige, lempeligt beskattede eller helt skattefri indkomster på den ene side og fuldt fradragsberettigede, delvis fradragsberettigede eller slet ikke fradragsberettigede udgifter på den anden, kan det være nyttigt at beskrive og om muligt forklare lovgivers - bevidste eller ubevidste - indhug i indkomstbeskatningens hovedprincipper.

I det følgende skal der knyttes en kommentar til nogle nye regelsæt om fradragsret for udgifter til kunstudsmykning og beskatningen af sundhedsforanstaltninger og andre personalegoder samt til en ny regel om fradragsret for større beløb end den faktiske anskaffelsessummen ved køb af visse driftsaktiver.

Der kan i disse og i mange andre tilfælde være tale om velbegrundede og praktisk nødvendige justeringer af indkomstbegrebet som ovenfor beskrevet, men også om politiske initiativer, som benytter skattelovgivningen som instrument for justeringer med meget ringe eller slet ingen sammenhæng med indkomstopgørelsen. I de sidste tilfælde kan det være hensigtsmæssigt at kalde barnet ved dets rette navn: en forvridning af indkomstskattesystemet.

Kunstudsmykning

Det er et almindeligt princip i driftsomkostningslæren, at der kun kan ske omkostningsfradrag, når de afholdte udgifter repræsenterer et "offer" f.eks. gennem værditab ved erhvervsmæssig benyttelse af driftsaktiver.

Købes der således reproduktioner til ophængning i tandlægens venteværelse, vil der efter omstændighederne kunne gives fradragsret for udgifterne, idet reproduktioner normalt ikke anses for at have blivende værdi. Omvendt har der ikke hidtil været fradragsret ved køb og ophængning af originale værker, idet disse antages at bevare deres værdi trods brugen i virksomheden.

Dette udgangspunkt fastholdes ved en lovrevision i 2002¹ i afskrivningslovens § 2, stk. 3, som bestemmer, at antikviteter og andre aktiver, der efter deres art og anvendelse normalt ikke udsættes for værdiforringelse, ikke kan afskrives - men med den afgørende tilføjelse, at kunstværker dog kan afskrives efter en samtidig nyindsat bestemmelse i lovens § 44 B.

Af sidstnævnte bestemmelse fremgår, at udgifter til kunstnerisk udsmykning, der ophænges eller opstilles i udelukkende erhvervsmæssigt benyttede bygninger bortset fra beboelsesejendomme, kan afskrives efter reglerne i lovens kapitel 2 om driftsmidler og skibe².

Det er således ikke nogen betingelse, at kunstværket værdiforringes under benyttelsen, hvorimod det er en betingelse, at der er tale om førstegangskøb af originale kunstværker, hvilket vil sige køb direkte af kunstneren eller af gallerier eller andre formidlere, der har værkerne i kommission fra kunstneren.

Originale kunstværker er ifølge bemærkningerne til lovforslaget originale billedkunstneriske værker såsom maleri, skulptur, visse, men ikke alle grafiske værker, fotografisk kunst og installationskunst m.v., jf. lov om billedkunst af 21. maj 2001.

Er der tvivl om, hvorvidt en udsmykning overhovedet kan betegnes som kunst, kan Akademirådet anmodes om at vurdere den kunstneriske udsmykning.

Det er en betingelse for fradragsret, at der ikke er tale om en kunstner, der er nærtstående til den skattepligtige. Er det et selskab, der køber kunstværket, er det en betingelse, at selskabet ikke kontrolleres af kunstneren selv eller hans nærtstående.

Hvad lovens tekniske indretning angår, er det tvivlsomt, om skatteministerens erklærede hensigt om forenkling af skattereglerne har fået sit mest overbevisende udtryk her. Der må under alle omstændigheder påregnes et omfattende registrerings- og kontrolarbejde i forbindelse med anskaffelsen af kunstværkerne – herunder kontrollen med førstegangskøbene og spørgsmålet, om der er tale om kunst - og i

¹⁾ Lov nr. 391 af 6. juni 2002.

²⁾ Samtidig udvides i lovens § 44 A afskrivningsretten for udgifter til kunstnerisk udsmykning, der indføres i udelukkende erhvervsmæssigt benyttede bygninger eller disses nære omgivelser.

forbindelse med hele afskrivningsforløbet, der bygger på en særskilt saldoafskrivning. Det har også været nødvendigt at udpensle ganske nøje, hvem der er nærtstående - hvilket heller ikke i dette tilfælde gælder søskende – og endelig kan Akademirådets næppe helt ukomplicerede medvirken tænkes at være mere af teoretisk end praktisk interesse. Om man i øvrigt finder det betryggende, at Akademirådet i påkommende tilfælde alene foretager en vurdering, men ikke træffer bindende afgørelse, er nok en smagssag.

Fra bemærkningerne til lovforslaget skal citeres følgende:

”Formålet med lovforslaget er at udvide afskrivningsretten for kunstnerisk udsmykning³⁾. Hermed forbedres vilkårene for kunstnere, og det gøres mere attraktivt for virksomheder at investere i kunst for herigennem at fremme trivsel og miljø på arbejdspladsen. Ifølge regeringsgrundlaget af 26. november 2001 vil regeringens kulturpolitik bygge på frisind, forskellighed og fællesskab. Det er vigtigt for regeringen at skabe gode vilkår for kunsten og kulturen samtidig med, at befolkningen får adgang til et rigt, varieret og mangfoldigt kulturbud. Kulturpolitikken skal hermed sikre, at alle har lige adgang til den danske kulturarv og til den nyeste kunst. Kunst på arbejdspladsen vil øge befolkningens adgang til den nyeste kunst og kan fremme trivslen for medarbejderne via et godt miljø. Regeringen lægger ligeledes vægt på, at kunstnere får gode vilkår til at udøve deres kunst. Forbedringen af kunstnernes vilkår skal ikke ske gennem større tilskud, men derimod ved at stimulere efterspørgslen efter kunst.”

Som det fremgår heraf, begrundes det nye regelsæt dels med henvisning til regeringens almindelige kulturpolitik, dels med hensynet til miljøet på arbejdspladserne.

Hvad en mulig indvirkningen på arbejdsmiljøet angår, vil påvisningen af sådanne sammenhænge utvivlsomt have relevans i omkostningsdiskussionen.

I det foreliggende tilfælde, hvor fradragsretten for kunstkøb ikke opfylder det i andre sammenhænge uomgængelige krav om værdiforringelse, synes det til gengæld også at være en afgørende forudsætning for fradragsret, at der kan sandsynliggøres en ikke helt ubetydelig effekt på arbejdsmiljøet.

Om noget sådant er muligt, er det vanskeligt at udtale sig om, selvom det eksempelvis kan diskuteres, om ophængningen af et maleri i direktionslokalet er egnet til at forbedre det almindelige arbejdsmiljø i virksomheden mærkbart.

³⁾ samt ifølge samme lovforslag at fritage hæderspriser til kunstnere for beskatning (vedtaget som ligningslovens § 7, litra v).

Med hensyn til lovforslagets henvisning til regeringens almindelige kulturpolitik, må det under en skatteretlig synsvinkel fastslås, at hensyn til en kulturpolitik intet har med den enkelte virksomheds eller skatteydere indkomstopgørelse at gøre, hvis indkomsten skal være udtryk for individuel skatteevne.

Det er muligt, at de nye afskrivningsregler vil øge omsætningen af især etablerede kunstneres værker, og at der kan være et politisk anerkendelsesværdigt motiv for en særbehandling af denne del af kunstverdenen, men af hensyn til befolkningens tillid til indkomstbeskatningens neutralitet er økonomisk støtte til snart det ene, snart det andet gode formål ved hjælp af skattereglerne en farlig vej at betræde.

Personalets helbred og sundhed

Statsskattelovens § 4 fastslår det ovenfor beskrevne hovedprincip, at alle indtægter som udgangspunkt skal beskattes og beskattes ens under samme hat.

Den ensartede beskatning af alle indkomstformer er gennem årene fraveget i adskillige tilfælde, idet eksempelvis personskatteloven sonder mellem personlig indkomst og kapitalindkomst, og begrebet aktieindkomst har set dagens lys. Det er derfor ikke længere således, at alle indkomster beskattes med samme skattesats, men dog således, at indkomstdifferentieringen er sket i lyset af de forskellige indkomstformers særpræg og ikke af hensyn til enkelte virksomheders eller befolkningsgruppers særinteresser.

I forbindelse med skattereformen (Pinsepakken) i 1993 var det væsentligt for skattereformpolitikkerne at slå fast, at der nok var tale om en vis omlægning af skatterne og en udvidelse af skattebasis til at omfatte flere kapitalgevinster end tidligere, men samtidig, at alle skatteydergrupper skulle bidrage til finansieringen af skatteomlægningerne og til sænkningen af marginalskatteprocenten.

For lønmodtagernes vedkommende betød dette blandt andet, at de såkaldte frynsegoder i henhold til en ny bestemmelse i ligningslovens § 16 ikke længere skulle værdiansættes i lyset af den individuelle besparelse i privatforbruget – hvilket ofte var resulteret i værdien nul – men skulle ansættes til markedsprisen for de pågældende ydelser.

I overensstemmelse hermed har adskillige retsafgørelser i de mellemliggende år fastslået, at der blandt de således værdiansatte naturalydelser også befinder sig helbredsforanstaltninger af forskellig art betalt af arbejdsgiveren. Den skattepligtige tilføres – selvom arbejdsgiveren kan have en åbenbar interesse f.eks. i en hurtig operation af den ansatte – et økonomisk gode, som omfattes af statsskattelovens §

4, jf. ligningslovens § 16. Kun hvis der har været tale om forebyggelse eller behandling af arbejdsrelaterede skader, har den modtagne ydelse været skattefri.

Beskatningen af sundhedsydelserne har i den politiske debat været kritiseret, idet det navnlig er gjort gældende, at sociale velfærdsforanstaltninger i stigende grad anses for at harmonere med virksomhedernes overordnede personalepolitik, og at der ikke gennem beskatning af de ansatte bør lægges hindringer i vejen for i hvert fald visse arbejdsgiverbetalte ydelser.

Dette synspunkt resulterede i 1999 i vedtagelsen af ligningslovens § 30, som hjemler skattefrihed for arbejdsgiverbetalt alkoholfavænnning.

Ved lov nr. 389 af 6. juni 2002 udvidedes ligningslovens § 30 således, at skattefriheden skal omfatte ydelser, som afholdes af arbejdsgiveren til behandling af medarbejderen ved sygdom eller ulykke, herunder behandling af psykiske lidelser hos en psykolog eller psykiater, til tilsvarende sygdomsforebyggende behandling, til behandling hos en kiropraktor eller til behandling af medarbejderens misbrug af medicin, alkohol og andre og rusmidler. Rent kosmetiske behandlinger vil ikke være omfattet af skattefriheden.

Det er en betingelse for skattefriheden, at udgiften afholdes som led i arbejdsgiverens generelle personalepolitik for alle virksomhedens medarbejdere. Tilbuddet kan dog begrænses efter generelle kriterier om anciennitet og antal arbejdstimer.

Hvad lovens tekniske indretning angår, synes der ikke at være de samme praktiske vanskeligheder som ved lovgivningen om kunstkøb.

Det væsentligste praktiske spørgsmål har været at fastlægge de krav, der eventuelt kan stilles om lægehenvisninger eller autorisation af behandlerne, men disse forhold er reguleret i lovteksten.

Fra bemærkningerne til lovforslaget skal citeres følgende:

”Lovforslaget har til formål at gøre sundhedsbehandlinger, som arbejdsgiveren betaler for sine medarbejdere, skattefri. Herved sker der en forbedring af den generelle velfærd, og det gøres mere attraktivt for virksomhederne at påtage sig et socialt ansvar. Mange virksomheder vil i dag gerne hjælpe medarbejderne til at fungere bedre på arbejdspladsen eller komme hurtigere tilbage til arbejdspladsen efter en sygdom til fordel for både virksomheden, medarbejderen og det omgivende samfund.”

”Gennemførelsen af forslaget indebærer flere forskellige fordele. For det første får medarbejderen i tilfælde af sygdom en hurtigere behandling, hvilket giver større chancer for et optimalt behandlingsresultat, end det er tilfældet ved selv

en kortere ventetid. En hurtigere behandlingstid medfører desuden, at generne, såvel de fysiske som de psykiske, for medarbejderen og dennes familie, minimeres.

For det andet er det en fordel for arbejdsgiveren, der får mindsket sygefraværet og hurtigere får sine medarbejdere tilbage og således undgår de omkostninger af såvel økonomisk som organisatorisk karakter, der er forbundet med længerevarende personalefravær.

For det tredje vil ordningen have samfundsmæssige fordele, idet der både spares penge til behandlingen af de pågældende, og ventelisterne forkortes til fordel for de grupper i samfundet, der ikke kan betale sig fra en behandling på et privathospital eller ikke har en arbejdsgiver, der vil betale for en sådan behandling. Således vil alle samfundsgrupper have direkte eller indirekte gavn af ordningen. Som følge af den kortere ventetid og sygeperiode vil udgifterne til sygedagpenge være faldende.”

Arbejdsgiverens skattemæssige situation skal ikke kommenteres i nærværende sammenhæng, idet den er uden betydning for medarbejdernes beskatningsforhold og i øvrigt er uændret i forhold til tidligere praksis på området. Personaleudgifter er og har altid været fradragsberettigede som driftsomkostninger.

Hvad medarbejdernes skattefrihed angår, vil det ses, at skattefriheden begrundes med forbedring af den generelle velfærd og bedre mulighed for at fungere bedre eller komme hurtigere tilbage til arbejdspladsen. Medarbejderen kan også opnå større chancer for et optimalt behandlingsresultat og mindre gener på grund af sygdommen.

Som anført i det foregående afsnit om samfundets kulturpolitik må det for den almindelige sundhedspolitik og virksomhedernes personalepolitik gælde, at hensynet til disse forhold har meget lidt eller intet med medarbejdernes skatteevne at gøre. Skattefriheden gælder i realiteten kun bestemte skatteydergrupper og er derfor i strid med skattelovgivningens neutralitetsprincip. Hertil kommer, at lovgivningen er i strid med de almindelige principper for beskatning af personalegoder, således at den – på trods af alle gode hensigter – må betegnes som en forvriddning af skattesystemet.

Andre personaleforhold

For den gode ordens skyld skal det tilføjes, at de ansattes sundhed ikke er det eneste, der har ligget politikerne så meget på sinde, at hensynet til det omgivende skattemæssige landskab negligeres.

Manglende neutralitet kan også konstateres i forhold til arbejdsgiverbetalt undervisning, som ifølge ligningslovens § 3 I kan modtages skattefrit, medens andre skatteydere må afholde uddannelsesudgifter af egen lomme som ikke fradragsberettigede privat- eller anlægsudgifter.

Skattefriheden for indretningen af hjemmearbejdsplads, hjemmePC-ordninger og arbejdsgiverbetalt datakommunikation må derimod accepteres som blotte justeringer af skattebasis, idet der i de fleste tilfælde vil kunne sandsynliggøres en direkte sammenhæng mellem udførelsen af arbejdsopgaverne og de til rådighed stillede faciliteter.

150 pct. fradrag

Hvis man ikke nærede den ovenfor røbede mistillid til, at indkomstbeskatningens regelsæt kun bruges til formål, som har med en korrekt indkomstopgørelse at gøre, ville man afvise, at der kunne give omkostningsfradrag for et beløb, der er større end den afholdte udgift.

Dette sidste er imidlertid muligt, når det drejer sig om udgifter, der afholdes i forbindelse med et samfinansieret forskningsprojekt mellem en erhvervsvirksomhed og en offentlig forskningsinstitution.⁴

I sådanne tilfælde kan der med hjemmel i den i 2002 vedtagne nye bestemmelse i ligningslovens § 8 Q under nærmere angivne betingelser foretages fradrag for et beløb svarende til 50 pct. af de i forvejen fradrags- eller afskrivningsberettigede udgifter, som afholdes i forbindelse med forskningsprojektet.

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget har det været formålet at gøre det mere attraktivt for virksomheder at investere i forskning og udvikling ved at øge fradraget for virksomhedernes udgifter i forbindelse med de omhandlede forskningsprojekter.

Der gøres specielt opmærksom på, at tilvejebringelsen af ny viden er afgørende i en vidensøkonomi, og at forskningen i dansk erhvervsliv skal styrkes for at forbedre virksomhedernes konkurrenceevne. Den nævnte forskning vil ofte være grundforskningsorienteret, hvorfor virksomhedernes risiko for at investeringerne ikke udmøntes i resultater, som virksomhederne umiddelbart kan anvende, er betydelig.

⁴⁾ Se også ligningslovens §§ 8 F og 8 G.

Formålet med lovgivningen er utvivlsomt samfundsmæssigt velbegrundet, men det kunne være nærliggende at spørge, om der da ikke burde gives garantier eller tilskud til projekterne i stedet for at betjene sig af skatteregler, som nærmest virker absurde. Svaret på spørgsmålet er formentlig, at skatteministeren og regeringspartierne har som erklæret målsætning, at tilskud så vidt muligt skal undgås, og de ønskede resultater opnås ved at stimulere markedskræfterne.

Forfatteren skal ikke kommentere dette ideologiske udgangspunkt, men påtager sig gerne at beregne det direkte tilskud – kært barn har jo mange navne – der gives, når en virksomhed har afholdt en udgift på 100 kr., men får et fradrag i den skattepligtige indkomst på 150 kr.

Konklusion

I et højskatteland må man affinde sig med, at man som skatteyder klædes af næsten til skindet, hvis man ønsker at bevare velfærdssamfundet. En accept af denne lidt mistrøstige kendsgerning forudsætter imidlertid, at også naboen optræder under afklædningsscenen.

Der er ovenfor givet eksempler på, hvorledes nogle indkomstområder har fået en særbehandling af lovgiver, som ikke kan støttes på de almindelige beskatningsregler, der gælder på de pågældende områder.

Ser man helt bort fra den gule misundelse, der altid lurar, når nogle opnår fordele, som andre ikke kan få, ligger der bag en sådan udvikling en fare for, at den forbigående ved andre lejligheder tager sig selv til rette og i mere outrerede tilfælde kaster sig ud i arrangementer med sort arbejde eller anden form for skatteunddragelse.

Udviklingen bliver ikke mindre betænkelig ved, at der i flere og flere tilfælde kan konstateres asymmetrier i form af fradragsret hos arbejdsgiveren, men skattefrihed for den ansatte. Et sådant mønster indbyder næsten til bevidst omlægning af skattepligtig lønindkomst til skattefri personalegoder, af hvilke der ud over sundheds-, sports-, kulturelle og uddannelsesarrangementer kan nævnes rejsearrangementer i reklame- eller andet forretningsøjemed af mere formel end reel substans eller kokkebetjente kantiner med et vederlag for de gastronomiske ydelser, der i de mest velrenommerede tilfælde nærmer sig det symbolske.

Sådanne eksempler bidrager til mistilliden til forventningen om lige beskatning af lige forhold og til det erklærede formål om individuel skatteevne som målestok for indkomstbeskatningen.

En appel til skattepolitikkerne om at besinde sig må derfor navnlig indeholde en advarsel mod at misbruge indkomstkattesystemet til reguleringer af samfundsforhold uden påviselig sammenhæng med den indkomstopgørelse, som ligger og venter på selvangivelsestidspunktet.

Det er let at købe sig til sympati hos dem, der nyder godt af de veldædige og næsten altid støtteværdige tiltag, der ligger bag særlovgivningen, men man risikerer at bidrage til indkomstbeskatningens sammenbrud, hvis man ikke er sig bevidst, at der er en afgørende forskel på at justere og forvride indkomstkattesystemet.

Anlægsaktier og fast driftssted

af

Niels Winther-Sørensen

Fast driftssted-princippet har en central betydning for undgåelse af dobbeltbeskatning af erhvervsindkomst. Dette gælder både ved anvendelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og og efter intern dansk skatteret. I dobbeltbeskatningsoverenskomsterne danner fast driftssted-princippet grundlag for fordelingen af beskatningsretten til erhvervsindkomst. I intern dansk skatteret har fast driftssted-princippet bl.a. betydning ved afgrænsningen af den erhvervsindkomst, udenlandske personer og selskaber beskattes af i Danmark i medfør af reglerne om begrænset skattepligt.

Fast driftssted-princippet indeholder to overordnede problemer, nemlig fastlæggelsen af, hvornår der er et fast driftssted, og - såfremt der er et sådant fast driftssted i kildelandet - opgørelsen af det faste driftsstedes indkomst.

Ved opgørelsen af et fast driftsstedes indkomst anvendes som altovervejende hovedregel den direkte metode. Ifølge den direkte metode skal indkomsten opgøres ud fra en fiktion om, at det faste driftssted er et selvstændigt og uafhængigt foretagende. Blandt de mange problemer, der knytter sig til indkomstopgørelsen efter denne fiktion, har spørgsmålet om, hvorvidt anlægsaktier kan henføres til et fast driftssted, påkaldt sig en særlig opmærksomhed i Danmark. I det forløbne år er diskussionen herom blusset op igen på baggrund af Ligningsrådets afgørelse TfS 2002, 15 LR og Told- og Skattestyrelsens meddelelse i TfS 2002, 80 TS. Told- og Skattestyrelsen meddelte i TfS 2002, 80 TS, at praksis fra og med 1. maj 2002 blev ændret, og at anlægsaktier herefter principielt godt vil kunne henføres til et fast driftssted i Danmark. Diskussionen er foreløbigt kulmineret med, at skatteministeren med lovforslag 2002 foreslog L 206 af 22. maj 2002 har foreslået en detaljeret lovgivning om anlægsaktier og fast driftssted.

Der vil i nedenfor blive redegjort for baggrunden for og indholdet af den nyeste diskussion om, hvorvidt anlægsaktier principielt vil kunne henføres til et fast driftssted eller ej.¹ Det vil blive gjort gældende, at fortalerne for det synspunkt, at anlægsaktier aldrig vil kunne henføres til et fast driftssted, fortsat mangler at fremføre en overbevisende argumentation herfor, at Told- og Skattestyrelsens praksisændring alene bringer administrativ praksis i overensstemmelse med lovgivningen og at det i en tid, hvor forenkling af skattesystemet er et højt prioriteret ønske, vil være at skyde langt ved siden af at belaste skattelovgivningen med detaljerede bestemmelser om dette detail-problem.

1. Sondringen næring contra ikke næring

Synspunktet om, at anlægsaktier ikke kan henføres til et fast driftssted bygger - formentligt - på den i dansk skatteret grundlæggende sondring mellem næring og ikke næring. Sondringen mellem næring og ikke næring har været grundlæggende i dansk skatteret siden man med statsskatteloven for snart 100 år siden (i 1903) indførte den generelle indkomstbeskatning i Danmark. ISL § 5 bestemmes, at gevinst og tab ved salg af aktiver kun skal medtages ved indkomstopgørelsen, såfremt de pgl. aktiver er erhvervet som led i spekulation eller næring. Aktieavancebeskatningsloven, som nu regulerer beskatningen af gevinst og tab på aktier, opererer ikke længere med beskatning i tilfælde af spekulation (i stedet opereres der med forskellige regler, alt efter om ejertiden er mindst 3 år eller ej), men særlige regler for aktier erhvervet som led i næring genfindes i aktieavancebeskatningslovens § 3.

Sondringen mellem næring og ikke næring i statsskatteloven har som udgangspunkt alene betydning for beskatningen af kapitalgevinster og -tab, som konstateres ved salg mv. Det løbende afkast fra aktiver er således efter SL § 4 skattepligtigt uafhængigt af, om der er tale om afkast fra næringsaktiver eller ej. Endvidere er sondringen mellem næring og ikke næring heller ikke afgørende for vurderingen af, om der kan foretages skattemæssige afskrivninger på driftsmidler og bygninger, og om udgifter til vedligeholdelse af aktiver.

Indtil ligningsloven fra 1939 (dvs. lang tid før afskrivningsloven fra 1958) var der til illustration heraf ifølge fast praksis ikke hjemmel i SL §§ 4-6 til at beskatte genvundne afskrivninger ved salg af afskrevne driftsmidler og bygninger, som var

¹⁾ Derimod vil spørgsmålet om, hvorvidt anlægsaktier, såfremt de principielt vil kunne henføres til et fast driftssted, også konkret har en sådan tilknytning til driftsstedet, at de skal henføres hertil, ikke blive drøftet. Se herom Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, særligt s. 499 ff.

erhvervet med henblik på at blive anvendt i driften og ikke med henblik på videresalg (dvs. uden for næring og spekulation).

2. Sondringens betydning i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

OECD's modeloverenskomst indeholder i art. 7 og art. 13, stk. 2, bestemmelser om, hvorledes indkomsten fra et fast driftssted skal opgøres til brug for overenskomstlempelsen. Ordlyden af art. 7 og art. 13, stk. 2, indeholder ikke støtte for, at en sontring mellem nærings- og ikke næringsaktiver skulle være afgørende. Heller ikke kommentarerne til OECD's modeloverenskomst indeholder belæg for en sådan påstand. Tværtimod er det i OECD's kommentarer til både art. 7 og art. 14 klart forudsat, at både afskrivninger og kapitalgevinster, herunder genvundne afskrivninger, på aktiver, som ikke er erhvervet med henblik på videresalg, kan henføres til et fast driftssted.²

Heller ikke bestemmelserne om udbytte, renter og royalties i art. 10-12 taler for, at en sontring mellem næring og ikke-næring skulle være afgørende for, om de pågældende indtægter skulle kunne henføres til et fast driftssted eller ej. Tværtimod indeholder de nævnte bestemmelser i art. 10, stk. 4, art. 11, stk. 4, og art. 12, stk. 3, et driftsstedsforbehold, hvorefter udbytte, renter og royalties skal medtages ved opgørelsen af det faste driftssteds indkomst, hvis der er en direkte forbindelse hertil. Hverken ordlyden af art. 10-12 eller OECD's kommentarer hertil knytter nogen retsvirkninger til, endsize nævner sontringen mellem næring og ikke næring.

Heller ikke i udenlandsk teori eller retspraksis synes sontringen mellem næring og ikke næring at have været tillagt en sådan betydning, at anlægsaktiver, herunder anlægsaktier, allerede på grund af deres anlægskarakter ikke vil kunne henføres til et fast driftssted.

Det synes på denne baggrund at være overordentligt vanskeligt at argumentere for, at anlægsaktiver, herunder anlægsaktier, allerede på grund af deres anlægskarakter vil skulle udeholdes fra indkomstopgørelsen for et fast driftssted, når driftsstedsindkomsten skal opgøres i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Hidtil synes dette da heller ikke at være blevet bestridt i dansk teori, som i relation til diskussionen om, hvorvidt anlægsaktier kan henføres til et fast driftssted eller ej, alene har refereret til opgørelsen efter reglerne om begrænset skattepligt i intern dansk skatteret.

²⁾ Jf. bl.a. OECD's kommentarer (2000-versionen) til art. 7, punkt 15 f., og til art. 13, punkt 10 og punkt 24 ff.

3. Sondringens betydning i intern dansk skatteret

Vedrørende diskussionen i intern dansk skatteret skal det først konstateres, at diskussionen som nævnt alene har vedrørt indkomstopgørelsen for begrænset skattepligtige, men derimod ikke opgørelsen for fuldt skattepligtige (hvilken opgørelse bl.a. har betydning for lempelse efter LL § 33).

I forhold til reglerne om begrænset skattepligt gjorde Thøger Nielsen i Indkomstbeskatning II fra 1972 gældende, at udbytte ikke ville kunne henføres til et fast driftssted efter KSL § 2 og SEL § 2. Argumentationen herfor byggede imidlertid ikke på sondringen mellem næring og ikke næring, men derimod på, at de særlige bestemmelser om begrænset skattepligt for udbytte (nu KSL § 2, stk. 1, nu litra f, og SEL § 2, stk. 1, litra c) af Thøger Nielsen blev anset for at være udtømmende og antageligt ikke tillod sammenlægning af udbyttet med indkomsten fra et fast driftssted.³

Det var kun udbytte, som efter Thøger Nielsens opfattelse ikke kunne sammenlægges 30. oktober 2002 med indkomsten fra et fast driftssted. Derimod kunne aktieavancer efter hans opfattelse godt medtages i indkomstopgørelsen for det faste driftssted. I sin anmeldelse af Indkomstbeskatning II kritiserede Peter Dyhr, at Thøger Nielsen ikke havde ført synspunktet videre til også at omfatte aktieavancer. Dette var ifølge Peter Dyhr påkrævet som følge af henvisningen i den dagældende lov om særlig indkomstskats § 10 til KSL § 2, stk. 1, litra c og d (nu: litra d og e).⁴

Hverken Thøger Nielsen eller Peter Dyhr anvendte således sondringen mellem næring og ikke næring som begrundelse for synspunktet om, at udbytte, henholdsvis udbytte og aktieavancer, ikke kunne medtages ved opgørelsen af et fast driftssteds indkomst. Det centrale i deres argumentation var derimod, at de særlige regler om begrænset skattepligt for udbytte (nu KSL § 2, stk. 1, litra f, og SEL § 2, stk. 1, litra c) udtømmende gør op med beskatningen af udbytte.⁵ Det skal bemærkes, at ganske vist omfattede lov om særlig indkomstskat, herunder også § 10, ikke næring (eller spekulation), men der er ingen holdepunkter for at antage, at bestemmelsen om

³ Jf. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 412.

⁴ Jf. Peter Dyhr i U 1974 B 46, særligt s. 50, med kritik af Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, s. 421.

⁵ Se for en argumentation imod, at der skulle være tilsigtet en sådan sammenhæng mellem bestemmelserne om begrænset skattepligt for udbytte og begrænset skattepligt for et fast driftssted Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 370 ff.

udbytte i (nu:) KSL § 2, stk. 1, litra f, og SEL § 2, stk. 1, litra c, ikke skulle omfatte udbytte fra både nærings- og anlægsaktier.

At sondringen mellem næring og ikke næring skulle være afgørende, blev så vidt ses først fremført i afgørelsen TfS 1988,274 SKM, hvori Skattedepartementet udtalte, at bestemmelsen i ABL § 13a, stk. 2, om, at der ikke indtræder fraflytningsbeskatning af aktieavancer, hvis aktierne efter fraflytningen kan henføres til et fast driftssted i Danmark, kun omfatter næringsaktier. I teorien blev sondringen mellem næringsaktier og ikke næringsaktier anset for afgørende af Aage Michelsen, hvilket synspunkt siden fik tilslutning fra Jan Pedersen.⁶ I cirkulæret til aktieavancebeskatningsloven fra 1994 blev det i overensstemmelse hermed anført, at personer og selskaber, som ikke var fuldt skattepligtige her til landet, ikke var omfattet af aktieavancebeskatningsloven, med mindre der var tale om næringsaktier knyttet til et fast driftssted her i landet.⁷

Heroverfor stod udtalelser i teorien fra Preben Underbjerg Poulsen og Søren Rasmussen, Jens Olav Engholm Jacobsen og Niels Winther-Sørensen, som alle gjorde gældende, at der ikke var grundlag for generelt at afskære anlægsaktier fra at blive medtaget ved opgørelsen af et fast driftssteds indkomst.⁸

4. Ligningsrådets venture-afgørelse

Spørgsmålet om, hvorvidt anlægsaktier kan henføres til et fast driftssted eller ej, blussede op igen i kølvandet på Ligningsrådets afgørelse fra 23. oktober 2001, jf. TfS 2002,15 LR.

⁶⁾ Jf. Aage Michelsen: International skatteret, 1995 (1. udg.), s. 174, 2. udgave, s. 215 og s. 275, og Jan Pedersen i Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl.: Skatteretten 1, 2. udg., 1995, s. 609; 3. udg., s. 683; samme: Transfer Pricing, 1998, s. 12. Udtalelsen fra Jan Pedersen i Skatteretten 1, 3. udg., s. 506, synes dog ikke at være i fuld overensstemmelse med synspunktet om, at alene næringsaktier vil kunne henføres til et fast driftssted.

⁷⁾ Jf. cirkulære nr. 137 af 19. juli 1994 til aktieavancebeskatningsloven, punkt 2.2.

⁸⁾ Jf. Preben Underbjerg Poulsen og Søren Rasmussen: Aktieavancebeskatning, 1995, s. 140 ff.; Jens Olav Engholm Jacobsen: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 127, og Niels Winther-Sørensen i Jens Olav Engholm Jacobsen: Skatteretten 3, 2. udg., 1995, s. 162 ff., 3. udg., s. 166 f; samme: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 308-336 (og s. 370-376 vedrørende bl.a. den af Thøger Nielsen og Peter Dyhr fremførte argumentation). Aage Michelsen og Jan Pedersen var begge officielle opponenter ved forsvaret af sidstnævnte afhandling, jf. anmeldelserne af Aage Michelsen i SU 2001, 181, (se særligt s. 316, om anlægsaktier og fast driftssted) og Jan Pedersen i U 2000 B, 510.

Afgørelsen vedrørte nogle udenlandske, primært amerikanske, investorer, som gennem deltagelse som kommanditister i et dansk stiftet kommanditselskab, K/S A, ønskede at investere i danske biotekselskaber. Der forventedes at blive tale om investeringer på i alt 10-50 mio. kr. i ca. 10 selskaber. Der opereredes med en tidshorizont på op til 5 år for hver investering, og medio 2011 forventedes kommanditselskabet at have afviklet sine investeringer. Kommanditselskabet skulle have en aktiv aktionærrolle i selskaberne, men kommanditselskabet skulle ikke have egne ansatte eller have retlig eller faktisk råden over forretningslokaler i Danmark. Bestyrelsesmøder og generalforsamlinger ville således blive afholdt på forskellige lokaliteter i Danmark. Komplementar i kommanditselskabet skulle være det danske anpartsselskab B ApS. Heller ikke dette selskab skulle have retlig eller faktisk rådighed over forretningslokaler i Danmark, og administrative rutinefunktioner som bogføring og regnskab ville blive outsourcet til den danske investeringsrådgiver.

De primært amerikanske investorer (kommanditister) i kommanditselskabet ville med anmodningen om bindende forhåndsbesked have afklaret, om de blev omfattet af begrænset skattepligt til Danmark og i givet fald, om Danmark i medfør af den dansk-amerikanske overenskomst var afskåret fra at beskatte.

Ligningsrådet gav investorerne det ønskede svar med følgende præmisser:

“Henset til, at K/S A alene har til formål at erhverve anlægsaktier, kan den udøvede aktivitet ikke anses for at opfylde betingelsen om, at der skal udøves erhverv fra et fast driftssted her i landet. De udenlandske investorer i K/S A vil således ikke være omfattet af begrænset skattepligt efter bestemmelserne i kildeskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, og det er derfor ikke nødvendigt for besvarelsen af det stillede spørgsmål at tage særskilt stilling til, om anlægsaktier principielt vil kunne henføres til et fast driftssted i Danmark eller ej.”

Ligningsrådet tog alene stilling til intern dansk skatteret, men ikke til indholdet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA. Dette er i overensstemmelse med princippet om den gyldne regel, hvorefter en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke i sig selv medfører beskatning, når der ikke i intern dansk skatteret findes hjemmel hertil.

Som det ses af afgørelsen lagde Ligningsrådet indledningsvis til grund, at der i sagen ville være tale om investering i anlægsaktier, dvs. ikke næringsaktier. På tidspunktet for sagens afgørelse havde Landsskatteretten endnu ikke afsagt kendelse i sagen TfS 2002, 605 LSR. I lyset af, at Landsskatteretten i denne kendelse

nåede frem til, at der *ikke* var tale om køb og salg af aktier som led i næring, må Ligningsrådets vurdering af, at kommanditselskabet alene foretog investering i anlægsaktiver, anses for utvivlsomt korrekt.⁹

Ved formuleringen af spørgsmålene vedr. begrænset skattepligt havde investorenes repræsentant for det første (i spørgsmål 1) gjort gældende, at begrænset skattepligt var udelukket, fordi investorerne ikke "udøver et erhverv". For det andet havde repræsentanten (i spørgsmål 3) gjort gældende, at betingelsen om "fast driftssted" ikke opfyldt.

Som det fremgår af præmisserne, foretog Ligningsrådet i sin besvarelse af spørgsmålene ikke en sådan sondring. Rådet nøjedes med at fastslå, at betingelsen for begrænset skattepligt i medfør af KSL § 2, stk. 1, litra d, og SEL § 2, stk. 1, litra a, om, at der skal udøves erhverv fra et fast driftssted her i landet, ikke er opfyldt i en situation, hvor aktiviteten i Danmark alene består i at erhverve anlægsaktier.

Det er min vurdering, at betingelsen om fast driftssted ikke var opfyldt i den konkrete sag, og at det derfor alene ville have teoretisk interesse at diskutere, om at de amerikanske investorer udøvede et erhverv eller ej.¹⁰

Repræsentanten havde ikke ved formuleringen af spørgsmålene bedt Ligningsrådet om at tage stilling til, om anlægsaktierne ville kunne henføres til et fast driftssted, såfremt betingelserne herfor havde været opfyldt. Ved formuleringen af spørgsmål 1 havde repræsentanten imidlertid som nævnt gjort gældende, at begrænset skattepligt efter KSL § 2, stk. 1, litra d, og SEL § 2, stk. 1, litra a, var udelukket, fordi investorerne ikke ville udøve erhverv. Repræsentanten havde bl.a. henvist til udtalelser fra Jan Pedersen og Aage Michelsen,¹¹ hvor særligt udtalelsen fra Aage Michelsen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt anlægsaktier vil kunne henføres til et fast driftssted, når betingelserne for fast driftssted af andre årsager er opfyldt.

Med tilføjelsen: "og det er derfor ikke nødvendigt for besvarelsen af det stillede spørgsmål at tage særskilt stilling til, om anlægsaktier principielt vil kunne henføres

⁹⁾ Søren Rasmussen og Claus Kirkeby Olsen, der repræsenterede selskabet i TfS 2002, 605 LSR, har kommenteret kendelsen i SR-Skat 2002,208, og har i artiklen s. 211 også kommenteret Ligningsrådets afgørelse i TfS 2002, 15 LR.

¹⁰⁾ Jf. i overensstemmelse hermed Aage Michelsen i RR 2002, SM s. 2, særligt s. 5.

¹¹⁾ Jf. Jan Pedersen i Skatteretten 1, 3. udg., s. 506 (i det offentliggjorte referat, TfS 2002, 15 LR, er det fejlagtigt angivet, at udtalelsen findes i Skatteretten 2, s. 506), og Aage Michelsen i International skatteret, 2. udg., s. 215.

til et fast driftssted i Danmark eller ej" ønskede Ligningsrådet at præcisere, at Rådet *ikke* tog stilling til, hvorvidt anlægsaktier principielt vil kunne henføres til et fast driftssted eller ej.

I en kommentar til afgørelsen har Søren Jesper Hansen i SU 2002, 2 (s. 11) udtalt, at den nævnte udtalelse tyder på, at Ligningsrådet har åbnet mulighed for, at kapitalgevinster ved salg af anlægsaktiver, herunder aktier, i nogle tilfælde kan allokere til et fast driftssted her i landet. Dette var som nævnt ikke Ligningsrådets hensigt.

Aage Michelsen har i sin kommentar til afgørelsen i RR 2002 SM, s. 2, særligt s. 5, udtalt, at det - henset til at der ikke gælder nogen dispositionsmaksime for Ligningsrådet som en administrativ myndighed - måske havde været rimeligt, om Ligningsrådet havde taget stilling til "...det i sagen mest interessante og mest relevante spørgsmål, om der overhovedet kan blive tale om, at anlægsaktier kan henføres til et fast driftssted." Ifølge Aage Michelsen kunne der ikke være tvivl om, at svaret herpå burde være, at anlægsaktier ikke kan henføres til et fast driftssted.

Heroverfor har Birgitte Tabbert og Otto Johnsen i TfS 2002, 473, som kritiserer sidste punktum i Ligningsrådets afgørelse og Told- og Skattestyrelsens efterfølgende meddelelse, jf. herom nedenfor, for at skabe usikkerhed for venture-investeringer, men se hertil Ria Falk og Ole Bjørn i TfS 2002, 425.

5. Told- og Skattestyrelsens meddelelse om praksisændring

Med meddelelse af 9. januar 2002, jf. TfS 2002, 80 TS, tog Told- og Skattestyrelsen stilling til det spørgsmål, Aage Michelsen gerne havde set Ligningsrådet besvare. I meddelelsen anførte Told- og Skattestyrelsen, at det ved fastlæggelsen af aktieavancebeskatningslovens anvendelsesområde hidtil, i overensstemmelse med Departementets udtalelse i TfS 1988, 276, havde været antaget, at loven i medfør af KSL § 2, stk. 1, litra d, og SEL § 2, stk. 1, litra a, alene fandt anvendelse på næringsaktier knyttet til erhvervsvirksomhed med fast driftssted her i landet. Med virkning fra 1. maj 2002 ændredes praksis, således at også ikke-næringsaktier med den fornødne tilknytning til en erhvervsvirksomhed med fast driftssted her i landet vil statuere begrænset skattepligt med den virkning, at aktierne omfattes af aktieavancebeskatningsloven.

I Told- og Skattestyrelsens meddelelse omtales alene spørgsmålet om, hvorvidt aktieavancer og -tab i henhold til aktieavancebeskatningsloven kan henføres til et fast driftssted i Danmark. I meddelelsen udtales det ikke, om udbytte vil kunne

henføres til et fast driftssted i Danmark, jf. herved ovenfor om Thøger Nielsens synspunkt om, at KSL § 2, stk. 1, litra f, og SEL § 2, stk. 1, litra c, udtømmende gør op med den begrænsede skattepligt for udbytte. Da man ikke i administrativ praksis har støttet det af Thøger Nielsen hævdede synspunkt (som formentligt både omfatter udbytte fra anlægsaktier og udbytte fra næringsaktier), skal styrelsens meddelelse næppe ses som udtryk for, at man har forestillet sig, at udbytte skal behandles anderledes end aktieavancer og -tab.¹²

Årsagen til, at praksisændringen først skulle have virkning fra 1. maj 2002, var, at den i nogle tilfælde ville være bebyrdende. At det imidlertid også vil kunne være til fordel for skatteydere, at aktier kan henføres til et fast driftssted, har Aage Michelsen i den ovennævnte artikel RR 2002 SM, s. 2, særligt s. 3-4, redegjort for med særlig henvisning til, at dansk skattepligt for erhververen i forskellige sammenhænge er en forudsætning for skattemæssig succession.

Told- og Skattestyrelsens meddelelse om praksisændring har fået støtte af Søren Jesper Hansen i SU 2002, 2, særligt s. 10-11; Ole Bjørn og Ria Falk i TfS 2002,425, særligt s. 1520, og Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2002/03, s. 154.

I en artikel i Dagbladet Børsen af 18/2 2002 og i TfS 2002,473 blev praksisændringen imidlertid kritiseret af Birgitte Tabbert og Otto Johnsen, som samtidigt stillede spørgsmål ved, om en praksisskærpelse ikke burde være omfattet af det politiske skattestop (hvorimod forfatterne ikke udtaler sig direkte om, hvorvidt praksisændringen er i strid med loven). Ole Bjørn og Ria Falk har i TfS 2002, 425, særligt s. 1520, med rette gjort rede for, at det vil være udtryk for en misforståelse at hævde, at et skattestop skulle forhindre de administrative myndigheder og domstolene fra at fortolke, hvad der er gældende ret i henhold til eksisterende lovgivning. Man kan også formulere det således, at der alene er tale om et politisk skattestop - ikke et retligt skattestop.

Dette forhindrer naturligvis ikke, at Folketinget med en lovændring vælger at praktisere det politiske skattestop således, at enhver ændring af fortolkningen hos de administrative myndigheder, som *kan* indebære en skærpelse i forhold til en eller flere skatteydere, skal følges op af en lovændring.

¹²⁾ Jf. således - forudsætningsvis - også Søren Jesper Hansen i SU 2002, 2, særligt s. 11, og Ole Bjørn og Ria Falk i TfS 2002, 425, særligt s. 1520, begge artikler med henvisning til, at der herved kan opstå et diskriminations-problem vedr. bestemmelsen i SEL § 13, stk. 1, nr. 2, om skattefrihed for datterselskabsudbytte (hvorved det forudsættes, at udbyttet skal medtages ved opgørelsen af det faste driftssteds indkomst).

6. Skatteministerens lovforslag

Der har tilsyneladende været et politisk ønske fra regeringens side om at lovregulere spørgsmålet om, hvorvidt anlægsaktier kan henføres til et fast driftssted. I lovforslag L 206 om forbedring af vilkårene for medarbejderaktieordninger blev det nemlig i § 8 foreslået, at tilføje følgende efter 5. punktum af KSL § 2, stk. 1, litra d:

“Skattepligten omfatter alene fortjeneste, tab og udbytte på aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3 opgjort efter reglerne for skattepligtige omfattet af § 1. Såfremt den skattepligtige bliver skattepligtig efter denne bestemmelse i forbindelse med ophør af skattepligt efter § 1 eller efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, Grønland eller Færøerne, kan den skattepligtige vælge fortsat at være skattepligtig af fortjeneste, tab og udbytte opgjort efter reglerne for skattepligtige omfattet af § 1 af aktier i selskaber m.v., hvis formål det er at fremme aktionærenes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde som led i den skattepligtiges erhvervsmæssige virksomhed her i landet. Tilsvarende gælder, hvis den skattepligtige modtager sådanne aktier efter aktieavancebeskatningslovens § 11 samt dødsboskattelovens §§ 36 - 38.”

En bestemmelse med samme formål blev samtidigt foreslået indsat i SEL § 2, stk. 1, litra a, som erstatning for det nuværende 6. punktum:

“Skattepligten omfatter endvidere fortjeneste eller tab ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af formuegoder, der er knyttet til en sådan virksomhed. Skattepligten omfatter alene fortjeneste, tab og udbytte på aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3 opgjort efter reglerne for skattepligtige omfattet af § 1. Såfremt den skattepligtige bliver skattepligtig efter denne bestemmelse i forbindelse med ophør af skattepligt efter § 1 eller efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, Grønland eller Færøerne, kan den skattepligtige vælge fortsat at være skattepligtig af fortjeneste, tab og udbytte opgjort efter reglerne for skattepligtige omfattet af § 1 af aktier i selskaber m.v., hvis formål det er at fremme aktionærenes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde som led i den skattepligtiges erhvervsmæssige virksomhed her i landet. Tilsvarende gælder, hvis den skattepligtige modtager sådanne aktier m.v. som led i en fusion, spaltning eller tilførsel af aktiver m.v. efter fusionsskatteloven,”

I bemærkningerne til lovforslaget har skatteministeren bl.a. om formålet anført:¹³

“Formålet med denne del af lovforslaget er at skabe en afklaring ved at lovfæste tidligere praksis, uden at der derved skabes skærpelser i forhold til den nuværende praksis. Lovforslaget sikrer samtidigt forenelighed med EU-retten ved, at de faste driftssteder ikke beskattes af gevinst og tab på aktier og udbytter i situationer, hvor der ikke ville være sket beskatning af fuldt skattepligtige personer eller selskaber. Et fast driftssted ejet af et udenlandsk selskab vil således være skattefri ved en afståelse af ikke-næringsaktier ejet i mere end tre år. Ligeledes vil et begrænset skattepligtigt selskab med fast driftssted her i landet - ligesom fuldt skattepligtige - kunne modtage skattefrie udbytter, hvis mindst 20 pct. af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab er tilknyttet det faste driftssted.”

Lovforslaget blev fremsat vel vidende, at det ville bortfalde i forbindelse med Folketingets sommerferie, men i regeringens lovkatalog af 3. oktober 2002 er det anført, at lovforslaget vil blive genfremsat i november 2002, dog uden at det eksplicit er angivet, at også bestemmelserne om anlægsaktier og fast driftssted vil blive genfremsat uændret.

Forslaget om tilføjelserne til KSL § 2, stk. 1, litra d, og SEL § 2, stk. 1, litra a, rejser en række detail-spørgsmål, som man bør afklare inden en evt. vedtagelse heraf. Det centrale er imidlertid, at det er at skyde langt over målet i detaljer at regulere, hvorvidt anlægsaktier kan henføres til et fast driftssted.¹⁴ I så fald burde man vel også lovregulere, hvorvidt andre aktiver, som er erhvervet uden for næring, skal kunne henføres et fast driftssted, og samtidigt hermed regulere, hvorvidt dette i givet fald både omfatter løbende indtægter og udgifter og kapitalgevinster og -tab.

Ønsket om en enkel skattelovgivning er ofte fremført i den politiske debat. Med udgivelsen af Skatteministeriets handlingsplan for forenklinger af 27. august 2002 har regeringen gjort forenkling af skattesystemet til en af sine mærkesager. De foreslåede tilføjelser til KSL § 2, stk. 1, litra d, og SEL § 2, stk. 1, litra a, er udtryk for et eftertrykeligt skridt i den modsatte retning, specielt da tilføjelserne trods af længden kun omhandler en lille del af de problemer, der knytter sig til indkomst-opgørelsen for et fast driftssted. Hertil kommer, at man ikke ved opgørelsen af driftsstandsindkomsten efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne vil kunne nægte en skatteyder at henføre aktietab på anlægsaktier til et fast driftssted i Danmark, såfremt de pgl. aktier har den fornødne tilknytning til det faste driftssted, jf. ovenfor afsnit 2.

¹³⁾ Jf. skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 206 af 22. maj 2002, Alm. del, punkt 3.2.

¹⁴⁾ Se anderledes Birgitte Tabbert og Otto Johnsen i TfS 2002, 473.

Den omstændighed, at SEL § 13 og ABL § 4, stk. 6, ikke efter ordlyden omfatter begrænset skattepligtige, kan - som korrekt anført i bemærkningerne - indebære et brud på Danmarks EU-retlige forpligtelser. For så vidt angår SEL § 13, stk. 1, nr. 2, som også omfatter næringsaktier, er dette EU-retlige problem imidlertid ikke opstået ved, at Told- og Skattestyrelsen har ændret praksis, og det vil under alle omstændigheder være enklere at udvide ordlyden af bestemmelserne i ABL § 4 og SEL § 13 til også at omfatte begrænset skattepligtige.¹⁵

Spørgsmålet om, hvorvidt anlægsaktier principielt vil kunne henføres til et fast driftssted, er som ovenfor nævnt ikke et spørgsmål, der bør lovgives specifikt om. Der er tale om et detail-problem vedr. indkomstopgørelsen for et fast driftssted, som lovgiver med god samvittighed kan overlade til praksis (og i sidste instans domstolene) at finde en afklaring på.

7. Afsluttende bemærkninger om gældende ret

Aage Michelsen har i RR 2002, SM 2, særligt s. 4 anført: "Den herskende opfattelse i den skatteretlige teori er, at anlægsaktier ikke kan anses for erhvervsaktiver, hvorfor de omhandlede bestemmelser ikke kan finde anvendelse på en sådan situation." Dette udsagn er næppe (i hvert fald næppe længere) korrekt. Til støtte for det, der kaldes *den herskende opfattelse* henviser Aage Michelsen (note 9) ud over til sig selv til Thøger Nielsen, Peter Dyhr og Jan Pedersen. Af disse har Thøger Nielsen og Peter Dyhr, som anført ovenfor i afsnit 3, imidlertid *ikke* støttet Aage Michelsens synspunkt. I samme note 9 anføres det loyalt, at den modsatte opfattelse er blevet gjort gældende af Preben Underbjerg Poulsen og Søren Rasmussen, Jens Olav Engholm Jacobsen og Niels Winther-Sørensen. Efter Aage Michelsens artikel og Told- og Skattestyrelsens praksisændring har denne modsatte opfattelse endvidere fundet støtte hos Søren Jesper Hansen og hos Ria Falk og Ole Bjørn, mens Aage Michelsens synspunkt (måske) er blevet støttet af Birgitte Tabbert og Otto Johnsen.¹⁶

Told- og Skattestyrelsen har med TfS 2002, 80 TS ændret praksis med virkning fra 1. maj 2002, således at anlægsaktier med den fornødne tilknytning til et fast

¹⁵⁾ Hertil kommer, at der med vedtagelse af lovforslaget bl.a. vil kunne opstå et EU-retligt problem vedr. begrænset skattepligtige fysiske personer, som konstaterer tab på aktier ejt mindst 3 år, når det pgl. aktier er knyttet til et fast driftssted i Danmark.

¹⁶⁾ Som nævnt ovenfor i afsnit 5 udtaler Birgitte Tabbert og Otto Johnsen sig ikke direkte om, hvorvidt Told- og Skattestyrelsens praksisændring er i strid med loven.

driftssted i Danmark, vil være omfattet af den begrænsede skattepligt i medfør af KSL § 2, stk 1, litra d, eller SEL § 2, stk. 1, litra a.

Aage Michelsen, Jan Pedersen og (måske) Birgitte Tabbert og Otto Johnsen er af den opfattelse, at der ikke er hjemmel til at henføre anlægsaktier til et fast driftssted efter reglerne om begrænset skattepligt. Synspunktet om, at anlægsaktier ikke kan henføres til et fast driftssted bygger - formentligt - på den i dansk skatteret grundlæggende sondring mellem næring og ikke næring. Hos de pgl. forfattere savner man imidlertid en forklaring på, hvorfor der skal sættes lighedstegn mellem udøvelse af næring og udøvelse af erhverv (fra et fast driftssted), og hvorfor indtægter og udgifter knyttet til andre anlægsaktiver (f.eks. fordringer og driftsmidler), så skal henføres til et fast driftssted.¹⁷ Endvidere savner man en forklaring på, hvorfor lovgiver netop på dette punkt skulle have tilsigtet en anden løsning end den, der gælder ved opgørelsen af driftsstedetsindkomsten i henhold til OECD's modeloverenskomst.¹⁸

¹⁷⁾ Jf. ligeledes Søren Jesper Hansen i SU 2002, 2, særligt s. 11.

¹⁸⁾ Jf. om betydningen af sondringen mellem næring og ikke næring i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne ovenfor afsnit 2, og om betydningen af OECD's modeloverenskomst med kommentarer for intern dansk skatteret Niels Winther-Sørensen: *Beskatning af international erhvervsindkomst*, s. 302 ff.

Noget om retroaktiv virkning inden for forbrugerretten

af

Peter Møgelvang-Hansen

Det er et almindeligt retssikkerhedsprincip, at der ikke bør lovgives med tilbagevirkende kraft, hvis dette medfører, at der gribes ind i private interesser. Selv om princippet primært er udformet med henblik på strafferegler¹ og offentligretlige indgreb², er det i det hele et centralt retspolitisk princip.

Set fra de umiddelbart berørte borgeres synsvinkel indebærer lovindgreb med tilbagevirkende kraft, at dispositioner, der er foretaget i tillid til den på handlingstidspunktet gældende retstilstand, på et senere tidspunkt viser sig at have hvilet på en tillid, som der ikke var basis for.

Set i et fremadrettet, generelt perspektiv er retroaktivt virkende lovgivning ensbetydende med, at lovgivningsmagten så at sige skyder sig selv i foden, idet det selv-sagt skader lovgivningens almindelige handlingsdirigerende effekt, hvis de berørte er nødsaget til at kalkulere med, at spillereglerne på disponeringstidspunktet i en nærmere eller fjernere fremtid kan vise sig at være anderledes, end man (og alle andre) da regnede med.

De principielle betænkeligheder vejede dog ikke tungt ved købelovsændringen ved lov 213/2002, der er et frisk eksempel på retroaktivt virkende forbrugerretlig lovgivning.³ Loven, der bl.a. udvidede den absolutte reklamationsfrist angående

¹⁾ Jf. Den Europæisk Menneskerettighedskonventions art. 7

²⁾ Se herved *Louise Nan Rasmussen og Søren Schønberg*: EU-menneskeret (1993) s. 65 ff., *Hjalte Rasmussen*: EU-ret i kontekst (3. udg. 1998) s. 293 ff. og *Ruth Nielsen*: EU-ret (3. rev. udg. 2002) s. 50 f.

³⁾ Et mindretal i Folketingets Retsudvalg var dog af en anden opfattelse og foreslog, at lovens virknings- og ikrafttrædelsestidspunkt skulle være sammenfaldende, jf. Retsudvalgets

mangler fra 1 til 2 år, trådte i kraft dagen efter bekendtgørelsen i Lovtidende, dvs. 24/4/2002, men havde virkning for køb indgået 1/1/2002 eller senere. Formålet med ændringsloven var at gennemføre direktivet om visse aspekter af forbruger køb og garantier i forbindelse hermed (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 99/44/EF). Den retroaktive effekt blev i bemærkningerne til lovforslaget begrundet med, at erhvervslivet allerede i efteråret 2001 var bekendt med og havde taget initiativer med henblik på at indrette sig på, at salg af varer efter 1/1/2002 skulle foregå efter de ændrede regler, og at den retroaktive virkning var nødvendig for overholde direktivets gennemførelsesfrist.⁴ Vigtigheden af, at denne frist blev overholdt, må bl.a. ses i lyset af, at den danske stat i givet fald kunne risikere at ifalde erstatningsansvar over for forbrugere, hvis mangelskrav ville være afskåret efter den tidlige 1 års frist, men ikke efter den direktivdikterede 2 års frist.⁵

Synspunkter svarende til dem, der taler mod lovændringer med tilbagevirkende kraft, kan gøre sig gældende ved ændringer i retspraksis. Når det drejer sig om retspraksis, kan det imidlertid ofte være svært at fastslå, hvorvidt der foreligger en "ændring" af retstilstanden til forskel fra en "konstatering" af denne.⁶

Er der spørgsmål om idømmelse af straf, bevirker bl.a. straffelovens § 84, stk. 1, nr. 3, og stk. 2, om strafnedsættelse og -bortfald ved undskyldelige retsvildfarelser, at afgrænsningen mellem ændring og konstatering ikke altid behøver at få stor praktisk betydning.

Det stiller sig anderledes, når det drejer om principielle retsspørgsmål af betydning for fx. fortolkningen eller gyldigheden af aftaler mv. I disse tilfælde er det ikke muligt at reducere den reelle betydning af forskellen på ændring og konstatering på samme måde som i straffesagerne, bl.a. fordi hensyntagen til den ene parts inte-

betænkning af 21/2/2002 over FT 2001-02 (2. samling) lovforslag 9.

⁴⁾ Jf. FT 2001-02 (2. samling) lovforslag 9 fremsat 5/12/2001. Lovforslaget var en genfremsættelse af FT 2001-02, lovforslag 26, der var fremsat 3/10/2001, men som bortfaldt på grund af folketingsvalget i november 2001.

⁵⁾ Se nærmere *Nina Holst-Christensen og Christian Karhula Lauridsen* i U 1996 B.257 ff. og fx. sag C-91/1992, *Faccini Dori*, dom af 14. juli 1994, Samlingen 1994 I.3325, (forbruger, der var sagsøgt til betaling for et sprogkursus, kunne kræve erstatning af den italienske stat for tab forårsaget af den manglende implementering af dørsalgsdirektivet (85/577/EØF) og sag C-178/94 m. fl., *Dillenkofer*, dom af 8. oktober 1996, Samlingen 1996 I.4845 (forbruger, der led tab på grund af rejsearrangørs insolvens, kunne kræve erstatning af den tyske stat på grund af manglende opfyldelse af pakkerejsedirektivet (90/314/EØF)).

⁶⁾ *Halfdan Krag Jespersen og Peter Vesterdorf* opererer i T:BB 1998.68 ff. med begreberne "ægte" og "uægte" retspraksisændringer

resser i en sag om et kontraktretligt mellemværende uvægerligt sker på bekostning af den anden parts.⁷ Hvad enten den nye afgørelse i sådanne tilfælde opfattes som en konstatering af gældende ret eller som en ændring heraf, kommer det nødvendigvis til at gå ud over en af parterne: Ved "konstatering" må den part, der indtil dommen svævede i en retsvildfarelse, bære standpunktrisikoen; ved "ændring" kan synspunktet om forbud mod tilbagevirkende kraft tale for, at ændringen, hvis den overhovedet gennemføres ved en dom i stedet for at blive henskudt til lovgivningsmagten, alene tillægges virkning ex nunc.

Hvis der vitterligt foreligger en ændring (og ikke "blot" en konstatering) af, hvad der tidligere er fastslået som værende retstilstanden, kan det, af samme grunde som anført ovenfor angående lovændringer, være vanskeligt at komme uden om, at ændringen kun bør have virkning for fremtiden.

Til illustration kan nævnes Pengeinstitutankenævnets afgørelse i sag 349/1999:

"Indtil afgørelserne af 29. juni 1999 i sagerne 370/1998 og 453/1998 havde Ankenævnet ikke grebet ind over for størrelsen af rykkergebyrer, og rykkergebyrer på 200 kr. var accepteret i nævnets praksis. På tilsvarende måde havde Ankenævnet indtil den første af de nævnte afgørelser heller ikke fastsat nogen undergrænse for det tidsrum, der skal forløbe fra afsendelsen af én gebyrbelagt rykkerskrivelse indtil afsendelsen af den følgende gebyrbelagte rykkerskrivelse. Ved de nævnte afgørelser fandt Ankenævnets flertal, at et rykkergebyr ikke bør overstige 100 kr., ligesom nævnet fandt, at der inden for en sammenhængende restanceperiode mindst bør forløbe 14 dage mellem to gebyrbelagte rykkerskrivelser.

Ankenævnet finder, at der er tale om nye regler af en sådan karakter, at de ikke bør tillægges tilbagevirkende kraft i andre sager. Da klagen vedrører gebyrer opkrævet af indklagede før den 29. juni 1999, og da klagen først er indgivet efter denne dato, tages klagen over indklagedes rykkergebyrer herefter ikke til følge."

Problemstillingen er nu reguleret i rentelovens § 9b, der blev indføjet ved lov 379/2002 og med enkelte ændringer viderefører den tidligere § 9 a, der var indføjet ved lov 462/2001.

⁷⁾ Forbudsdomme efter markedsføringsloven har efter deres indhold alene fremadrettet virkning, men kan suppleres af retroaktivt virkende påbud se nærmere markedsføringslovens § 13 og §§ 22 - 23. I det omfang en forbudsdom præjudicielt tager stilling til kontraktretlige spørgsmål, er der tale om en generel, typiceret vurdering. Se herved *Henrik Juul og Birgitte Drewes* i Fm 2001.96 ff. med omtale af Sø- og Handelsrettens dom af 24/1/2001 med forbud mod en banks opkrævning af gebyr for meddelelse af respektpåtegning i henhold til en nærmere angivet omprioriteringsklausul (forfatterne oplyser, at dommen er anket til Højesteret).

På grund af den nedenfor anførte danske retspraksis synes en situation svarende til den, der forelå for Pengeinstitutankenævnet kun at kunne foreligge efter dansk ret, når/hvis Højesteret tilsidesætter sin egen praksis. Der er langt mellem sådanne afgørelser.⁸

Ifølge praksis ved EF-domstolen kan denne "undtagelsesvis under hensyntagen til de alvorlige forstyrrelser, dommen kan medføre for så vidt angår begivenheder i fortiden, se sig foranlediget til at begrænse de berørtes muligheder for at påberåbe sig den fortolkning, Domstolen anlægger af en bestemmelse på grundlag af en præjudiciel anmodning. En sådan begrænsning kan kun tillades af Domstolen i selve den dom, hvori der træffes afgørelse om den fortolkning, der er anmodet om...." Jf. sag C-262/88, *Barber*, dom af 17. maj 1990, Samlingen 1996 I. 1955. I denne sag fandt domstolen under henvisning til en række særlige omstændigheder, at "Bydende retssikkerhedshensyn [er] til hinder for, at der rejses tvivl om retsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt, når dette kan bevirke, at ligevægten i en række af disse pensionsordninger forstyrres med tilbagevirkende kraft. Der bør dog gøres undtagelse, for så vidt angår personer, som rettidigt har taget skridt til at sikre deres rettigheder" (*s. st.* 1956).

I dansk retspraksis opfattes spørgsmålet om betydningen af civile domme, der ændrer retspraksis ved trinlavere instanser, ikke som et spørgsmål om "ændring med tilbagevirkende kraft", jf. f. eks. *U 1997.1144 H*, som er kort omtalt nedenfor. Selv om det måtte være en udbredt opfattelse blandt aktørerne, at retstilstanden svarede til den, der var lagt til grund for afgørelserne i de trinlavere instanser, er der i disse tilfælde rettelig tale om, at spørgsmålet ikke har kunnet anses for endeligt afklaret, før det blev afgjort af Højesteret.⁹

Den omtalte distinktion mellem "ændring" og "konstatering" synes derfor ikke at få nogen nævneværdig praktisk betydning i sådanne sager. Den, der måtte have disponeret i overensstemmelse med en udbredt opfattelse af, hvad retstilstanden går ud på, men som, viser det sig, svævede i en retsvildfarelse, er dog ikke helt fortabt.

⁸⁾ I T:BB 1998.69 peger *Halfdan Krag Jespersen* og *Peter Vesterdorf* på *U 1979.379 H* som et formentlig eksempel på tilsidesættelse af egen praksis (*U 1961.66H*).

⁹⁾ Se modsat *Peter Blume* i *U 1993 B.113 f.* og vist nok også *Bernhard Gomard*: *Moderne erstatningsret* (2002) s. 65, der synes at opfatte fx. *U 1997.364 H* (Satair-sagen) som en *ændring* af retstilstanden med retroaktiv effekt.

De hensyn til berettigede forventninger og velerhvervede rettigheder samt indretelseshensyn, der søges varetages ved synspunktet om forbud mod ændringer med tilbagevirkende kraft, kan også i et vist omfang tilgodeses gennem andre regelsæt.¹⁰

Efter civilprocessuelle principper om retskraft ligger det således fast, at en ændring/konstatering af retstilstanden ved en principiel afgørelse som altovervejende hovedregel ikke kan få betydning for mellemværender afgjort ved en i øvrigt retskraftig afgørelse.¹¹

Jf. *U 1999.198 Ø*: "Spørgsmålet om huslejens størrelse blev som anført af boligretten endeligt afgjort af huslejenævnet. Den i dommen omtalte senere landsretspraksis kan efter det foreliggende ikke føre til andet resultat."

I samme retning *Pengeinstitutankenævnets sag 194/1989*, hvor en bankkunde med henvisning til nævnets (i 1988 trufne) principielle afgørelser i "flyttesager" vedrørende særlige indlån anmodede en bank om at overføre hans indebskonto til et andet pengeinstitut, men beholde hans misligholdte udlånskonto. Banken havde afvist en tilsvarende anmodning i 1985 og fået byrettens dom for, at dette var berettiget. Pengeinstitutankenævnet afviste at behandle sagen med henvisning til, at spørgsmålet var afgjort ved byrettens dom.

Det forhold, at der var tale om et vedvarende kontoforhold, og at dommen og nævnssagen angik hver sin overførselsanmodning (opsigelse) blev således ikke anset for tilstrækkeligt til at begrunde en undtagelse fra retskraftvirkningen.

Ikke sjældent fører almindelige principper om tilbagesøgning (*condictio indebiti*) og i mindre omfang de almindelige principper om efterbetaling¹² til, at ændringen/konstateringen ikke kan begrunde revision af mellemværender, som i øvrigt er afviklet mellem parterne. Jf. således fx. *U 1992.763 Ø* om tilbagesøgning, hvis resultat bl.a. blev begrundet med, at et krav var opgjort på grundlag af en aftalefortolkning, som var i overensstemmelse med daværende retspraksis ved landsretterne, og at der var betalt uden indsigelse. Betaleren var herefter afskåret fra

¹⁰⁾ Regler om forældelse og almindelige passivitetsprincipper omtales ikke nærmere.

¹¹⁾ Jf. *Bernhard Gomard*: *Civilprocessen* (5. rev. udg., 2000) s. 688 samt *Lindencrone & Werlauff*: *Dansk retspleje* (2. udg., 2000) s. 318. Retskraften begrænses af regler om genoptagelse af sager, se nærmere *Lars Krunderup* i *U 1998 B.258 ff.* om genoptagelse af fogedsager pga "ændret" retsstilling samt *Halfdan Krag Jespersen og Peter Vesterdorf* i *T:BB 1998.68 ff.* om genoptagelse af lejesager.

¹²⁾ For nærmere omtale af principperne om efterbetaling og tilbagesøgning se *Bo von Eyben* i *Lærebog i Obligationsret II* (2000) s. 132 ff.

efterfølgende at kræve tilbagebetaling med henvisning til, at Højesteret ved *U 1990.21 H* (omtalt nedenfor) havde anlagt en anden fortolkning af en tilsvarende pantsætningserklæring.¹³ *U 1997.1144 H* imødekom en funktionærs efterbetalingskrav, idet "det forhold, at det først ved højesteretsdommen [*U 1994. 907 H*] blev fastslået, at funktionærlovens § 2 a skal fortolkes på denne måde, ikke [kan] afskære ...krav, selv om hans ret til fratrædelsesgodtgørelse var opstået inden dommen. Han har derfor som udgangspunkt krav på efterbetaling som påstået".¹⁴

Hidtidig dansk retspraksis synes ikke at give grundlag for at gå videre i beskyttelsen af den ene parts forventninger mod "tilbagevirkende" ændringer/-konstateringer af retspraksis i sager af denne art.

Det kan tænkes at føre til en set fra et præjudikatsynspunkt uheldig tilbageholdenhed i domstolenes præjudikatudvikling, hvis domstolene på grund af betænkeligheder ved de retroaktive effekter viger tilbage fra at træffe den, set ud fra et fremadrettet synspunkt, "rigtige" afgørelse og af samme grund nøjes med den "næstbedste" principielle afgørelse.

U 1990.21 H er et muligt eksempel herpå. Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt rentebestemmelsen i et ejerpantebrev kunne anvendes til gradvis forhøjelse af pantesikkerheden med beregnede renter, som i øvrigt ikke var nogen realitet, således at pantsætters forpligtelse kom til at overstige ejerpantebrevets pålydende. Jf. herved *Niels Pontoppidan* i *U 1990 B.247* om baggrunden for, at sagen blev afgjort ud fra aftalefortolkningssynspunkter, uden at Højesteret kom ind på gyldighedsspørgsmålet. Den handlingsdirigerende (fremadrettede) effekt af en dom, der havde tilsidesat den pågældende konstruktion ud fra gyldighedssynspunkter, havde selvsagt været betydeligt større. I øvrigt synes dommens fundering i aftalefortolkningssynspunkter ikke i praksis at have gjort større forskel med hensyn til dommens bagudrettede ("tilbagevirkende") effekt, idet næppe mange af de i praksis da anvendte aftaler levede op til dommens klarhedskrav. Se nærmere *Lennart Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard* i *U 1990 B.471 ff.*

I den såkaldte vandsengsag, *U 1995.192 H*, betingede de nævnte forhold dog ikke en tilbageholdenhed til skade for præjudikatudviklingen. Sagen angik betingelserne for at statuere kredittkøb i form af et såkaldt "oprindeligt trepartsforhold". Ved at udlevere brochurer med låneansøgningsskemaer til sælgere fandtes et finansie-

¹³⁾ 1992-dommen er kritiseret af *Peter Blume* i *U 1993 B.113 f.* Se hertil *W.E. von Eyben* i *U 1993 B.249 ff.* samt *Halfdan Krag Jespersen og Peter Vesterdorf* i *T:BB 1998.68 f.*

¹⁴⁾ Se nærmere herom *Bent Unmack Larsen* i *U 1997 B.417 ff.*

ringsselskab over for sælgeren at have tilkendegivet at være villig til på sine sædvanlige betingelser og vilkår at yde lån til forretningens kunder til finansiering af disses køb i forretningen. Der forelå derfor en aftale mellem finansieringsselskabet og sælgeren om lånet til køberen og dermed et kreditkøb omfattet af kreditkøbsloven (nu kreditaftaleloven) med den virkning, at bl.a. sikkerhed i form af underpant i salgsgenstanden ikke var gyldigt stiftet. I *Jørgen Nørgaards* kommentar i U 1995 B.409 ff. siges det bl.a (s. 413):

»Der var mange panterettigheder i navnlig biler, der blev værdiløse med Højesterets dom.....Højesterets afgørelse er truffet med bevidsthed om denne konsekvens for foretagne pantsætninger. Det var i og for sig ikke en ønskelig konsekvens, men den var uundgåelig«

Brug af webcam på offentligt tilgængelige steder

af

Jan Trzaskowski

Et webcam er et TV-kamera, som kan tilsluttes en computer med henblik på at producere billeder til retransmission på Internettet. I forbindelse med udbredelsen af Internettet og den stadig stigende båndbredde, er det nu muligt via en typisk internet-forbindelse at sende og modtage live billeder. Der findes rundt omkring i verden webcam på en række forskellige steder som gør det muligt for Internettets brugere at se i realtid, hvad der foregår på disse steder.

Formålet med denne artikel er at redegøre for den lovgivning, der regulerer opsætning af webcam til løbende billedoptagelse af områder, hvortil offentligheden har adgang.¹ Artiklen behandler reglerne i lov om forbud mod tv-overvågning og persondataloven, herunder navnlig Datatilsynets praksis² i forbindelse med henholdsvis overvågning og tilgængeliggørelse af billeder på Internettet.

¹⁾ Artiklen er således afgrænset i forhold til straffelovens § 264a, der fastslår at den, som uberettiget fotograferer personer, der befinder sig på et ikke frit tilgængeligt sted, straffes med bøde eller fængsel indtil 6 måneder. Det samme gælder den, der ved hjælp af kikkert eller andet apparat uberettiget iagttager sådanne personer. Reglerne i straffelovens § 264d om uberettiget videregivelse af billeder mv. behandles heller ikke i artiklen.

²⁾ De i artiklen nævnte udtalelser fra Datatilsynet kan findes på www.datatilsynet.dk.

1. Lov om forbud mod overvågning mv.³

Lov om forbud mod overvågning mv. regulerer både offentlige myndigheders og privates tv-overvågning. Loven indeholder i § 1 et generelt forbud mod privates tv-overvågning⁴ af gade, vej, plads eller lignende område, som benyttes til almindelig færdsel.⁵ Forbudet i loven omfatter jf. lovens § 1, stk. 1 modsætningsvis ikke private lokaler og lignende.

Der findes i lovens § 2 en række undtagelser til forbudet i § 1, hvorved bl.a. overvågning af visse virksomhedsområder lovligt kan foretages af den, der har rådighed over området. Der findes endvidere undtagelser for overvågning af pengeautomater, veksleautomater, pengetransportbiler og egne indgange, facader, indhegninger og lignende såfremt der ikke sker optagelse af overvågningen.

Ved tv-overvågning forstås jf. lovens § 1, stk. 2 vedvarende eller regelmæssig gentagen personovervågning eller overvågning ved hjælp af fjernbetjent eller automatisk virkende tv-kamera, fotografiapparat eller lignende apparat. At der skal være tale om personovervågning betyder blot, at der skal være tale om områder, hvortil der er normalt vil optræde mennesker.⁶ Derimod vil overvågning af f.eks. et rådhusur ikke være omfattet af lovens anvendelsesområde, såfremt der ikke forekommer almindelig færdsel inden for billedfeltet.

Idet omfang, der foretages tv-overvågning af steder eller lokaler, hvortil der er almindelig adgang, skal der ved skiltning eller på anden tydelig måde gives oplysning herom. Oplysningskravet gælder dog ikke for overvågning af pengetransportbiler og egne indgange.

Lov om forbud mod tv-overvågning mv. regulerer således adgangen til at foretage tv-

³⁾ Lov nr. 278 af 9. juni 1982 som ændret ved lov nr. 1016 af 23. december 1998, lov nr. 939 af 20. december 1999 og lov nr. 257 af 28. maj 2002.

⁴⁾ Selve opsætningen af et overvågningskamera af bevismæssige årsager også er forbudt jf. lov om forbud mod tv-overvågning § 1, stk. 2, sidste punktum.

⁵⁾ Til brug for fastlæggelsen af det stedlige anvendelsesområde, kan normalpolitivedtægten § 2 (enhver offentlig eller privat gade, vej, plads, bro, tunnel, passage, sti, trappe eller andet lignende areal, der benyttes til almindelig færdsel af en eller flere færdselsarter) og færdselslovens § 1 (vej, som benyttes til almindelig færdsel af en eller flere færdselsarter). Se i øvrigt FT 1981-82: A3835.

⁶⁾ Se eventuelt UfR 1998.1390V

overvågning, herunder overvågning via webcam. Loven regulerer ikke, hvad resultatet af overvågningen må bruges til. Dette spørgsmål er reguleret af persondataloven i det omfang overvågningen kan siges at have karakter af behandling af personoplysninger jf. umiddelbart nedenfor.

2. Persondataloven⁷

2.1. Persondatalovens anvendelsesområde

Persondataloven regulerer behandling af personoplysninger, hvorved forstås enhver håndtering af oplysninger om identificerede eller identificerbare personer. I en udtalelse af 21. december 2001 til Vejdirektoratet⁸ udtaler Datatilsynet, at digital tv-overvågning som udgangspunkt vil være omfattet af persondataloven, under forudsætning af, at det er tale om tv-overvågning af identificerede eller identificerbare personer.⁹

Billeder kan i sig selv udgøre en personoplysning. Det er uden betydning om almenheden som sådan kan identificere den pågældende person. Det er tilstrækkelig at personen vil kunne genkendes af en særlig indviet personkreds. Ved afgørelsen af, om en person er identificerbar, skal alle de hjælpemidler, der med rimelighed kan tænkes bragt i anvendelse for at identificere den pågældende enten af den dataansvarlige eller af enhver anden person, tages i betragtning.

Datatilsynet udtaler i sagen om Vejdirektoratets overvågning, at i det omfang en bilist vil kunne identificeres ud fra de foreliggende oplysninger om bl.a. bilens kendetegn, billede af den pågældende bilist samt (dele af) nummerpladen, vil oplysningerne om bilisten være omfattet af persondataloven.

⁷⁾ Lov nr. 429 af 31. maj 2000 som ændret ved lov nr. 280 af 25. april 2001. Se i det hele kommenteret lov om behandling af personoplysninger, Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben samt Kasper Heine, Martin von Haller Grønbæk og Jan Trzaskowski, Internetjura 2. udgave, 2002, p. 356 ff.

⁸⁾ Datatilsynets journal nummer 2001-321-0132.

⁹⁾ Persondataloven gælder jf. § 1, stk. 1 for behandling af personoplysninger, der foretages helt eller delvist ved hjælp af elektronisk databehandling. Loven gælder dog også for anden ikke-elektronisk systematisk behandling, som udføres for private jf. § 1, stk. 2. Det er derfor ikke afgørende om overvågningskameraet er digitalt eller analogt. Se endvidere Datatilsynets udtalelse i Dansk Supermarked sagen jf. nedenfor.

I en anden udtalelse fra Datatilsynet til Dansk Supermarked,¹⁰ der vedrører overvågning af kunder og ansatte, anfører Datatilsynet, at billeder af kunder og andre uvedkommende personer også vil kunne indeholde personoplysninger. i sin vurdering lægges der vægt på bl.a. den teknologiske udvikling inden for ansigtsgenkendelse.

I sagen om Dansk Supermarkeds overvågning udtalte Datatilsynet endvidere, at såfremt der i forbindelse med overvågningen f.eks. sker registrering af kundens kontonummer, betalingskortnummer eller lignende identifikation af kunden, vil denne registrering kunne sammenholdes med optagelserne fra tv-overvågningen med den virkning, at optagelserne må siges at indeholde personoplysninger.

2.1.2. Overvågning i kunstnerisk, journalistisk eller privat øjemed

Det fremgår af Persondatalovens § 2, stk. 10, at behandling, der udelukkende finder sted i journalistisk øjemed eller med henblik på kunstnerisk eller litterær virksomhed kun er omfattet af lovens §§ 41, 42 og 69 om henholdsvis behandlingssikkerhed og ansvar.

Datatilsynet gav en udtalelse til Radio- og tv-nævnet¹¹ i forbindelse med lokal tv-foreningen Frekvens' ønske om at gengive billedoptagelser fra en række i et center opstillede overvågningskameraer. I den konkrete sag, der bl.a. havde det kunstneriske formål at stille spørgsmålstejn ved byplanlæggeres anvendelse og opbygning af rum og beboelsesområder, fastslog Datatilsynet, at det under henvisning til persondatalovens § 2, stk. 10 lå uden for tilsynets kompetence at tage stilling til projektets behandling af personoplysninger.

Man skal endvidere være opmærksom på persondatalovens § 2, stk. 3, der fastslår, at persondataloven ikke gælder for behandlinger, som en fysisk person foretager med henblik på udøvelse af aktiviteter af rent privat karakter. Persondataloven vil i sådanne tilfælde ikke være til hinder for opstilling af webcam og transmission af billederne på Internettet. Hvis privatpersonen f.eks. har bannerannoncer på sin side eller siden på anden måde er koblet til en kommerciel aktivitet, vil overvågningen være omfattet af persondataloven.

¹⁰⁾ Datatilsynets journal nummer 2001-211-0027. Datatilsynets brev af 3. juni 2002.

¹¹⁾ Datatilsynets journal nummer 2002-321-0155. Datatilsynets brev af 3. juni 2002.

2.2. Indsamling af personoplysninger

2.2.1. Generelle behandlingsregler

2.2.1.1 Udtrykkeligt angivne og saglige formål

Behandling af personoplysninger skal overholde nogle grundlæggende behandlingsprincipper jf. persondatalovens § 5, herunder at indsamling af oplysninger skal ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål. I sagen vedrørende Vejdirektoratets overvågning fastslog Datatilsynet, at Vejdirektoratets behandling af oplysninger til brug for at indhente information om kødannelse og uheld skete i henhold til et udtrykkeligt angiven og sagligt formål.

I sagen om Dansk Supermarkeds overvågning fastslog Datatilsynet at overvågning med henblik på at forebygge og opklare røverier, misbrug af dankort og andre uregelmæssigheder, har et udtrykkeligt angivet og sagligt formål for så vidt angår overvågning af både ansatte, kunder og andre, uvedkommende personer.

I en udtalelse vedrørende offentliggørelse af videooptagelser af gæsterne på John Bull Pub i Aalborg¹² fandt Datatilsynet "ikke at have tilstrækkeligt grundlag for at antage, at indsamling og videregivelse af oplysninger via et kamera med henblik på markedsføring af en pub på Internettet ikke lever op til kravet om et sagligt formål". I den konkrete sag tog Datatilsynet endvidere stilling til pubbens publicering af still-billeder, idet denne stillingtagen førte til det samme resultat.

2.2.1.2. Fornøden ajourføring

Det følger af persondatalovens § 5, stk. 4, at behandling af oplysninger skal tilrettelægges således, at der foretages fornøden ajourføring af oplysningerne. Der skal endvidere foretages den fornødne kontrol for at sikre, at der ikke behandles urigtige eller vildledende oplysninger. Oplysninger, der viser sig urigtige eller vildledende skal snarest muligt slettes eller berigtiges.

I forbindelse med John Bull sagen udtalte Datatilsynet, at den nævnte bestemmelse var til hinder for, at der måtte foretages manipulation af de billeder, der blev offentliggjort på Internettet.

¹²⁾ Datatilsynets journal nummer 2002-631-0086. Datatilsynets brev af 3. juni 2002.

Endvidere understregede Datatilsynet, for så vidt angår still-billederne, at den registrerede jf. persondatalovens § 35 til enhver tid over for den dataansvarlige kan gøre indsigelse mod behandlingen, og at behandlingen – såfremt indsigelsen er berettiget – herefter ikke lovligt kan foretages jf. persondatalovens § 35, stk. 2.

2.2.1.3. Opbevaring af de indsamlede oplysninger

I sagen vedrørende Vejdirektoratets overvågning blev det lagt til grund for vurderingen, at der ikke blev foretaget en lagring af de indsamlede oplysninger. Datatilsynet fastslog i udtalelsen, at der jf. persondatalovens proportionalitetsprincip i § 5, stk. 3 må fordres tungtvejende grunde for at foretage en oplagring af de indsamlede oplysninger. Herudover måtte der i givet fald foretages en vurdering af om formålet vil kunne opnås på anden og mindre indgribende vis.

I sagen om Dansk Supermarkeds overvågning af ansatte, kunder og andre, uvedkommende personer fastslog Datatilsynet, at der som følge af persondatalovens § 5, stk. 5, skal ske løbende sletning af optagelserne, og at optagelserne kun må opbevares i en vis kortere periode, der ikke overstiger 30 dage.

I John Bull sagen udtalte Datatilsynet, at der ikke måtte ske lagring af optagelserne, idet dette næppe ville være i overensstemmelse med det angivne formål med optagelserne og ej heller vil være i overensstemmelse med god databehandlingsskik.

Udover opfyldelsen af de grundlæggende principper, skal behandlingen af personoplysningerne ske med hjemmel i persondatalovens specifikke behandlingsregler for henholdsvis almindelige og følsomme oplysninger i persondatalovens §§ 6, 7 og 8.

2.2.2. Specifikke behandlingsregler

2.2.2.1. Behandling af almindelig (ikke-følsomme) personoplysninger

Behandling af personoplysninger ved overvågning af offentlig tilgængelige steder vil som udgangspunkt have karakter af ”almindelige personoplysninger”, og behandling heraf skal derfor ske med hjemmel i persondatalovens § 6.

Når der bortses fra situationen hvor den registrerede har givet sit samtykke, vil det for privates overvågning være relevant at tage udgangspunkt i behandlingsreglen i person-

datalovens § 6, stk. 1, nr. 7, der foreskriver, at behandling af oplysninger må finde sted når behandlingen er nødvendig for, at den dataansvarlige kan forfølge en berettiget interesse og hensynet til den registrerede ikke overstiger denne interesse (interesseafvejningen).

Datatilsynet fastlog i sagen vedrørende Vejdirektoratets overvågning, at den pågældende behandling kunne finde sted med hjemmel i interesseafvejningen, idet Datatilsynet lagde vægt på, at Vejdirektoratet har en berettiget interesse i – til gode for befolkningen – at øge trafiksikkerheden ved at holde øje med, hvor der sker kødannelser og uheld. Datatilsynet lagde desuden vægt på, at tv-overvågningen – henset til at oplysningerne ikke skal bruges over for den enkelte, f.eks. i form af indgriben over for overtrædelser af hastighedsgrænserne – kun i begrænset omfang vil medføre indgreb i den overvågedes integritet.

I forbindelse med udtalelsen til Dansk Supermarked måtte Datatilsynet tage stilling til om overvågningen skulle vurderes efter reglerne om henholdsvis almindelige og følsomme oplysninger. Datatilsynet fastslog, at følsomme oplysninger kun ville indgå i ganske sjældne situationer, og at overvågningen derfor skal vurderes efter reglerne for behandling af almindelige (ikke-følsomme) oplysninger.¹³ Såfremt der afsløres kriminelle aktiviteter, vil der dog være tale om følsomme oplysninger jf. nedenfor.

2.2.2.2. Behandling af følsomme oplysninger

I sagen om Dansk Supermarkeds overvågning vil der som nævnt kunne være tale om behandling af følsomme oplysninger i det omfang oplysningerne vedrører kriminelle aktiviteter. Det følger af persondatalovens § 8, stk. 4, at private bl.a. må behandle oplysninger om strafbare forhold mv., hvis det er nødvendigt til varetagelsen af en berettiget interesse og denne interesse klart overstiger hensynet til den registrerede.

Endvidere kan behandling af følsomme oplysninger finde sted efter persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 4, hvorefter behandling kan finde sted, hvis det er nødvendigt for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares. Behandlingsreglerne i § 7 finder også anvendelse for oplysninger om strafbare forhold jf. persondatalovens § 8, stk. 6.

¹³⁾ Datatilsynet lagde vægt på, at det ikke er tilsigtet at behandle følsomme oplysninger, og at det vil bero på tilfældigheder om der optræder oplysninger, der kan karakteriseres som følsomme.

Datatilsynet fandt i sagen vedrørende Dansk Supermarkeds overvågning, at behandlingen kunne ske i medfør af persondataloven § 8, stk. 4 og 6 jf. ovenfor. Datatilsynet lagde vægt på, at Dansk Supermarked i forbindelse med et tyveri eller røveri kan have et erstatningskrav mod den registrerede.

2.3. Oplysningspligt over for den registrerede

I persondataloven kapitel 8 (§§ 28 og 29) findes regler om oplysningspligt over for den registrerede. § 28 vedrører situationen, hvor oplysningerne indsamles hos den registrerede, og § 29 vedrører situationer, hvor dette ikke er tilfældet. I forbindelse med overvågning indsamles oplysningerne ikke hos den registrerede, hvorfor det er reglerne i § 29, der skal iagttages.

Efter persondatalovens § 29 skal der gives oplysninger om den dataansvarliges og dennes repræsentants identitet, formålet med behandlingen samt yderligere oplysninger, der er nødvendige for at den registrerede kan varetage sine interesser. Oplysningerne skal dog jf. persondatalovens § 29, stk. 3 ikke gives, hvis underretningen af den registrerede viser sig umulig eller er uforholdsmæssig vanskelig.

Det følger af forarbejderne til persondataloven, at vurderingen af, hvorvidt der er tale om "uforholdsmæssig vanskelighed" skal ske en afvejning af på den ene side betydningen af en sådan underretning for den registrerede og på den anden side den arbejdsindsats hos den dataansvarlige, der vil være forbundet med en sådan underretning.¹⁴

Bestemmelsen om oplysningsforpligtelser i § 29 finder ikke anvendelse på indsamling af personoplysninger ved analog tv-overvågning jf. persondatalovens § 1, stk. 2, der fastslår at lovens kapitel 8 og 9 ikke gælder for "anden ikke-elektronisk systematisk behandling".

I sagen vedrørende Vejdirektoratets overvågning fastslog Datatilsynet, at det var dennes umiddelbare opfattelse, at underretningen i den konkrete sag var uforholdsmæssig vanskelig jf. persondatalovens § 29, stk. 3, idet der blev lagt vægt på, at overvågningen blev foretaget af trafikken som sådan (og i princippet ikke enkelte bilister), og at der ikke skete en oplagring af de indsamlede personoplysninger.¹⁵

¹⁴⁾ Se bl.a. Datatilsynets udtalelse i Dansk Supermarked sagen.

¹⁵⁾ Datatilsynet udtalte dog endvidere, at man ville finde det ønskeligt, hvis der gives bilisterne generel information om overvågningen, f.eks. i en kampagne eller ved skilting.

I Dansk Supermarked sagen fastslog Datatilsynet, at der allerede skete oplysning om overvågningen ved skiltning i overensstemmelse med lov om forbud mod tv-overvågning. Datatilsynet fandt, at yderligere underretning af *kunder og lignende personer* ville være uforholdsmæssig vanskelig jf. persondataloven § 29, stk. 3. Datatilsynet lagde bl.a. vægt på, at en uddybende tekst i forbindelse med skiltningen ikke nødvendigvis ville blive bemærket og læst af kunderne. Derimod fastslog Datatilsynet, at der skulle ske behørig underretning af de *ansatte* f.eks. i forbindelse med indgåelse af ansættelsesaftalen.

I John Bull sagen anbefalede Datatilsynet, at der udover indhentelse af samtykke til overvågningen også i pubben på en skærm vist de billeder, der blev offentliggjort på Internettet.

2.4. Videregivelse af oplysninger, herunder publicering på Internettet

Publicering af personoplysninger på Internettet har karakter af en videregivelse i persondatalovens forstand. Videregivelse af personoplysninger skal ske i overensstemmelse med både de generelle og specifikke behandlingsregler jf. ovenfor.

Publicering af personoplysninger vil derfor godt kunne ske uden samtykke, men med udgangspunkt i interesseafvejningen. Interesseafvejningen skal dog ansues isoleret for hver enkelt behandlingsaktivitet. Hvis man med udgangspunkt i interesseafvejningen lovligt kan foretage overvågningen, er det ikke sikkert, at der også kan foretages lagring, videregivelse eller anden behandling af personoplysningerne.

I sagen vedrørende Vejdirektoratets overvågning fastslog Datatilsynet, således at det var Datatilsynets umiddelbare opfattelse, at oplysningerne fra vejdirektoratets overvågning ikke uden samtykke fra bilisterne kan videregives efter persondatalovens § 6, stk. 1.

Datatilsynet udtalte i sagen om overvågning af gæster på John Bull Pub, at interesseafvejningen i § 6, stk. 1, nr. 7, ikke falder ud til fordel for John Bull Pubs offentliggørelse af "live" optagelser fra pubben på Internettet. Datatilsynet lagde i sin vurdering vægt på, at flere gæster vil kunne føle det ubehageligt, at man på Internettet kan se, at den pågældende befinder sig på en pub eller lignende. Datatilsynet fandt, at den registreredes interesse i ikke at blive registreret overstiger pubbens interesse i at kunne markedsføre sig ved hjælp af "live" optagelser. Det påvirkede ikke Datatilsynets afgørelse, at det kun var en begrænset del af pubben, der blev filmet.

Efter Datatilsynets opfattelse kan offentliggørelse af live-optagelser kun ske med ud-

trykkeligt samtykke jf. persondatalovens § 6, stik. 1, nr. 1. Selvom der ikke i loven findes krav om at samtykke skal afgives skriftligt, udtalte Datatilsynet, at det var dennes opfattelse, at det ikke er tilstrækkeligt at pubbens gæster vælger at gå ind på pubben efter at have fået oplysninger om at der vil blive offentliggjort videobilleder på Internettet.¹⁶

Datatilsynet har den 26. september 2002 publiceret en vejledende tekst om offentliggørelse af (still-)billeder på Internettet.¹⁷ Vejledningen er udarbejdet med udgangspunkt i Datatilsynets praksis. Datatilsynets praksis for offentliggørelse af still-billeder, vil formentlig i en række tilfælde kunne anvendes analogt på live-billeder, idet der dog kan være konkrete omstændigheder, der taler imod dette. Live billeder må som udgangspunkt antages at være mere "afslørende" end still-billeder, og der må derfor forventes en noget strengere praksis på dette område.

I Datatilsynets vejledning om offentliggørelse af billeder på Internettet sondres mellem situationsbilleder og portrætbilleder, hvorved skal forstås billeder hvor den registrerede fremstår som henholdsvis hoved- og bi-person i forhold til billedets formål.

Situationsbilleder kan efter vejledningen som udgangspunkt offentliggøres uden samtykke efter interesseafvejningen, hvis billederne er "harmløse". Med harmløs skal forstås, at der med udgangspunkt i en helhedsvurdering af formålet skal ske skyldig hensyntagen til karakteren af billedet, herunder den sammenhæng, hvori billedet optræder og formålet med offentliggørelsen. Den registrerede må således ikke med rimelighed kunne føle sig udstillet, udnyttet eller krænkede f.eks. i kommercielt øjemed.¹⁸

For så vidt angår portrætbilleder anføres det, at der som udgangspunkt må kræves samtykke til offentliggørelse på Internettet. Det kan f.eks. være skolers offentliggørelse af

¹⁶⁾ I denne forbindelse understregede Datatilsynet, at det er den Dataansvarlige, der har bevisbyrden for at der er afgivet udtrykkeligt samtykke, idet Datatilsynet anbefalede at samtykke blev indhentet skriftligt.

¹⁷⁾ Se www.datatilsynet.dk.

¹⁸⁾ I vejledningen nævnes, at billeder optaget under en fritidsklubs udfoldelse af aktiviteter, billeder optaget af unges ophold på en efterskole eller anden privat skole og billeder optaget ved en kommunal skoles juleafslutning, som udgangspunkt kan offentliggøres uden samtykke. Derimod anføres det at billeder optaget af ansatte på arbejde i en privat virksomhed eller en offentlig myndighed, billeder af kunder i en forretning, i banken, på posthuset mv. samt billeder af besøgende på en bar, natklub, diskotek eller lignende normalt ikke vil kunne offentliggøres uden samtykke.

oplysninger om elever på skolen eller offentliggørelse af personaleoplysninger.¹⁹

3. Virksomheder etableret uden for Danmark

Den 16. april 2002 vedtoges lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel.²⁰ Vedtagelsen af loven er en del af implementeringen af e-handelsdirektivet²¹ fra 2000.

Med e-handelsdirektivet indføres et afsenderlandsprincip, der betyder at virksomheders e-handelsaktiviteter som udgangspunkt kun skal overholde lovgivningen i det land, hvori virksomheden er etableret,²² og at myndighederne i andre medlemsstater ikke må hindre den frie udveksling af tjenester i informationssamfundet (informationssamfundstjenester).²³ Afsenderlandsprincippet gælder for alle regler vedrørende påbegyndelse og drift af en informationssamfundstjeneste.

Behandling af personoplysninger er undtaget fra afsenderlandsprincippet jf. e-handelsdirektivets artikel 1, stk. 5, litra b. idet persondatadirektivet²⁴ foreskriver en selvstændig regulering af hvilket lands tilsyn persondatabehandling er underlagt.²⁵ Udgangspunktet i persondatadirektivet er, at man skal overholde lovgivningen i det land, hvor den registransvarlige er etableret.

¹⁹⁾ På www.datatilsynet.dk findes der vejledninger dateret den 26. september 2002, der behandler de to nævnte situationer.

²⁰⁾ Lov nr. 227 af 22. april 2002. Se hertil lovforslaget som fremsat den 29. januar 2002 med bemærkninger.

²¹⁾ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000. Se hertil Trzaskowski i UfR 2000B side 643.

²²⁾ Det fremgår af direktivets betragtning, at etableringsstedet for en virksomhed, der leverer tjenester vira en Internet-hjemmeside (website), er ikke det sted, hvor den benyttede teknologi befinder sig, eller det sted, hvor Internet-hjemmesiden er tilgængelig, men det sted, hvor virksomheden udøver sin erhvervmæssige virksomhed.

²³⁾ "Enhver tjeneste, der har et kommercielt sigte, og som leveres online (ad elektronisk vej over en vis distance) på individuel anmodning fra en tjenestemodtager" jf. e-handelslovens §2, stk. 1, nr. 2.

²⁴⁾ Europaparlamentets og Rådets direktiv 1995/46/EF af 24. oktober 1995.

²⁵⁾ Se persondatadirektivets artikel 4 og persondatalovens § 4.

Det er således udgangspunktet, at en virksomhed, der er etableret i en anden EU medlemsstat alene skal overholde lovgivningen i det land, hvor virksomheden er etableret. Dette gælder både for lov om forbud mod tv-overvågning og for persondataloven.

Man skal dog i den forbindelse være opmærksom på, at der til afsenderlandsprincippet findes en undtagelse, hvorved myndigheder kan gribe ind over for informationssamfundstjenester, ud fra hensynet til bl.a. ufravigelige retsgrundsætninger, beskyttelse af folkesundheden, den offentlige sikkerhed og beskyttelse af forbrugere. Det er endvidere et krav, at indgrebet skal følge et proportionalitetsprincip.

På grund af manglende fortolkningsbidrag, er det dog for indeværende uklart om danske myndigheder med udgangspunkt i lov om forbud mod tv-overvågning kan hindre en udenlandsk virksomhed i at foretage overvågning af offentligt tilgængelige steder i Danmark. Umiddelbart kan det tænkes at indgreb kan legitimeres med udgangspunkt i beskyttelsen af ufravigelige retsgrundsætninger (privatlivets fred).

4. Konklusion

Det kan fastslås, at lov om forbud mod tv-overvågning sætter meget snævre grænser for privates løbende billedoptagelse af gade, vej, plads eller lignende område, der benyttes til almindelig færdsel. Desuden fastlægger persondataloven nogle ganske snævre grænser for videregivelse af tv-overvågning, således at det samlet set må konkluderes, at der som udgangspunkt ikke lovligt kan opstilles webcam på områder, der benyttes til almindelig færdsel.

Overvågning i kunstnerisk, journalistisk eller rent privat øjemed er undtaget fra persondataloven, men overvågningen skal dog fortsat ske inden for de snævre grænser som fastlægges i lov om forbud mod tv-overvågning.

For så vidt angår løbende billedoptagelse af private rum og lignende, er der bedre muligheder for at opstille webcam, idet man dog ved skiltning eller på anden tydelig måde skal gøre opmærksom på tv-overvågningen. Endvidere skal man iagttage persondatalovens regler om behandling af personoplysninger, såfremt der er tale om behandling af personoplysninger. På baggrund af Datatilsynets praksis, må det antages, at optagelser med webcam med en almindelig opløsning som udgangspunkt vil føre til en behandling af personoplysninger.

Persondataloven stiller krav om, at behandling af oplysninger skal ske til udtrykkeligt

angivne og saglige formål. Herudover skal man overholde lovens specifikke behandlingsregler, hvoraf navnlig samtykke og interessafvejningen er interessant.

Det kan udledes af John Bull sagen, at det i hvert fald for så vidt angår webcam på værtshuse, må anbefales at der indhentes skriftlig samtykke, idet Datatilsynet i sagen udtalte, at det ikke er tilstrækkeligt at pubbens gæster vælger at gå ind på pubben efter at have fået oplysninger om, at der vil blive offentliggjort videobilleder på Internettet.

I sagen om vejdirektoratet synes Datatilsynet forbeholden, men ikke afklaret over for en eventuel videregivelse af de optagne billeder. I vejledningen fra Datatilsynet af 26. september 2002 om offentliggørelse af billeder på Internettet, kan der med respekt for, at vejledningen omhandler still-billeder hentes inspiration til, hvornår billedoptagelser kan videregives på Internettet. Efter vejledningen kan billeder som udgangspunkt videregives, hvis personerne optræder som bi-personer i en "harmløs" situation.

Det er ikke afklaret, om lov om forbud mod tv-overvågning kan påberåbes over for virksomheder, som er etableret i anden EU medlemsstat, men det kan ikke udelukkes, at påberåbelse kan ske med udgangspunkt i undtagelsen til afsenderlandsprincippet. Virksomheden vil som udgangspunkt være underlagt tilsyn for så vidt angår behandling af personoplysninger, i det andet EU land, hvor virksomheden er etableret.

For fuldstændighedens skyld, skal nævnes at man i forbindelse med anvendelse af webcam også skal være opmærksom på straffeloven §§ 264a og 264d om henholdsvis uberettiget fotografering og uberettiget videregivelse af optagelser. Straffelovens bestemmelser herom vedrører dog alene overvågning på "et ikke frit tilgængelig sted".