

Juridisk Institut

# Julebog 2003



Jurist- og Økonomforbundets Forlag  
2003

*Juridisk Institut*  
**Julebog 2003**  
1. udgave, 1. oplag

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003

Alle rettigheder forbeholdes.  
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller  
anden gengivelse af eller kopiering fra denne  
bog eller dele heraf er ifølge gældende  
dansk lov om ophavsret ikke tilladt  
uden forlagets skriftlige samtykke  
eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Morten Højmark  
Tryk: Holbæk Amts Bogtrykkeri  
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2003  
ISBN 87-574-1069-0  
ISSN-1397-6494

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

Tlf.: 39 13 55 00  
Fax: 39 13 55 55  
e-mail: [forlag@djoef.dk](mailto:forlag@djoef.dk)  
Homepage: [www.djoef-forlag.dk](http://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 videnskabelige medarbejdere ved instituttet med udgangspunkt i deres faglige interesseområder.

Oktober 2003

Peter Møgelvang-Hansen  
Instituttleder



# Indholdsfortegnelse

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Fondsretten i 2003<br>af professor, lic.jur. Lennart Lyngé Andersen .....                                                                              | 9   |
| Nye regler om koncerninterne lån<br>af lektor, Jakob Bundgaard .....                                                                                   | 21  |
| Menneskerettigheder og EU-konkurrenceret<br>af professor, dr.jur. Jens Fejø .....                                                                      | 39  |
| Fra telegraflov til kommunikationslov<br>- telelovgivning gennem 100 år<br>af kandidatstipendiat, cand.jur. et merc.jur. Søren Sandfeld Jakobsen ..... | 55  |
| Om den borgerlige ret i Folkerepublikken Kina<br>af professor, dr.jur. Ole Lando .....                                                                 | 69  |
| EU-konkurrencerettens offentlige drejning<br>af lektor, ph.d. Ulla Neergaard .....                                                                     | 81  |
| Den globale Domskonvention<br>Quo Vadis?<br>af lektor, ph.d. Peter Arnt Nielsen .....                                                                  | 113 |
| Kønsligestilling i kontraktretten<br>af professor, dr.jur. Ruth Nielsen .....                                                                          | 131 |
| Lovvalg i ophavsretstvister<br>af lektor, ph.d. Thomas Riis .....                                                                                      | 157 |
| Anvendelse af ligebehandlingsprincippet på<br>optagelse af partnere i advokatvirksomheder<br>af lektor, ph.d. Lynn Roseberry .....                     | 173 |
| Begrebet "anbringender"<br>af adjunkt, ph.d. Bjørn Ryberg .....                                                                                        | 185 |

|                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Regulering af handelsagentur set i relation<br>til fri bevægelighed i EU<br>af docent, cand.jur. Elisabeth Thuesen .....            | 205 |
| Udelukkelse af sammenslutninger af<br>tilbudsgivere ved EU udbud<br>af lektor, ph.d. Steen Treumer .....                            | 225 |
| Cross-Border Law Enforcement<br>in the Information Society (v. 0.82)<br>af kandidatstipendiat, cand.merc.jur. Jan Trzaskowski ..... | 233 |
| Partneringaftaler mellem offentlige<br>Myndigheder og private virksomheder<br>af lektor, ph.d. Christina D. Tvarnø .....            | 249 |
| Metode på cand.merc.jur. studiet<br>af adjunkt, ph.d. cand.merc.jur. Kim Østergaard .....                                           | 269 |

# Fondsretten i 2003

af

Lennart Lynge Andersen

## 1. Oversigt

Jeg har tidligere anvendt Juridisk Instituts Julebog til at orientere om udviklingen inden for fondsretten, der af flere grunde står mit faglige hjerte nær, selv om det nu er kreditretten og kapitalmarkedsretten, der vil præge hverdagen. En artikel i Julebog 1997 s. 201 ff omtaler nogle forskellige emner, medens jeg i Julebog 1999 s. 225 ff tog en række spørgsmål i forbindelse med ændring af fondes vedtægter (*permutation*) op.

Baggrunden for, at jeg påny skriver inden for fondsretten, er dels den tid, der er gået, dels at jeg for nylig har udgivet kommentaren til de to fondslove i 5. udgave.<sup>1</sup> Kommentaren er vokset med ca. 150 sider fra 4. udgave, der udkom i 1996, og det skyldes foruden den almindelige udvikling navnlig, at jeg denne gang havde fået mulighed for at foretage en undersøgelse af administrativ praksis i Civilretsdirektoratet, se nærmere mit forord til *Fonde og Foreninger I*. Dette omfattede såvel sager om almindelige som om erhvervsdrivende fonde, og undersøgelsen er i første omgang blevet anvendt ved åjourføringen af lovkommentaren.

Der kan imidlertid udledes en række principielle forhold af undersøgelsen og af den udvikling, der i øvrigt er sket siden de to artikler, og jeg omtaler derfor på ny nogle centrale spørgsmål vedrørende fondsrettens stade, således som jeg ser det ved udgangen af år 2003.

Generelt må det antages, at interessen for fonde og beslægtede retsdannelser er stigende. Der stiftes hele tiden nye fonde. Fondene er på godt og ondt næsten konstant i medierne. Trods den faldende rente og dermed et andet indtægtsniveau

---

<sup>1)</sup> Fonde og Foreninger I (5. udg. 2003, Gjellerups Forlag).

for de fleste fonde sker der betydelige uddelinger til formålene fra fondene, og ordet "fond" synes at have en sådan magisk klang, at selv indretninger, der ikke er fonde, vælger at anvende betegnelsen. Ser man på det offentliges aktiviteter, kan man konstatere, at der i de seneste 6-7 år er udvist stor interesse, hvad enten det gælder "affedtning" af offentlige fonde<sup>2</sup> og det, der ligner, eller det gælder udmøntningen af politiske tiltag på en række områder. Her har figuren "den selvejende institution" en om muligt endnu mere magisk klang,<sup>3</sup> og trods (en voksende) kritik af konstruktionen er der ikke tegn på, at det offentlige - hvad enten den har den ene eller den anden farve - ønsker at slippe figuren ved valget af organisationsform.

Udviklingen har dog illustreret, at hvad man med et bredt begreb kan kalde offentlige fonde lever på politikernes (finanslovens) nåde, og de må formentlig i større omfang vænne sig til at tage et år ad gangen. Dette er ikke hensigtsmæssigt, men det giver støtte til den opfattelse, at de fleste af disse indretninger ikke har noget med fonde at gøre, selv om det ligger fast, at staten kan stifte fonde i privatretlig forstand og i privatrettens former.

## 2. Myndighedernes fondsbegreb

Ses der bort fra skattemyndighederne er der to myndigheder på fondsområdet, *Civilretsdirektoratet*, der er (ene)tilsynsmyndighed for de almindelige fonde og undertiden er fondsmyndighed for en erhvervsdrivende fond, og *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, der registrerer de erhvervsdrivende fonde og er fondsmyndighed for ca. 2/3 af de erhvervsdrivende fonde. Styrelsen har nogle yderligere funktioner, f. eks. erhvervsfondslovens § 59 vedrørende adgangen til at kræve granskning af en erhvervsdrivende fonds forhold - en adgang der efterhånden er blevet udnyttet i nogle tilfælde.

Det kræver ingen større undersøgelse at finde ud af, at Civilretsdirektoratet bygger og har bygget på det fondsbegreb, der blev lagt til grund i forarbejderne til fondslovene i 1984.<sup>4</sup> Der findes talrige udtalelser herom i de konkrete sager, og den eneste markante undtagelse er direktoratets holdning i sagen *U 1991.819 H*

---

2) Det kendteste eksempel fra de senere år er sagen om Københavns Havn, hvor Østre Landsret ved dom af 10. april 2002 har givet Trafikministeriet medhold i, at havnen kunne omdannes til et aktieselskab. Sagen er med rette anket til Højesteret.

3) Smh. de mange eksempler i *Fra stiftelse til fond* (2002).

4) Jf. navnlig *Betænkning nr. 970/1982 om fonde* s. 43-46 og *Folketingstidende 1983/84, tillæg A*, sp. 3101 og 3113-3114.

om Provinsbankernes Ulykkes-Risikofond, men efter Højesterets dom, der ikke efterlod nogen fortolkningstvív, blev der hurtigt rettet ind.<sup>5</sup> Herudover kan der kun påvises ganske enkelte sager.<sup>6</sup>

Derimod er det noget vanskeligere at analysere, hvilket fondsbegreb Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anvender. Der findes - selvagt - en række afgørelser, hvor der er samklang med det begreb, der blev lagt til grund ved fondslovene, men der er også undtagelser af en sådan karakter, at man kan fornemme to forskellige verdener. Det er givet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har en mere "moderne" - mere "brugervenlig"? - indstilling til anmeldelser af fonde, man har længe stået uforstående over for den restriktive praksis, som Justitsministeriet og nu Civilretsdirektoratet fører på permutationsområdet, som efter styrelsens mening ikke harmonerer med moderne erhvervsudøvelse, og man har allerede fra begyndelsen af 1990'ne stået som eksponent for, at styrelsen generelt burde have kompetencen på erhvervsfondsområdet, se f. eks. *Betænkning nr. 1229/1992 om forenkling og fremtidstilpasning af selskabslovene* s. 187. Endelig er man fremragende på det IT-mæssige område - det siger man selv.

Jeg har allerede i *Fra stiftelse til fond* (2002) peget på en række afgørelser (herunder registreringsafgørelser), som efter min bedømmelse ikke har kunnet forklares fondsretligt. I denne sammenhæng nævner jeg, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nu har bekendt kulør, og det er sket på den forudsigelige måde, at man nu direkte udtaler, at en fond er et supplement til aktieselskabet (*underforstået*: en fond er et aktieselskab uden aktionærer/ejere og uden aktier) og *underforstået*: lad os nu se at få glemt den støvede fondsret). Det er sket i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens notat af 14. februar 2003 om *Erhvervsdrivende fonde i Corporate Governance sammenhæng* s. 9 (Notatet findes på styrelsens hjemmeside).<sup>7</sup> Det hedder således, at

»mens den erhvervsdrivende fond på den ene side adskiller sig fra de øvrige virksomhedsformer ved den manglende ejerkreds og -kontrol, har retsdannelsen på den anden side samtlige lighedspunkter i sin virkemåde med et aktieselskab,

---

<sup>5</sup>) Smh. Lennart Lynge Andersen i Peter Garde, Mogens Koktvedgaard og Oluf Engell: Mindeværdige retssager (2002) s. 249.

<sup>6</sup>) Læsere af *Fonde og Foreninger I* (navnlig s. 60 f) vil ikke være i tvív, hvornår man efter min bedømmelse overanstrenger fondsbegrebet.

<sup>7</sup>) Notatet er dateret den 14. februar 2003, men det fremgår af notatet, at redaktionen er afsluttet i efteråret 2001. Det fremgår videre, at notatet er resultatet af arbejdet i en arbejdsgruppe, hvor også, at bl.a. Civilretsdirektoratet og Justitsministeriet har været med. Det er oplyst over for mig, at Civilretsdirektoratet har bidraget med statistiske oplysninger, men at man ikke har deltaget i udarbejdelsen af notatet, og at man ikke var bekendt med offentliggørelsen.

hvorfor der er grundlag for at anse en fond som et supplement til denne selskabsform.«

Det forekommer at være et noget vidtgående udsagn. Hvis det ikke var således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indtager en central myndighedsplacering, kunne man nøjes med at trække på skuldrene, men problemet er, at synspunktet i det hele taget indgår i styrelsens tankeverden, og dermed også anvendes i styrelsens praksis. Pladshensyn gør, at en uddybning af emnet - herunder de spørgsmål, som styrelsens praksis rejser, og som blev behandlet i *Fra stiftelse til fond* - måske andetsteds - men det vil ske.

### 3. Hvor kan man få noget at vide om fonde og faglige foreninger? Er offentlighed vigtigt?

3.1. På nettet, i publikationer fra Danmarks Statistik, i årbøger fra virksomheder o.s.v. kan man få oplysninger om næsten alt muligt. Hvor mange liter mælk drikker danskerne? Hvor mange børn dumper i 7. klasse i skolen? Hvor går lånerne på det finansielle marked hen? Falder der mere sne i vore dage end for 55 år siden?

Det er derfor ikke unaturligt at spørge om, hvor man kan få oplysninger om fondene (og om de faglige foreninger, der i et vist omfang er reguleret i fondsloven). Der er tre spørgsmål: Hvor går man hen, hvis man ønsker at få aktindsigt, og sker der en central indsamling af oplysningerne. Hertil knytter sig spørgsmålet, om offentlighed er vigtigt på fondsområdet.

Spørgsmålene kan vurderes fra en historisk og en nutidig synsvinkel: Det var væsentligt for Fondsudvalget, at der blev skabt mulighed for hurtig og smidig aktindsigt i vedtægterne, årsregnskaber m.v., smh. *Betænkning nr. 970/1982 om fonde* s. 30 og 47, og oprettelsen af et centralt (fonds)register og registrering af fondene fremmede denne målsætning. Man kunne fra 1983-1991<sup>8</sup> blot trykke på nogle knapper på en maskine i Holmens Kanal (senere Æbeløgade) og herved få en række statistiske oplysninger om fondenes antal, kapitalforhold, uddelinger; de var alle tilgængelige i Fondsregistret, der også indeholdt oplysninger om de erhvervsdrivende fonde. Henvendelser fra offentligheden var ikke ualmindelige; de mest aktive var legatsøgende og journalister. Revisionen af fondslovene i 1991 - under etiketten "afbureaukratisering" - betød ikke en afskaffelse af offentlig-

---

<sup>8)</sup> Se herved også *Fondsregistret: Fonde* (1984).

heden, smh. fondslovens § 46 og se nedenfor, men dels må det antages, at mulighederne på mange måder er blevet vanskeliggjort af, at aktindsigt for de almindelige fonde nu skal søges hos den lokale skattemyndighed - hvem går derhen frivilligt? - dels ligger det fast, at der ikke sker en central indsamling af oplysninger om fondene.

Det første spørgsmål er enkelt at besvare. For de almindelige fonde skal aktindsigt søges hos den skattemyndighed, hvor fonden har sit hjemsted, fondslovens § 46, og for de faglige foreningers vedkommende fondslovens § 56. Dette hjemsted skal altså kendes, men udgør næppe den største hindring. For de erhvervsdrivende fonde skal aktindsigt søges i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, se nærmere bekendtgørelse nr. 72 af 11. februar 2002, men det kommer i betragtning, at antallet af erhvervsdrivende fonde er væsentligt lavere end de almindelige fonde - formentlig i forholdet 1-12 - at mange erhvervsdrivende fonde er store, men at dette også gælder de ikke-erhvervsdrivende.

Oplysningerne kan således fås, men der er ikke muligt at få at vide, hvor mange fonde, der er, hvor store kapitaler, disse fonde besidder, hvor meget der uddeles o.s.v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har dog offentliggjort visse oplysninger, se navnlig *Debatoplæg om aktivt ejerskab* (1999) s. 72 og 253, men peger (s. 256) selv på, at der er en uens regnskabspraksis.

Det forkromede overblik kan man således ikke få, se hertil også justitsministerens besvarelse af 16. december 2002 af spørgsmål nr. S 663 og S 664 fra et folketingsmedlem, hvor det bl.a. hedder:

»Da Civilretsdirektoratet således kun modtager fondes regnskaber i forbindelse med stikprøveundersøgelser, har direktoratet hverken nogen viden om, hvor store midler der i de seneste 10 år er overført til henholdsvis almennyttige fonde og familiefonde, eller hvor store midler der hvert af de sidste 10 år er blevet uddelt fra henholdsvis almennyttige fonde og familiefonde til almennyttige formål.«

3.2. Jeg har siden fondsbeskatningslovens gennemførelse i 1986 peget på det ejendommelige i, at netop en skattelov søger at skabe en ordening, hvor subjektet ikke skal betale skat. I 1998 fik jeg den tanke at undersøge, hvor meget fondene betaler i skat. Det viste sig, at det ikke var muligt at få dette oplyst alene for fondenes vedkommende, idet kontoen ikke var underopdelt, men det fremgik, at fondene og de faglige foreninger i årene 1994-1996 tilsammen havde betalt ca. 1.2 mia. kr. i selskabsskat. Bortset fra den såkaldt engangsserviceafgift var der ikke en skattelov, der indbragte så beskedent et udbytte, og undersøgelsen viste desuden, at den øvrige selskabsskat i de tre nævnte år havde indbragt 62 mia. kr.

Medmindre man tror på, at fondsbeskatningslovens hovedprincipper – d.v.s. generelt fradrag krone for krone for uddelinger i alle fonde, præmiering af uddelinger i fonde med etiketten almenvelgørende eller almennyttige formål samt muligheden for at hensætte til senere uddelinger i de samme fonde – indeholder det tilstrækkelige incitament til at få fondsbestyrelserne til at foretage uddelinger, forekommer det nærliggende at rejse spørgsmålet, om fondsbeskatningsloven er moden til ophævelse.

3.3. Disse forhold taler samlet for, at lovgiver i hvert fald siden 1991 ikke har taget spørgsmålet om offentlighed - i den vide forstand - jeg drøfter her - for særlig alvorligt. Den nugældende ordning er ikke hensigtsmæssig og må reelt antages at være til hinder for den ordning, som Fondsudvalget fandt ønskelig. Fondsudvalgets overvejelser har samme vægt også i dag, og i betragtning af de meget gunstige skatte- og afgiftsregler, som fondene lever under, må (den manglende) offentligheden indgå som et centralt spørgsmål, når man kommer til en revision af fondslovene.

#### **4. Hvorledes konstateres en (almindelig) fonds status?**

I *Fonde og Foreninger I* (5. udg. 2003) s. 37 ff har jeg taget et spørgsmål op, der har givet anledning til en del sager siden 1992, og som bør finde sin løsning snarest.

Fra 1985-1991 skulle alle fonde registreres, og Fondsregistret foretog en legitetsprøvelse af den anmeldte fond. Hermed viste man - stifter, fondsbestyrelse og anmelder - fra begyndelsen, om der var problemer med retsdannelsen. Ændringerne i 1991 afskaffede registreringen af almindelige fonde - erstattet af en anmeldelse til skattemyndighederne - og det hedder direkte, at fondsmyndigheden (Civilretsdirektoratet) ikke ved en fonds stiftelse skal udtale sig, om fondsstiftelsen er gyldig. Dette blev søgt repareret ved en regel om intensivering af revisors forpligtelser.

I mange sager har Civilretsdirektoratet udtalt (her som et eksempel i skrivelse af 11. juni 1998 i sag 1993-741-12479):

»... oplyse, at efter fondsloven blev ændret pr. 1. januar 1992, har Civilretsdirektoratet ikke nogen selvstændig kompetence til - med virkning for andre myndigheder - at træffe afgørelse om, hvorvidt der foreligger en fond i fondslovens forstand. Vurderingen af, om der foreligger en fond, foretages således af den eller de myndigheder, der skal tage stilling til andre spørgsmål angående institutionen,

og hvor det er af hentydning, om fonden er omfattet af fondsloven eller ej. Den endelige afgørelse henhører under domstolene.«

Denne opfattelse af kompetencen kan hævdes at have støtte i forarbejderne til 1991-loven: I spørgsmål 11 af 20. marts 1991 spurgte Folketingets Retsudvalg justitsministeren, om det var korrekt, at retstviser om gyldig fondsstiftelse skulle afgøres gennem det skattemæssige ankesystem. Justitsministeriet fremhævede i svaret, at Fondsregistret var foreslået nedlagt, og at man herefter ikke længere kunne knytte fondenes status som selvstændige retssubjekter til registreringen i Fondsregistret. Herefter hed det:

»Spørgsmålet om, hvornår en ikke-erhvervsdrivende fond anses for oprettet, er først og fremmest et spørgsmål om, hvorvidt der er sket en effektiv og uigenkaldelig udskillelse af fondens kapital fra stifterens formue.

Anfægtelse af en fonds status som selvstændigt retssubjekt kan tænkes at ske i flere relationer. Om der er sket en effektiv og uigenkaldelig udskillelse fra stifternes formue, er i praksis et problem, der navnlig opstår i forhold til spørgsmål om beskatning af stifterne. I disse tilfælde må det vurderes, om der er tale om en institution, der er omfattet af fondsbeskatningsloven, eller om der i stedet må antages f. eks. blot at være tale om en ulovlig selvåndlæggelse. Her må der præjudicielt tages stilling til, om der foreligger en fond, og en eventuel tvist herom må i givet fald løses inden for det skatteprocesuelle system.

Opgaven med at vurdere, om der foreligger en fond, hvor de indskudte aktiver effektivt og uigenkaldeligt er udskilt fra stifterens formue, ligner i nogen grad nogle af de opgaver, som skattemyndighederne varetager på f. eks. selskabsskatteområdet. At skattemyndighederne skal tage stilling til, om der er oprettet en fond, svarer i øvrigt til den ordning, der var gældende indtil den 1. januar 1985, hvor lov om fonde og visse foreninger trådte i kraft.

Med hensyn til skattemyndighedernes vurdering må det antages, at disse myndigheder vil være i stand til at håndtere sagerne. Det bemærkes i den henseende, at en stillingtagen til skatteretlige problemer også på andre områder kan nødvendiggøre en stillingtagen til et civilretligt spørgsmål.«

Der rejser sig også et andet spørgsmål: Hvornår indtræder Civilretsdirektoratets kompetence så – eller med en indfaldsvinkel, der også er praktisk betonet: Hvornår vil man udtale sig autoritativt? Efter praksis at dømme indtræder den hurtigt, eftersom der findes afgørelser, hvor direktoratet kort tid har udtalt sig om centrale spørgsmål.

Denne retstilstand forekommer alt i alt ikke tilfredsstillende. Den afvisende holdning ved anmeldelsen af en fondsstiftelse - der som nævnt har klar legitima-

tion i lovens forarbejder - harmonerer ikke med de rimelige krav om service, som fondslivet i dag vil stille, og den kan heller ikke være tilfredsstillende for direktoratet selv, selv om det er klart, at ressourcehensyn o. l. også spiller en rolle. Advokater og revisorer har jo ikke følelserne med, når det gælder disse spørgsmål: De vil have et klart svar, bl.a. for at undgå senere ansvarssager. Det kan kun løses ved en lovændring, der (påny) giver Civilretsdirektoratet - der er den eneste sted, hvor man har fondsretlig kompetence og kontinuitet - kompetencen til at fastslå, hvornår der foreligger en fond. Ordningen bør omfatte begge fondslove.

5. Min undersøgelse viser, at forståelsen for - og dermed accepten af - de ganske stive kapitalregler, der gælder for almindelige fonde (fondslovens §§ 9-10, smh. *Fonde og Foreninger I* s. 136-177) bliver mindre og mindre. Det hænger formentlig først og fremmest sammen med den faldende rente og dermed markante nedgang i fondenes indtægter, idet en fondsbestyrelse hermed *dels* får indskrænket uddelingsmulighederne, *dels* væsentlig hurtigere kommer i den situation, at bestyrelsens vederlag kommer i nærheden af eller direkte overstiger de grænser, der er fastsat af Civilretsdirektoratet.<sup>9</sup>

Der er tale om et næsten uløseligt skisma, medmindre man foretager det fondsretligt ganske vidtgående skridt at ophæve §§ 9-10:

*Fortalerne* for at ophæve de pågældende bestemmelser i fondsloven vil hævde, at der i 1984 var tale om en kodifikation af en gammel støvet praksis, og at den principielle mistro til fondsbestyrelsen, der ligger indbygget i regelsættet, ikke hører hjemme i dag. Erstatningsreglerne og fondsmyndighedens mulighed for at afsætte en bestyrelse, der anvender fonden som malkeko, må være tilstrækkeligt. De vil også henvise til, at der ikke er tilsvarende godkendelseskrav for andre udgifter, der altid vil opstå i praksis, eksempelvis salær til revisor og den godkendte forvaltningsafdeling. Derimod vil de - hvis man har sat sig ind i praksis<sup>10</sup> - være mere tilbageholdende med at hævde, at der ikke kendes eksempler på salærmisbrug i fondene. *De, der ønsker at bevare det gældende system*, vil navnlig pege på, at de udgør et nødvendigt værn mod misbrug, og at kravet om, at de opmindelige midler er bundet, er med til at fremme stifterens vilje. Hvis man ændrede fondsloven i den nævnte retning, således at man kun opretholdt kravet i

---

<sup>9)</sup> Smh. § 22 i bekendtgørelse nr. 809 af 23.oktober 1997, hvorefter fondsbestyrelsens vederlag skal godkendes, såfremt de samlede administrationsomkostninger overstiger 12 pct. af en fonds årlige bruttoindtægt, dog 20 pct. for fonde, hvis egenkapitalen er mindre end 5 millioner kr.

<sup>10)</sup> Der er en række sager herom, hvoraf nogle er nævnt hos *Jesper Christoffersen* i *Advokaten* 1998 s. 194, andre i *Fonde og Foreninger I* s. 209 f.

fondslovens § 8, ville fondskapitalerne hurtigt blive udhulede, og fondene ville miste deres evige sigte.

Efter min bedømmelse ligger det fast, at der bør gøres noget, og at man ikke kan blive ved med blot at regulere på procenterne i anbringelsesbekendtgørelsen. Lakmusprøven vil bestå i, om man stadig ønsker at bevare det gamle fondsbegreb, indhyllet i stifterens vilje, og her må det konstateres, at mange fonde lever fortrinligt mange år efter. Det skyldes formentlig ikke §§ 9-10 (og den tilsvarende konfirmationspraksis før fondslovene, jf. *Betænkning nr. 970/1982 om fonde* s. 137 ff), men at disse fonde fra stiftelsen er blevet forsynet med et fornuftigt kapitalgrundlag, og at fondsbestyrelsen har kunnet arbejde på grundlag af nogle vedtægter, der har givet en rimelig manørefrihed. Det kommer i betragtning, at kapitalkravet i fondslovens § 8 - hvorefter en fond skal have aktiver for mindst 250.000 kr. (endog med mulighed for dispensation!) - og kravet i erhvervsfondslovens § 9 om en grundkapital på mindst 300.000 kr. ikke er fastsat ud fra forsvarlighedsskriterier, men ud fra hvad man fandt ville være politisk acceptabelt. Beløbene burde på grund af fondsfigurens natur som selvejende institution ligge langt højere.

Det har steds været min opfattelse, at man tjener såvel fondsstifterne som fondenes formål bedst, hvis man laver et system, hvor fondenes er i stand til at uddele mærkbare beløb til formålet. For mit eget vedkommende er jeg nået til, at det vil være forsvarligt at arbejde hen mod en ophævelse af fondslovens §§ 9-10, dog således at stifteren stadig kan fastsætte videregående krav i vedtægterne. Min konklusion er bl.a. præget af, at udviklingen synes at tale for, at man opgiver tanken om, at fondene som udgangspunkt skal være evigtvarende.<sup>11</sup> Fondslovens § 9, stk. 5, var et skridt i samme retning, og den udnyttes i et vist omfang. Samtidig kan man benytte lejligheden til en væsentlig forhøjelse af aktivkravet i § 8 og fjerne muligheden for dispensation. Denne nyordning skal ikke alene sigte på at skabe en mere rimelig sammenhæng mellem en fondsbestyrelses arbejde og dens aflønning, men bør tillige skabe mulighed for større uddelinger til fondenes formål.

6. Min undersøgelse viser, at der er mange sager om rækkevidden af uddelingsreglen i fondslovens § 29, se nærmere *Fonde og Foreninger I* s. 231 ff. Også dette kan tages som mere end et fingerpeg om, at praktikerne finder fondsloven for snæver. Endnu mere forbavset bliver man imidlertid, når man ser, hvor mange sager, der er om fondes uddelinger til stifteren nærtstående, fondsbestyrelsen

---

<sup>11)</sup> Se herved også oplysningen ndf., hvorefter Civilretsdirektoratet nu tillader fonde med kapitaler på 500.000 - 600.000 kr. opløst.

m.v., jf. fondslovens § 31 og den enslydende bestemmelse i erhvervsfondslovens § 43, hvor det hedder følgende:

»Bestyrelsen kan ikke tillægge stiftere, bestyrelsesmedlemmer, revisorer, direktører eller personer, der indtager en ledende stilling i fonden, andre ydelser end et vederlag, som ikke må overstige, hvad der anses for sædvanligt efter hvervets art og arbejdets omfang. Tilsvarende gælder for den, der er knyttet til en af de nævnte personer ved ægteskab eller fast samlivsforhold.

Stk. 2. Bestyrelsen kan ikke yde lån eller stille sikkerhed for lån til de personer, der er nævnt i stk. 1.«

Personkredsen i disse sager er ikke sammenfaldende, men temaet er det samme: Uddelingerne er sket til personer, der sidder i fondsbestyrelsen, eller som har en så nær tilknytning til stifteren, bestyrelsen eller revisor, at lovgiver af habilitetsgrunde har forbudt såvel legater som udlån. Sagerne viser noget om, at det er lettere at uddele af andres midler end af ens egne midler, se blot eksempelvis

- en sag fra 1996, hvor der i 1993 og 1994 var sket uddelinger på ca. 59.000 kr. til revisors mindreårige datter. Dette blev kritiseret som værende i strid med § 31, men der stilledes ikke krav om tilbagebetaling eller – hvad der ellers forekom nærliggende – krav om, at bestyrelsen erstattede uddelingen. Derimod blev en uddeling til et bestyrelsesmedlem krævet tilbagebetalt.
- I en sag fra 1999 viste en stikprøvekontrol, at fonden havde et tilgodehavende hos fondens stifter, der nu var afgået ved døden, og et tilgodehavende hos stifters enke, der var medlem af fondens bestyrelse. Civilretsdirektoratet udtalte, at den almindelige grundsætning om, at midlerne ikke må gå tilbage til stifter m.v., også gælder ved fonde, omfattet af fondslovens § 1, stk. 4 (aktiver under 250.000 kr.). Direktoratet betonedes fondsbestyrelsens erstatningsansvar og krævede lånet til enken indfriet.
- I en sag fra 2000 udtalte Civilretsdirektoratet, at man ikke fandt det godtgjort, at der – som sket – var behov for at afholde bestyrelsesmøder i London, Bruxelles, Strasbourg, Amsterdam, Bardolino og Normandiet. Fondens formål var at uddele til i Danmark hjemmehørende institutioner eller foreninger, hvis formål var at støtte vanskeligt stillede børn og unge. Civilretsdirektoratet udtalte videre, at bestyrelsesmedlemmers ægtefællers deltagelse på fondens regning var i strid med fondslovens § 31. Det var oplyst, at fondens betalte transport, hotel samt i visse tilfælde middag den første og den sidste aften. Udtalt, at man i fremtiden ville kræve tilbagebetaling for

sådanne udgifter, samt i fonden i fremtiden ikke burde afholde sådanne udgifter for fondens sekretær og fondens medhjælper ud over det årlige vederlag.

- I en sag fra 2000 havde en fond uddelt 13.700 kr. til en tilskudskonto på et museum; beløbet blev udbetalt til et bestyrelsesmedlem, der (som leder af vedkommende afdeling) skulle skrive en vejledning til en udstilling. Civilretsdirektoratet udtalte, at uddelingen var i strid med fondslovens § 31.

Der er netop tale om eksempler. Der vil være nogle, der synes, at fondslovens § 31 (erhvervsfondslovens § 43) ikke rammer det rette, navnlig ud fra synspunktet at bestemmelsen hindrer, at de rette mennesker indtræder i fondenes bestyrelser. Dette synspunkt har altid forekommet mig at mangle holdepunkter. Andre – herunder jeg – finder det noget ejendommeligt, at man kan sidde og uddele til sig selv. Måske kan de to grupper mødes i enighed om, at i hvert fald uddelinger til revisors datter – hvad enten hun som i sagen var mindreårig eller ej – forekommer noget diskutabelt.

## **7. Ændring af fondes vedtægter**

Undersøgelsen viser, at der ikke synes at være nye toner med hensyn til ændring af fondes vedtægter - ud over de principielle sager, der var i årene 1999-2001, og som er velbeskrevet.<sup>12</sup>

Jeg kan dog nævne, at Civilretsdirektoratet nu tillader opløsning af fonde, selv om kapitalen er på 500.000-600.000 kr.

## **8. Norge og Sverige**

Man venter stadig på ikrafttrædelsen af den nye norske stiftelseslov (lov nr. 59 af 15. juni 2001). Problemet synes alene at være udformningen af tilsynssystemet.

I *Sverige* har man i maj 2003 afholdt en høring angående stiftelsesloven. En lang række temaer blev nævnt, og myndighederne overvejer nu, om det skal føre til forslag om ændringer i loven.

---

<sup>12)</sup> Se navnlig *Dorrit Sylvest Nielsen* i *Lennart Lyng Andersen* og *Katarina Olsson*: *Stiftelser i Norden II* (2002) s. 73 ff og *samme* i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard* (2003) s. 965 ff.



# Nye regler om koncerninterne lån

af

Jakob Bundgaard

## 1. Forhistorien

Flere europæiske regeringer fik formentlig et chok 12. december 2002. På denne dato afsagde EF-Domstolen dom i sag C-324/00 *Lankhorst-Hohorst GmbH*.<sup>1</sup> I al sin enkelthed tilsidesatte Domstolen de tyske regler om tynd kapitalisering som værende uforenelige med Traktatens regler om etableringsfrihed, jf. TEF art. 43, jf. art. 48. Uden overdrivelse kan det formentlig siges, at dommen udgør den til dato mest kommenterede dom fra EF-domstolen på det skatteretlige område i de knapt 20 år, Domstolen har beskæftiget sig med skatteretlige forhold.<sup>2</sup>

At overskriften "*The Beginning of the End for Thin Capitalization in the EU*" ej heller var en overdrivelse viser den efterfølgende udvikling.<sup>3</sup>

---

<sup>1)</sup> Sag C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH mod Finanzamt Steinfurt*. EF-Domstolen fulgte hermed generaladvokat Mischo's forslag til afgørelse af 26.9.2002, selvom argumentationen ikke er fulgt hele vejen.

<sup>2)</sup> Se om dommen og dennes konsekvenser *Otmar Thömmes* i *Der Betrieb*, 2002 s. 2397-2402, *Friedrich E F Hey* i *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2003, s. 73-74, *Peter Bauschatz* i *Entscheidungen der Finanzgerichte*, 2003 Beilage, s. 5-6, *Sascha Amann* i *European Law Reporter*, 2003, s. 3-5, *Anno Rainer*: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, s. 81-82, *Jens Blumenberg* i *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2003, s. 154-155, *Elisabeth Bergmann* i *Svensk Skattetidning*, 2003, s. 76-77, *Leif Mutén* i *Svensk Skattetidning*, 2003, s. 78-84, *Christoph Spengel & Martin Golücke* i *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2003, s. 333-347, *Nikolaj Vinther & Erik Werlauff* i *Skat Udland* 2003, 1, også bragt i *EC Tax Review* 2003, s. 97-106, *Jakob Bundgaard & Jeppe Rune Stokholm* i *Skat Udland* 2003, 2, *Andreas Körner* i *Intertax*, 2003 s. 162-168, *Daniel Gutman & Luc Hinnekens* i *EC Tax Review*, 2003, s. 90-97, *Olivier Roumélian* i *Intertax*, 2003, s. 244 ff, *Alex Cordewener* i *European Taxation*, 2003, s. 102 ff, *Adam Craig, Anno Rainer, Jan Roels, Otmar Thömmes & Eric Thomsett* i *Tax Notes International*, 2002, s. 1163 ff og *Heinz-Klaus Kroppen & Lars Refeld* i *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol 11, no. 17, 2003, s. 786 ff.

<sup>3)</sup> Jf. *Adam Craig* i *World Tax Advisor* 2002/11, s. 2 f, for denne overskrift.

Efter dommens afgivelse var der i litteraturen enighed om, at nationalstaterne stod tilbage med følgende reguleringsmodeller:

1. Reglerne om tynd kapitalisering kan generelt ophæves, hvorved en eventuel korrektion efterfølgende må overlades til de almindelige transfer pricing regler (LL § 2 i dansk ret) eller konkrete betragtninger om substance over form (en konkret realitetsbedømmelse) med deraf følgende mulighed for at foretage dispositionskorrektion i tilfælde af skatteunddragelse.
2. Reglernes anvendelsesområde kan begrænses, således at EU-selskaber, EØS-selskaber og selskaber i tredjelande med "Europa-aftaler" (østeuropæiske lande) er undtaget herfra.
3. Reglernes anvendelsesområde kan udvides, således at også rent nationale koncernforhold omfattes heraf.<sup>4</sup>
4. Det muligt at indføre subjektive regler om tynd kapitalisering, som betinger en konkret påvist skattebesparelses- og skatteudnyttelseshensigt.
5. Endelig er det muligt at kombinere ovenstående fremgangsmåder.<sup>5</sup>

Det har været ventet med spænding, hvilke tiltag de berørte europæiske regeringer ville iværksætte. Disse tiltag er nu så småt ved at se dagens lys. Således er der fremsat lovforslag i Tyskland 1. august 2003. I hovedtræk indebærer lovændringerne, at anvendelsesområdet for de tyske regler om tynd kapitalisering udvides, således at også nationale koncernforhold er omfattet af KStG § 8 a. Samtidig hermed udvides reglens generelle anvendelsesområde. Kontrolbegrebet opfyldes fortsat ved omkring 25% ejerskab eller stemmeretsbesiddelse. Debt-to-equity ratioen er fortsat 1,5:1, hvis der er tale om normale, fastforrentede lån. Der skal fortsat findes en dokumentationsmulighed (tredjemandstest). Variabelt forrentede lån rammes uden videre. De særlige privilegier, der gjaldt for holdingselskaber, ophæves. De nye regler omfatter finansiering gennem partnerships, ligesom reglerne udvides til at omfatte visse leasing-royalty-strukturer med henblik på at modvirke omgåelse af begrænsningerne for gældsfinansieringsstrukturer gennem leasingstrukturer. Samtidig foreslås det fuldstændig at ophæve rentefradragsretten som følge af koncerninterne aktieoverdragelser. Væsentlig

---

<sup>4)</sup> Sml. præmis 99 i generaladvokatens forslag til afgørelse i sagen af 26.9. 2002 og *W. Scheffler* i *Steuerrrecht* 2000, s. 2441 ff (s. 2447).

<sup>5)</sup> Opregningen er naturligvis ikke udtømmende, og andre muligheder eksisterer. Således fremhæver *Gareth Green & Jonathan Levy* i *International Tax Review* 2003/1, s. 24, følgende mulige strategier for EU-medlemsstaterne, hvilke kobles sammen med en angivelse af sandsynligheden for hver enkelt strategis succes. (1) Reformulering af den berørte lovgivning (15%), (2) ophævelse den nationale undtagelse (25%), (3) anvende øvrig eksisterende national lovgivning (20%), ændre EF-Traktaten (2%), (4) undtage intra EU-transaktioner (25%), samt endelig (5) ophæve selskabsskatten og forhøje momsen tilsvarende (5%). Trods dette forsøg på videnskabeliggørelse hos de to forfattere, er der naturligvis alene tale om gætværk.

modstand mod lovforslaget er dog forudsat, hvorfor det ikke er givet, at det vil blive gennemført i den foreliggende form.<sup>6</sup>

Tilsvarende har UK varslet at ville ændre sine regler.<sup>7</sup> Det fremgår, at man ønsker at ophæve de engelske specifikke regler om tynd kapitalisering og samtidig udvide de almindelige transfer pricing-regler til også at omfatte nationale transaktioner. Tynd kapitalisering skal herefter behandles i overensstemmelse med de almindelige transfer pricing-regler. Herom hedder det "... *The fact that transfer pricing legislation applies to a transaction or a series of transactions, so that a number of transactions can be considered together, will allow transfer pricing legislation to be applied with the same practical effect as the thin capitalisation restrictions.*".

Endelig er der i Danmark sendt et lovforslag i høring som reaktion på C-324/00, jf. Forslag til Lov om ændring af forskellige skattelove af 28.8.2003 (EU-pakken). Den danske regering har valgt en noget overraskende strategi, som da heller ikke er nævnt i ovenstående forslag til løsningsmodeller. I stedet for en ændring af reglerne om tynd kapitalisering har man i stedet valgt at gribe problemstillingen bredt an ved at udskille reguleringen af koncerninterne lån i specifikke regler.

Lovforslaget markerer i sin nuværende udformning et paradigmeskift i den skattemæssige behandling af koncerninterne lån, og det synes rimeligt at tale om intet mindre end en reform af koncernbeskatningen. Reglerne har mange og uforudsete konsekvenser, der rækker ud over målsætningen med lovforslaget. Samtidig indebærer lovændringerne en yderligere komplicering af retsstoffet. Formålet med denne artikel er at redegøre for indholdet af det fremsatte lovforslag og fremkomme med fortolkningsbidrag, hvor sådanne synes påkrævede.

## 2. Formål

Den overordnede målsætning bag selve de foreslåede lovændringer er at justere reglerne om koncerninterne lån for at sikre overholdelsen af EU-retten. Formålet med de foreslåede regler om koncerninterne lån er som tidligere at modvirke vilkårlig flytning af skattetilsvaret fra Danmark til udlandet. Nu er det blot samtidig en målsætning, at dette skal ske uden samtidig at stille udenlandsk ejede danske selskaber dårligere i skattemæssig henseende end dansk ejede danske selskaber.

---

<sup>6</sup>) Jf. German Tax & Legal News, August 2003.

<sup>7</sup>) Jf. Corporation tax reform – A consultation document, August 2003, s. 15 ff, udgivet af HR Treasury og Inland Revenue i fællesskab.

Endelig er målet at undgå dobbeltbeskatning som følge af tilsvarende udenlandske regler om koncerninterne lån.

Jeg skal i det følgende beskrive og vurdere de midler, der skal hjælpe til opfyldelsen af disse målsætninger. Beskrivelsen heraf nødvendiggør efter min vurdering nu en sondring mellem følgende tre typesituationer vedrørende koncerninterne låneforhold:

1. dansk debitor og dansk kreditor,
2. udenlandsk debitor og dansk kreditor, samt dansk debitor og udenlandsk kreditor

### 3. Dansk debitor og dansk kreditor

Det hidtidige udgangspunkt i dansk selskabsskatteret vendes på hovedet. For *selskabsdebitorer* vil der fremover ikke være fradragsret for renteudgifter og kurstab i koncernforhold internt i Danmark. Det nævnte er et resultat af den nye bestemmelse i SEL § 10 A, stk. 1, 1. pkt., som foreskriver, at renteudgifter vedrørende gæld, som et selskab eller en forening har til juridiske personer som nævnt i LL § 2 uden samtidig at være nævnt i SKL § 3 B (kontrolleret gæld), ikke kan fradrages i den skattepligtige indkomst. Tilsvarende foreskriver ny KGL § 7 a, stk. 1, 1. pkt., at tab på gæld til juridiske personer som nævnt i LL § 2 uden samtidig at være nævnt i SKL § 3 B ikke kan fradrages i den skattepligtige indkomst.<sup>8</sup>

I denne elegante formuleringsteknik ligger det simple forhold, at fradragsbegrænsningen alene gælder for debitorselskaber hjemmehørende i Danmark, når kreditor tilsvarende er et dansk selskab.

Det er kritisabelt, at begrebet *juridisk person* atter finder vej ind i en skattelovsbestemmelse. Der er ikke almindelig klarhed over, hvad sprogbrugen indebærer, og begrebet har allerede og vil tillige i fremtiden give anledning til fortolknings tvivl.<sup>9</sup> Begrebsanvendelsen er generel i lovforslaget, og kritikken gælder samtlige øvrige dele af forslaget.

Det er tillige kritisabelt, at der med lovændringer nu føjes endnu et lag til det skatteretlige kontrolbegreb. Det forholder sig efterhånden sådan, at kun få kan overskue, hvad der egentlig ligger i dette begreb. Denne manglende overskuelig-

---

<sup>8)</sup> Denne regel er hermed indsat i KGL's afsnit om gæld. Den subjektive udstrækning er angivet i KGL § 2.

<sup>9)</sup> Jf. eksempelvis TfS 1999, 976 LR og generelt om problemstillingen *Jakob Bundgaard i Armslængdeprincippet & Transfer pricing*, 2001, s. 52 f.

hed bliver ikke bedre ved i SEL § 10 A og KGL § 7 a m.fl. at henvise til LL § 2 og SKL § 3 B, som begge fører henvisningen videre til SEL § 32, LL § 16 H og KGL § 4, stk. 2, der atter henviser til ABL § 11, stk. 3. Alene de sproglige inkonsistenser er beklagelige, og trods bemærkningernes gengivelse af samtlige regelsæt skal man i praksis holde tungen lige i munden gennem dette kontrolunivers.

Ved sambeskatning med et udenlandsk selskab og dets danske moderselskab medregnes det udenlandske selskabs indkomst efter danske regler ved opgørelsen af sambeskatningsindkomsten. Tilsvarende gælder ved CFC-beskatningen. I henhold til SEL § 10 A, stk. 1, 2. pkt., og KGL § 7 a, stk. 1, 2. pkt. finder begge bestemmelsers 1. pkt. ikke anvendelse ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for udenlandske selskaber og foreninger efter reglerne om sambeskatning i SEL § 31 og CFC-beskatning i SEL § 32. Hermed bevares fradragsretten. Det er dog en forudsætning, at den danske kreditor i denne situation medregner renteindtægterne eller kursgevinsterne ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst. Herved opretholdes den gældende fordeling mellem den udenlandske indkomst og den danske indkomst, der indgår i sambeskatningsindkomsten og CFC-indkomsten. Resultatet synes dog allerede at følge af den omstændighed, at såvel udenlandske, sambeskattede selskaber som CFC-selskaber ikke er danske selskaber.<sup>10</sup>

For *selskabskreditorer* vil lovændringerne betyde, at der til gengæld ikke er skattepligt af renteindtægter eller gevinst på fordringer, hvis debitor ikke har haft fradrag. Dette følger af SEL § 10 A, stk. 3, der foreskriver, at renteindtægter af fordringer på selskaber og foreninger ikke medregnes til den skattepligtige indkomst, i det omfang debitor i medfør af SEL § 10 A, stk. 1, ikke har fradrag for renteudgiften. Parallelt hermed vil det fremgå af KGL § 5 a, at gevinst på fordringer ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, i det omfang debitor i medfør af KGL § 7 a, stk. 1, ikke har fradrag for tab på gælden.<sup>11</sup> Skattefriheden gælder således efter begge bestemmelser ikke i tilfælde, hvor debitor af andre grunde ikke har fradrag for renteudgifter eller tab på gælden, herunder eksempelvis hvis debitor er en andelsforening omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3.

Af KGL § 7 a, stk. 1, fremgår det endvidere, at det ikke-fradragsberettigede tab opgøres på grundlag af valutakurserne på tidspunktet for gældens opståen uden hensyn til ændringer i valutakurserne. Så selvom bestemmelsen omfatter gæld såvel i danske kroner som i fremmed valuta, gælder bestemmelsen ikke for valutakurstab. Hermed foretages der, ad modum princippet i KGL § 4 om tab på

---

<sup>10)</sup> Jf. herom *Jakob Bundgaard* i TfS 2002, 1003.

<sup>11)</sup> Bestemmelsen er herved indsat i KGL's afsnit om fordringer og udgør modstykket til KGL § 7 a.

fordringer, en adskillelse mellem på den ene side eventuelle valutakursgevinster og - tab og på den anden side kursgevinster og - tab.

De nye regler skønnes i motiverne ikke at udgøre en byrde for danske koncerner. Således anføres det, at reglerne i langt de fleste tilfælde ikke vil have skattemæssig betydning eller endda være en fordel for koncernerne, idet skattesatsen er den samme hos debitor og kreditor og disse ofte vil være sambeskattede. Derimod anføres det som en potentiel ulempe, hvis debitor har overskud og kreditor har underskud, og selskaberne ikke er sambeskattede.

Hvis en dansk koncern ønsker at bevare rentefradragsretten i det hidtidige selskab, kan der optages ekstern bankfinansiering for hvilken der foretages sikkerhedsstillelse af moderselskabet. Hermed vil der være tale om en rentebetaling til en bank, hvilket i sagens natur vil udløse fradragsretten.

#### **4. Udenlandsk debitor og dansk kreditor**

Med henblik på at undgå dobbeltbeskatning som følge af udenlandske regler om koncerninterne lån medfører lovforslaget en række ændringer, der vedrører den situation, hvor et dansk kreditorselskab har foretaget udlån til et udenlandsk debtorselskab.

Således er det med formuleringen af SEL § 10 A, stk. 4, foreslået, at renteindtægter af fordringer på udenlandske juridiske personer, som nævnt i SKL § 3 B ikke medregnes til den skattepligtige indkomst, i det omfang den udenlandske juridiske person ikke har fradrag efter udenlandske regler om koncerninterne lån for de tilsvarende renteudgifter i overensstemmelse med reglerne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem den pågældende stat, Færøerne eller Grønland og Danmark.

Ordlyden af SEL § 10 A, stk. 4 er ikke forbilledlig, og der er unægtelig tale om en særegen reguleringsteknik. Det centrale spørgsmål er, hvad der skal forstås ved udenlandske regler om koncerninterne lån. Det angives herom i bemærkningerne:

*"...Med bestemmelsen sigtes til bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster med et indhold svarende til OECD's modeloverenskomst, artikel 9. I OECD's bemærkninger til artikel 9 nævnes, at artiklen ikke hindrer anvendelse af nationale regler om tynd kapitalisering, for så vidt deres resultat er at transformere låntagers fortjeneste til den fortjeneste, der ville være opnået i en arms længde situation, og at artiklen er relevant ved afgørelsen af, om det aftalte lån skal anses som lån eller som en anden form for betaling, især som et bidrag til egenkapitalen..."*

Der er herefter næppe tvivl om, at der med "udenlandske regler om koncern-interne lån" sigtes til specifikke regler om tynd kapitalisering.

Det er tillige et spørgsmål, om der konkret skal findes en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Herpå må svaret være ja, idet det direkte i ordlyden angives, at der skal være tale om en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og den pågældende stat. Det ejendommelige bliver herefter, at der, så vidt ses, skal foretages en konkret prøvelse af, om de udenlandske regler er udtryk for treaty overriding. I så henseende giver OECD's bemærkninger ikke megen vejledning. Således konkluderes det blot i Thin Capitalisation, Issues in international Taxation, no. 2, 1987, at en typisk formulering af art. 9 i en overenskomst (1) ikke forhindrer, at gæld kan omkvalificeres til egenkapital, og (2) ikke forhindrer anvendelse af nationale regler om tynd kapitalisering, såfremt disse ikke medfører en korrektion, der overstiger armslængderesultatet. Med pkt. 3 under paragraph 1 i kommentaren til OECD MDBO art. 9 støttes dette standpunkt, og det er hermed fastlagt, at art. 9 ikke forhindrer nationale regler om tynd kapitalisering.<sup>12</sup> Såfremt en national regel om tynd kapitalisering medfører en korrektion, der overstiger armslængderesultatet, kan resultatet heraf være, at den nationale regel ikke er i overensstemmelse med den aktuelle dobbeltbeskatningsoverenskomst og måske skal stå tilbage herfor.

Målsætningen om at ville undgå dobbeltbeskatning er i sig selv påskønnelsesværdig. Derimod synes den konkrete udformning at være blevet noget uheldig.

## 5. Dansk debitor og udenlandsk kreditor

### 5.1. Generelt

At tale om tynd kapitalisering indebærer sædvanligvis en dansk datterselskabsdebitor og en udenlandsk moderselskabskreditor. Samtlige lovforslagets koncernregler indføres med henblik på at sikre overholdelse af EU-retten. Reglerne ved-

---

<sup>12)</sup> At OECD MDBO art. 9 således finder anvendelse ved tynd kapitalisering har dog ikke stået uimodsagt hen. Således finder *Geerten M.M. Michielse* i BIFD 1997, s. 565-573, at dette er tvivlsomt. Det anføres, at OECD MDBO ikke er til hinder for nationale regler om tynd kapitalisering, der begrænser rentefradragsretten hos debitorselskabet, mens bestemmelsen derimod er til hinder for regler der medfører en egentlig omkvalificering af rentebetalinger til udbytte. Dette begrundes særligt med, at (1) OECD MDBO art. 9 udelukkende finder anvendelse på vilkår, (2) at bestemmelsen kun finder anvendelse i relation til intern prissætning og ikke ved underkapitalisering, samt (3) at omkvalificering strider mod formålet med art. 9, stk. 1. For at en omkvalificering skal være mulig, kræves det efter forfatterens opfattelse, at den interne regel mod tynd kapitalisering korresponderer med bestemmelserne om udbytte og rente i overenskomstbeskatningsretten.

rørende dansk debitor og udenlandsk kreditor er ingen undtagelse og disse regelændringer skal blot ses som en del af de samlede ændringer.

Der gives nye regler i SEL § 10 A, stk. 2, 1. pkt. og KGL § 7 a, stk. 2, 1. pkt. Heraf fremgår, at renteudgifter vedrørende gæld/tab på gæld til udenlandske juridiske personer som nævnt i SKL § 3 B kan fradrages i det omfang, renteudgifterne/kurstabet ikke er omfattet af SEL § 11. Begge disse bestemmelser synes som udgangspunkt overflødige, idet fradragsretten allerede følger af de skatte-lovgivningens almindelige regler og ordlyden af SEL § 10 A, stk. 1 og KGL § 7 a, stk. 1. Den formulerede modifikation der fremkommer ved henvisningen til SEL § 11 synes ligeledes overflødig, idet resultatet netop følger af SEL § 11. Derimod bliver bestemmelserne relevante, når der henses 2. pkt. i SEL § 10 A, stk. 2 og KGL § 7 a, stk. 2. Heraf fremgår nogle yderligere betingelser for rentefradragsretten henholdsvis tabsfradragsretten.

## 5.2. Koncernspecifikke fradragsbetingelser

### *Ingen tynd kapitalisering*

Den første betingelse, der kan udledes af SEL § 10 A, stk. 2 og KGL § 7 a, stk. 2, er negativ, idet det angives, at fradragsretten kun består hvis der ikke sker fradragsbeskæring efter SEL § 11.<sup>13</sup> Bestemmelsen finder anvendelse hvis følgende betingelser opfyldes:

1. et dansk debitorselskab omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2c, 3a-5b,
2. har gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B, stk. 1 (kontrolleret gæld) og
3. selskabets eller foreningens fremmedkapital (gæld) set i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1.

Konsekvensen er, at renteudgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld, ikke kan fradrages. Kurstab kan dog fradrages i kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår. Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld. Fradragsbeskæringen bortfalder, i det omfang selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Som gæld anses gæld i henhold til fordringer omfattet af kursgevinstloven samt konvertible obligationer. Gælden opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb. Egenkapitalen opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af aktiver opgjort til handelsværdi med fradrag

---

<sup>13)</sup> Om den nærmere forståelse af SEL § 11 kan eksempelvis henvises til *Jakob Bundgaard*: Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000, s. 75 ff.

af gæld. Egenkapital indskudt af den udenlandske ejerkreds medregnes kun, i det omfang den forbliver i selskabet i mindst to år. Kontrolleres flere danske koncernforbundne selskaber, finder de nævnte regler samlet anvendelse på aktiver og passiver i disse selskaber, og der bortses fra danske selskabers aktier i andre selskaber, der indgår i den samlede opgørelse, samt gæld og fordringer mellem disse. Bestemmelsen gælder også for faste driftssteder.

### ***Dansk beskatning af tilsvarende renteindtægt***

Af SEL § 10 A, stk. 2, og KGL § 7 a, stk. 2, fremgår endvidere som en koncernspecifik fradragsbetingelse, at den udenlandske kreditor skal medregne den tilsvarende renteindtægt/gevinst på fordring ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst (1) efter reglerne i et land inden for EU eller EØS eller i en stat, med hvilken Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst, Færøerne eller Grønland, eller (2) ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter reglerne i SEL § 31 eller § 32. Betingelsen er altså positiv.

Betingelsen om, at der sker beskatning af renteindtægten/kursgevinsten hos den udenlandske kreditor, er begrundet i, at udenlandske koncerner ikke skal stilles bedre end de danske koncerner. Betingelsen kan, som det fremgår, enten opfyldes ved, at kreditor er *begrænset skattepligtig* af renteindtægterne, jf. ny SEL § 2, stk. 1, litra d, eller ved, at den udenlandske kreditor *medregner de tilsvarende renteindtægter* ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter reglerne i et land inden for EU eller EØS eller i en stat, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Der er således ikke fradragsret, hvis renteindtægten ikke er begrænset skattepligtig i Danmark, og renteindtægten heller ikke skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter reglerne i et land inden for EU eller EØS eller en overenskomststat, efter sambeskatningsreglerne eller CFC-reglerne.

Hvad der nærmere ligger i begrebet "tilsvarende renteindtægter/kursgevinster" vil utvivlsomt give anledning til forståelsesvanskeligheder. Usikkerheden vedrører dels størrelsen dels periodisering. Der fremgår således ingen retningslinier vedrørende spørgsmålet om, hvor tæt en sammenhæng der skal være mellem renteudgiften/kurstabet i Danmark og renteindtægten/kursgevinsten i udlandet.<sup>14</sup> Formentlig i erkendelse heraf anføres det i bemærkningerne, at det indgår i en hensigtsmæssig planlægning af de ligningsmæssige ressourcer, at der kun kræves dokumentation for, at der er foretaget en beskatning i udlandet, hvis der er grund

---

<sup>14)</sup> En vis inspiration kan formentlig hentes i LL § 5 G om double-dip, selvom spørgsmålet efter denne bestemmelse ej heller er endeligt afklaret, jf. *Lars Nyhegn-Eriksen* i SU 2000, 209 særligt om kriteriet "kvalificeret tilknytning".

til at tro, at der ikke er sket beskatning. Hvornår der foreligger tilstrækkelig formodning herom er usikkert, og der åbnes for en høj grad af tilfældighed.

Endelig kan betingelsen efter lovforslaget opfyldes, hvis det udenlandske kreditorselskab er sambeskattet med et dansk selskab. Tilsvarende skal gælde, hvor det udenlandske kreditorselskab er et CFC-selskab, hvorved renteindtægten medregnes ved CFC-indkomsten.<sup>15</sup> Hermed ændres ikke i det forhold, at der foretages et fradrag hos debitorselskabet og indtægtsføres en indtægt i sambeskatningsindkomsten hhv. CFC-indkomsten.

Situationen omhandler de forhold, hvor der findes et dansk moderselskab og et udenlandsk kreditorselskab. Debitorselskab kan være såvel moderselskab for det udenlandske selskab som koncernforbundet med dette i øvrigt, idet der jo skal være tale om kontrolleret gæld. Der indgår ikke noget krav om, hvorvidt debitorselskab selv skal indgå i den danske sambeskatning eller være CFC-beskattet.

### ***Nedslag***

Det er endvidere en *fradragsbetingelse*, at der efter udenlandske regler ikke helt eller delvist gives *nedslag* for den skat, der falder på den nævnte tilsvarende gevinst på fordringen eller renteindtægten. Også denne betingelse er negativ. Baggrunden herfor er at sikre, at der gennemføres en reel beskatning i udlandet. Som eksempel angives i bemærkningerne den situation, hvor renteindtægterne holdes helt eller delvist uden for ved beskatningen, uanset at renteindtægterne indgår i den skattepligtige indkomst.

### ***Refinansiering***

Endelig er det en betingelse, at lånet ikke *direkte eller indirekte er refinansieret* hos en udenlandsk juridisk person som nævnt i SKL § 3 B, hvor gevinsten eller renteindtægten ikke medregnes i beregningsgrundlaget for dansk eller udenlandsk skat som nævnt i bestemmelsernes 2. pkt. Som det ses, er også denne betingelse negativ.

Reglen må sigte mod indskydelsen af mellemfinansieringsselskaber, som i realiteten blot skal medvirke til at opfylde fradragsbetingelsen om, at kreditorselskabet skal beskattes af renteindtægten eller kursgevinsten. En sådant indskudt selskab kunne neutralisere sin skattemæssige position som følge af direkte eller indirekte

---

<sup>15)</sup> I lovforslagets bemærkninger anføres i stedet, at det er det udenlandske kreditorselskab, der skal være omfattet af CFC-beskatningen. Noget sådant forekommer ikke, idet det til alle tider vil være et dansk selskab, der omfattes af CFC-beskatningen, og det er dette selskab, der beskattes af CFC-indkomsten i det udenlandske CFC-selskab.

refinansiering hos et andet selskab, som ikke tilsvarende var underlagt beskatning af sine renteindtægter og kursgevinster. Hermed kunne anvendelsesområdet for SEL § 10 A, stk. 2, og KGL § 7 A, stk. 2, blive udhulet.

Hvad der nærmere ligger i begrebet direkte eller indirekte refinansiering illustreres i lovforslagets bemærkninger. Heraf fremgår først og fremmest, at vurderingen er konkret. Som retningslinje til denne vurdering angives det, at der skal være en *klar sammenhæng mellem lånets erlæggelse og dets anvendelse*. Denne betragtning må selvsagt vedrøre kreditor.

Som eksempel på *direkte refinansiering* anføres følgende situation: Et udenlandsk koncernselskab har ydet lån til et udenlandsk koncernselskab, der har videreudlånt de lånte midler til det danske koncernselskab. Som eksempler på *indirekte refinansiering* nævnes følgende situationer:

1. Et udenlandsk koncernselskab har ydet lån til et udenlandsk koncernselskab, der har anvendt de lånte midler til indskud i et udenlandsk koncernselskab, der har videreudlånt de indskudte midler til det danske koncernselskab.
2. Back-to-back-lån, hvor det udenlandske koncernselskab f.eks. aftaler med tredjemand, at denne skal yde det danske koncernselskab et lån mod, at det udenlandske koncernselskab yder et lån til tredjemand. Der kan f.eks. være tale om, at selskabets bank yder det danske koncernselskab et lån, samtidig med at det udenlandske koncernselskab indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank. Selve det forhold, at selskaberne er kunder i samme bank, kan dog i henhold til bemærkningerne ikke føre til, at der statueres refinansiering.

Det bemærkes således, at vi nu benytter back-to-back-lån som udtryk for refinansiering mens man i SEL § 11, stk. 1, 3. pkt., benytter terminologien som eksempel på indirekte sikkerhedsstillelse.

### 5.3. Om muligheden for at omlægge finansieringen

Hvis en udenlandsk koncern ønsker at bevare fradragsretten i et dansk selskab kan det også her overvejes at lade det danske selskab optage et eksternt lån hos en bank mod moderselskabets eller andre koncernselskabers sikkerhedsstillelse. Imidlertid er det en følge af SEL § 11 i sin nugældende formulering, at sådanne låneforhold vil blive klassificeret som værende kontrolleret gæld og følgelig vil fradragsretten for rentebetalingerne til banken i sådanne situationer kunne blive beskåret. Hermed kan der i sammenligning med de rent interne danske koncernforhold opstå en diskrimination.

## 6. Særregel om tilskud i koncernforhold

I tilknytning til de omtalte regler, hvorefter et debitorselskab kan miste sin rentefradragsret, jf. SEL § 10 A, stk. 1 og 2, indføres der i SEL § 10 A, stk. 5, en særregel om tilskudsbeskatning i koncernforhold. Nærmere bestemt går reglen ud på, at der ikke indtræder tilskudsbeskatning, hvis der betales en rente, der mindst udgør armslængderenten, jf. LL § 2, med fradrag af en procentdel svarende til den gældende selskabsskattesats på 30%. Hermed skal der betales en rente, der mindst udgør 70% af armslængderenten.

Om baggrunden for reglen anføres det i bemærkningerne: "... Ifølge ligningslovens § 2 skal lån mellem koncernselskaber ske på armslængde vilkår. Etableres et lån på vilkår eller ændres et allerede etableret lån til vilkår, der ikke ville være aftalt, såfremt parterne havde været uafhængige, anses rentefrihed eller en rente, der er mindre end på arms længde vilkår, som et skattepligtigt tilskud til det danske koncernselskab, jf. statsskattelovens §§ 4-6. Hvis koncernselskabet forpligter sig til at betale renter svarende til armslængde vilkår, anses tilskuddet for anvendt til at betale renten. Er kreditorselskabet udenlandsk, gælder dette dog kun, hvis kreditorselskabet beskattes af den tilsvarende renteindtægt. Det vil sige, at i tilfælde, hvor koncernselskabet har fradrag for renteudgiften, sker der (netto) ingen ændring af koncernselskabets skattepligtige indkomst. Lovforslaget indebærer som udgangspunkt ikke noget ændring heri....".

Betragtningerne er temmelig unuancerede. Særligt skal det bemærkes, at den nævnte situation alene kan opstå, hvor der er tale om begunstigelser af datterselskaber og søsterselskaber, idet et moderselskab ikke vil blive tilskudsbeskattet, men derimod anses for at have modtaget datterselskabsudbytter, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Endvidere synes det ikke rigtigt at henvise til SL § 6 som hjemmel til tilskudsbeskatning hos modtager. Bemærkningen om, at tilskuddet dermed anses at blive anvendt til rentebetaling, er så vidt ses en nyskabelse i transfer pricing-sammenhæng.

Det er utvivlsomt, at der kan ske en likviditetsomflytning ved indførelsen af reglerne i forhold den nuværende retstilstand. At man vil acceptere en forrentning, der svarer til 70% af armslængderenten er ikke tilfældigt. Efter gængs transfer pricing-model, vil en for lav forrentning indebære, at der hos debitor foretages en korresponderende og en sekundær korrektion. Forestiller man sig en rentebetaling fra debitor til kreditor på 60, mens armslængderenten er 100, vil der ikke blive udløst en skattemæssig konsekvens, idet fradrag og tilskud neutraliserer hinanden. Hvis debitor forpligter sig til at betale de resterende 40 i rente, er debtors likviditetsbelastning derfor 70 (60 i rente + 40 i ekstra rente minus

skatteværdien af et fradrag på 100 (30)).<sup>16</sup> Det samme gør sig gældende hvis der er tale om en udenlandsk kreditor, blot i denne situation med et særligt lovfæstet krav om foretagelsen af den primære korrektion udlandet, jf. udtrykkeligt LL § 2, stk. 4. Efter indførelsen af de nye regler vil likviditetsbelastningen i samme eksempel være 100 (betalt rente på 60 + 40 i tilskud). Det bemærkes herved, at kreditor som nævnt er skattefri af renteindtægter, mens debitor ikke har fradrag for renteudgifter. Dette kan indebære en omflytning af skattebetalingen og dermed en omflytning af likviditet mellem selskaberne. Der må herved sigtes til det forhold, at skattebyrden havner hos debitor, idet debitor tilskudsbeskattes og ikke samtidig opnår en korresponderende korrektion. Hermed havner den endelige skattebetaling så at sige hos debitorselskabet.

Det fremgår ikke tydeligt, om sammenligningen i bemærkningerne vedrører situationen før eller efter indførelsen af de nye regler, men beskrivelsen må antages at sigte en sammenligning mellem situationen før indførelsen af de nye regler og situationen efter indførelsen heraf. Den med reglen i SEL § 10 A, stk. 4 tilsigtede ligestilling må dermed også angå før- og efter- situationen.

En regel om, at man kan undgå tilskudsbeskatningen, hvis man betaler mindst 70% af armslængderenten, vil derfor føre til det resultat, at likviditetsbelastningen er 70 (60 + 10). Med SEL § 10 A, stk. 5, indføres netop en sådan regel. Denne omflytning af likviditet har koncernerne i henhold til SEL § 10 A, stk. 5, fremover mulighed for at undgå ved altså at lade forrentningen udgøre mindst 70% af markedsrenten.<sup>17</sup>

Som nævnt er 70% af armslængderenten det absolutte minimum, der skal betales. Derimod må alle betalinger mellem 70% og 100% accepteres.

---

<sup>16)</sup> Adgangen til betalingskorrektion forudsætter opfyldelse af nogle betingelser. Den første betingelse er, at der skal være foretaget en korrektion i overensstemmelse med LL § 2, stk. 1. Den anden betingelse er, at skatteyderen påtager sig en forpligtelse til betaling af armslængdeprisen. Der skal med andre ord ske tilbagebetaling af den økonomiske fordel, som samhandlen har medført. Betalingsforpligtelsen skal påtages i tilknytning til gennemførelsen af transfer pricing-korrektionen efter LL § 2, stk. 1. I tilfælde af en grænseoverskridende transaktion kan desuden som en tredje betingelse siges at gælde, at den udenlandske skattemyndighed har foretaget en primær justering svarende til den korresponderende justering i Danmark. I lyset af ovenstående fortolkning af LL § 2 vedrørende kravene til den fulgte systematik, forekommer bestemmelsen i LL § 2, stk. 4, vedrørende grænseoverskridende korrektioner unødvendig, idet der ikke herefter er behov for at stille selvstændigt krav om korrektion hos de udenlandske myndigheder, idet dette allerede følger af selve systematikken. Bestemmelsen må derfor antages alene at have betydning, hvor den danske og den udenlandske korrektion ikke stemmer overens.

<sup>17)</sup> I bemærkningerne anføres, at omflytningen af likviditet kan undgås ved en nedsætning af renten. Således vil en rentebetaling højere end armslængderenten minus 30% og lavere end armslængderenten medføre den likviditetsbelastning, som selve rentebetalingen repræsenterer, hvilket kan være mellem 70% og 100% af armslængderenten. En sænkning af renten indtil 70% af armslængderenten vil medføre en tilnærmelse af likviditetsbelastningen til 70% af rentebetalingen, som kendetegner belastningen forud for reglerens indførelse.

Det er svært at bedømme den praktiske betydning af reglen, men det synes problematisk at give særregler om tilskudsbeskatning. I det hele taget synes det uforståeligt, at vi nu i princippet skal have en bestemmelse, der for så vidt alene har til formål at udjævne effekten af en anden skatteregel.

## **7. Begrænset skattepligt for udenlandsk kreditor**

Som noget helt nyt indføres tillige begrænset skattepligt af visse koncerninterne rentebetalinger. Ny SEL § 2, stk. 1, litra d, indebærer, at der fremover påhviler udenlandske selskaber og foreninger mv. svarende til de i stk. 1 nævnte begrænset skattepligt af renter fra kilder i Danmark, som vedrører kontrolleret gæld. Ved kontrolleret gæld forstås i denne sammenhæng gæld, som et selskab eller en forening som nævnt i SEL § 1, et fast driftssted, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a, eller en fond eller forening omfattet af FBL har til en udenlandsk, juridisk person.

Forslaget til ny KSL § 65 D indebærer, at den for hvis regning en udbetaling eller godskrivning af en rente til et selskab der er begrænset skattepligtig efter SEL § 2, stk. 1, litra d, skal indeholde 30% af den samlede rente. Der er hermed tale om en endelig 30%-skat, jf. ny SEL § 2, stk. 2, jf. KSL § 65 D. Pligten til at indeholde renteskat påhviler selskaber, fonde og foreninger, der har hjemting her i landet. Hvis den der foretager udbetalingen eller godskrivningen er befuldmægtiget hertil, påhviler det fuldmægtigen at foretage indeholdelsen. Det indeholdte beløb benævnes "renteskat". Af forslaget til ny KSL § 65 D, stk. 2 fremgår det, at skatteministeren kan fastsætte regler om, at indeholdelsespligten ikke påhviler den, for hvis regning renteudbetalingen foretages, hvis der ikke sker en direkte udbetaling eller godskrivning til rentemodtageren men i stedet til en person, et dødsbo, et selskab, en fond, en forening eller en institution m.v. med hjemting her i landet, der varetager rentemodtagerens interesser. Indeholdelsespligten påhviler i sådanne situationer i stedet den nævnte repræsentant.

Skattepligten omfatter efter ordlyden ikke renter, som dækkes af *rente-/royalty-direktivet* (direktiv 2003/49/EF). Denne fritagelse gælder dog kun, hvis såvel det betalende som det modtagende selskab er associeret som nævnt i direktivet, og dette foreligger i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge. Samtidig skal der være tale om en selskabsform som nævnt i bilaget til direktivet. Associeringskravet specificeres i direktivets artikel 3, litra b. Herefter er et associeret selskab et selskab, der er associeret med et andet selskab, som minimum ved at (i) det direkte besidder en andel på mindst 25% af det andet selskabs kapital, (ii) det andet selskab direkte besidder en andel på mindst 25% af dets kapital, eller (iii) et tredje selskab direkte besidder en andel på mindst 25% af både dets kapital og det andet selskabs kapital. Medlemsstaterne kan imidlertid erstatte kriteriet om en minimumsandel af kapitalen med

kriteriet om en minimumsandel af stemmerettighederne. Det er værd at bemærke, at direktivet alene omfatter direkte ejerskab.

Rentebetalinger til et udenlandsk selskabs *faste driftssted* i Danmark skal medregnes ved opgørelsen af det faste driftssteds skattepligtige indkomst her i landet. I bemærkningerne anføres, at sådanne renteindtægter foreslås fritaget fra SEL § 2, stk. 1, litra d. Dette forhold fremgår ikke af bestemmelsens ordlyd, og der kan måske være tale om en lapsus, idet en tidligere version af lovforslaget specifikt i SEL § 2, stk. 1, litra d, foreskrev, at bestemmelsen ikke skulle finde anvendelse på renter af fordringer som er knyttet til et fast driftssted.

Set i sammenhæng med implementeringen af rente-/royaltydirektivet synes der at være tale om en mærkværdig lovændring. Man skaber således intern hjemmel til opkrævning af rentekildeskat i visse koncernforhold, mens implementeringen af rente-/royaltydirektivet atter ophæver denne beskatning.

Formålet med reglen er angivet som hensynet til i grove træk (jf. ordene ”stort set”) at skabe neutralitet i valget mellem udbytte, royalty eller rentebetalinger.

Er der indgået et dobbeltbeskatningsoverenskomst med kreditors hjemland, kan der heri findes bestemmelser, der medfører, at Danmark må nedsætte eller frafalde beskatningsretten til renterne. I modsætning til et tidligere udkast til lovforslaget er dette forhold ikke medtaget i det endelige lovforslag, selvagt fordi det nævnte allerede følger af selve overenskomsten og herved ikke bør indskrives i dansk lovtæst.

Det er et oplagt spørgsmål, om der kan indtræde begrænset skattepligt af renteindtægten samtidig med en fradragsnægtelse som følge af SEL § 10 A. Problemstillingen er eksplicit berørt i SEL § 10 A, stk. 2, 2. pkt., hvoraf det fremgår, at der ikke samtidig kan komme sådan beskatning på tale. Derimod er der tilsyneladende ikke noget til hinder for, at der er begrænset skattepligt samtidig med en fradragsbeskæring som følge af reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11.

Indførelse af begrænset skattepligt på rentebetalinger i Danmark ændrer uvægerligt forudsætningerne for adskillige internationale finansieringsstrukturer, hvori Danmark er involveret. Således har det vel været udbredt at operere med selskaber beliggende i lande, hvor renteindtægter ikke beskattes. Sådanne lande indgås der typisk ikke indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med. Ligeledes er det almindeligt udbredt at gennemføre såkaldte debt-push down strategier, hvor renteudgifter i et dansk selskab qua sambeskatning udlignes med targetsselskabets driftsindtægter. Disse finansieringsstrategier vil blive berørt af dansk begrænset skattepligt på renteindtægter. Betalinger til udenlandske selskaber der maksimalt ejer 50% omfattes ikke af den begrænsede skattepligt.

For at imødegå rentekildeskatten kunne der overvejes at optage *ekstern finansiering* i stedet. Dette er umiddelbart en dyrere løsning, men méromkostningen skal holdes op mod en renteskat på 30% af hele rentebetalingen. Udenlandske moderselskaber kan i denne forbindelse stille sikkerhed for lånet. Man kan naturligvis stille det spørgsmål, om en sådan sikkerhedsstillelse indebærer, at der bliver tale om kontrolleret gæld i SEL § 10 A's forstand. Dette er næppe tilfældet, idet der ikke i den forslåede formulering af SEL § 10 A ikke er foretaget en henvisning til SEL § 11 og det erindres, at der kun i SEL § 11, stk. 1 er hjemmel til at anse garanterede rentebetalinger som værende kontrollerede renteudgifter. Hermed opstår der visse muligheder for at foretage skatteplanlægning med det formål at fjerne eller nedbringe den introducerede rentekildeskat.

Tilsvarende kunne det overvejes at *undlade eller nedsætte rentebetalingerne* fra et dansk debitorselskab til et udenlandsk kreditorselskab beliggende udenfor EU i et land som ikke er en DBO-stat. Konsekvenserne heraf er ikke endeligt afklaret.

Hvis der findes transfer pricing regler i kreditorstaten vil der givetvis blive udløst en primær korrektion i denne stat som følge af den manglende rentebetaling. I Danmark vil der herefter være adgang til en korresponderende korrektion i form af en yderligere rentebetaling samtidig med at der gennemføres tilskudsbeskatning. Hermed er korrektionen hos det danske debitorselskab neutral. Tilskudsbeskatning kan endda under visse betingelser undgås som følge af LL § 2, stk. 4. Herved vil resultatet være, at korrektionen i Danmark samlet set medfører et fradrag for debitorselskabet.

Findes der ikke transfer pricing regler i kreditorstaten eller foretages der ingen korrektion er resultatet noget mere usikkert. Efter min opfattelse er der i sådanne tilfælde ikke hjemmel til andre korrektioner i Danmark end en isoleret tilskudsbeskatning af kreditorselskabet. Hermed kommer begrænset skattepligt af yderligere rentebetalinger ikke på tale og den skattemæssige konsekvens vil udgøre 30% af tilskuddets størrelse som følge af ordinær selskabsbeskatning af beløbet. Modsat kan der argumenteres for, at der i Danmark i sådanne situationer kan gennemføres en negativ primær korrektion samtidig med, at der foretages en sekundær korrektion i form af en tilskudsbeskatning. Resultatet heraf vil være, at primær og sekundær korrektion udligner hinanden, hvorved den skattemæssige position er neutral i Danmark. Imidlertid vil reglerne om begrænset skattepligt for rentebetalinger, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d medføre, at der betales 30% i skat af den rentebetaling, der fikseses som følge af den primære korrektion.

Uanset hvilket scenarie man foretrækker synes resultatet for koncernen at blive det samme, nemlig 30% i skat af den for lidt betalte rente. SEL § 10 A, stk. 5 finder ikke anvendelse i disse situationer, idet der netop som udgangspunkt er fradrag for renteudgifterne.

## 8. Ikrafttræden

Ikrafttrædelsesbestemmelserne findes i lovforslagets § 13. Heri foreskrives det, at reglerne i kursgevinstlovens § 5 a og § 7 a har virkning for gevinst og tab realiseret den 1. januar 2004 eller senere. Tilsvarende fremgår om SEL § 2, stk. 1, litra d, SEL § 2, stk. 2, og SEL § 10 A, idet disse bestemmelser har virkning for renteudgifter og renteindtægter vedrørende tiden fra og med 1. januar 2004. Endelig bestemmes det, at SEL § 11 ikke finder anvendelse på renter for tiden forud for 1. januar 2004 og kurstab realiseret før 1. januar 2004 vedrørende gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer, der er hjemmehørende i et land inden for EU eller EØS. Hermed rulles bestemmelsen så at sige tilbage til sin oprindelige ikrafttrædelsesdato. Det er en betingelse for genoptagelse og ændring af skatteansættelser under hensyn hertil, at anmodning om genoptagelse fremsættes inden 6 måneder efter lovens ikrafttræden. Anmodning om skatteansættelse skal indsendes til den skatteansættende myndighed. Denne ikrafttrædelsesregel synes også i overensstemmelse med EU-retten, idet det direkte af SSL § 35, stk. 2 følger, at anmodningen også for andre tilsvarende danske praksisændringer mv. skal ske inden 6 måneder, jf. SSL § 35, stk. 1, nr. 7.

## 9. Afslutning

Som artiklen har vist, kommer vi med lovændringerne vidt omkring i selskabsskatteretten. Det er angivet, at alle ændringer alene sker for at imødekomme EF-domstolens krav til de europæiske regler om tynd kapitalisering. Dette må være en sandhed med modifikationer, idet der som nævnt er tale om en mindre reform af koncernbeskatningen i Danmark og de praktiske konsekvenser heraf rækker betydeligt videre end officielt tilsigtet. Man kan ikke undlade at få den tanke, at der ligger andre motiver bag regelændringerne end de, der eksplicit er kommet til udtryk.

Personligt ville jeg have foretrukket den løsning, der indebærer en udvidelse af reglernes anvendelsesområde, idet denne løsning medfører ensartethed og simplicitet. Denne løsning skulle dog eventuelt suppleres med en *subjektiv skattebesparelses- og skatteudnyttelsesbedømmelse*. Alternativt kunne problemstillingen overlades til de almindelige transfer pricing regler.

Den valgte løsning forekommer unødigt kompliceret. Som sådan ligger forslaget vel næppe i tråd med regeringens igangværende regelforenklingsarbejde. Uden at fornærme nogen kan man vist godt konstatere, at der ikke er tale om en regelforenklings-

Samtidig havde det være ønskværdigt, hvis man havde benyttet lejligheden til at foretage de fornødne justeringer af de gældende regler om tynd kapitalisering. Samtidig kunne man overveje, om vi i det hele taget har behov for særregler om tynd kapitalisering, eller om man ikke i stedet kunne lade problemstillingen være omfattet af de almindelige transfer pricing-regler.

Målsætningen om at bringe de danske regler i overensstemmelse med EU-retten er formentlig opnået. Man kunne dog stille det spørgsmål, om EU-retten krænkes i de tilfælde, hvor der sker en korrektion i Danmark som følge af reglerne om tynd kapitalisering, samtidig med at renteindtægten beskattes i en EU-stat. En rent dansk koncern har jo som omtalt fradrag og skattefrihed. Man kan dog sige, at det ikke er de danske regler, der skaber forskelsbehandlingen, men derimod udenlandske regler om skattepligt, idet et dansk debitorselskab netop ikke længere har fradrag for renteudgiften/kurstabet. Spørgsmålet er dog omdiskuteret, idet det vel grundlæggende er uafklaret, om EU-retten tvinger medlemsstaterne til at ophæve økonomisk dobbeltbeskatning, jf. hertil EU-kommissionens argumenter i Lankhorst-Hohorts-sagen. Mere tyngde har argumentet om, at garanteret bankgæld er kontrolleret gæld, hvis der er tale om et udenlandsk moderselskab. Hvis der derimod er tale om en dansk koncern, hvor det danske datterselskabs har gæld til en bank som moderselskabet har afgivet garanti for, vil der være rentefradragsret.

Det havde været nærliggende, hvis lovforslaget havde være udvidet til også at omfatte andre skatteregler, der kan skønnes at være i strid med EU-retten. I denne forbindelse tænkes navnlig på SKL § 3 B, der for så vidt udgør en væsentlig restriktion for udenlandske, herunder EU-baserede koncerners aktiviteter i Danmark. Yderligere kunne det overvejes, om de særlige regler i LL §§ 5 E og 5 F, hvorefter fradrag nægtes lånefinansieret investering i visse udenlandske aktier og fordringer, er i overensstemmelse med EU-retten. Spørgsmålet er særligt aktuelt i lyset af EF-Domstolens dom af 18.9. 2003 i sag C-168/01 *Bosal Holding BV v Staatssecretaris van Financiën*. Domstolen tog heri stilling til de hollandske regler, der nægter moderselskaber fradrag for renteudgifter vedrørende aktieerhvervelser, i det omfang de indkomster som datterselskabet genererer, ikke beskattes i Holland. Disse regler blev fundet stridende mod Traktatens art. 43, jf. art. 48 om selskabers etableringsfrihed.

Som en afsluttende bemærkning kan der være anledning til at erindre om, at de gældende skatteregler uden for koncernhold også vil gælde fremover. Udgangspunktet i disse situationer er således fortsat rentefradragsret hos debitor og skattepligt hos kreditor.

Efter artiklens udarbejdelse er lovforslaget gjort til genstand for skarp kritik fra høringsparterne, og det forlyder, at lovforslaget vil blive fremsat i væsentligt ændret form.

# Menneskerettigheder og EU-konkurrenceret

af

Jens Fejø

## Indledning. Problem

EU-konkurrenceretten vil med vedtagelsen og anvendelsen af Rfo 1/2003<sup>1</sup> imødesee øgede undersøgelses- og indgrebsbeføjelser ikke blot for Europa-Kommissionen men også for nationale konkurrencemyndigheder. En naturlig tanke i den forbindelse er hensynet til *retssikkerheden*. Vil retssikkerheden under skærpede myndighedskompetencer blive varetaget på rimelig vis? Et vigtigt element er herved menneskerettighederne, som disse navnlig fremstår på basis af den *Europæiske Menneskerettighedskonvention* (EMRK). Dette julebogsbidrag vil koncentrere sig om nogle aspekter af menneskerettighederne i relation til EU-konkurrenceretten, idet følgende punkter vil blive taget op: 1. Er EU-konkurrencerettens sanktioner "strafferetlige" i EMRKs forstand, 2. Lang sagsbehandlingstid, 3. Beskyttelsen af fortrolighedsforholdet mellem virksomhederne og disses advokater og andre rådgivere, 4. Selvinkriminering og 5. Beskyttelse mod husundersøgelse af forretningslokaler og andre lokaler.

## 1. Er EU-konkurrencerettens sanktioner "strafferetlige" i EMRKs forstand

Allerede Rådets første forordning inden for EU-konkurrenceretten, Rfo 17/62, havde givet hjemmel til at pålægge bøder. Artikel 15 bestemte bl.a. således i

---

<sup>1)</sup> Rfo 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, (EFT 2003 L 1/1). Se almindeligt om forordningen *Jens Fejø: EU-Konkurrenceret*, Almindelig del (Jurist- og Økonomforbundet 2003), kapitel VI.

stk. 2, at “Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenlutninger af virksomheder bøder på mindst 1.000 og højst 1.000.000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10 % af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

a) overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86, eller [...]”.

Der var ingen tvivl om, at bødebeløbene på dette grundlag kunne komme til at udgøre særdeles store beløb, og det kunne vel derfor være bemærkelsesværdigt, at det i forordningens artikel 15, stk. 4 samtidig hed, at “Beslutninger, der træffes i henhold til stk. 1 og 2, er ikke sanktioner i strafferetlig forstand”. Med denne formulering havde Rfo 17/62 vel for den EU-retlige håndterings vedkommende anvist, at de konkurrenceretlige bøder i det “rene” EU-system ikke skulle behandles som strafferetlige. Men indebar bestemmelsen i Rfo 17/62 artikel 15, stk. 4, at denne behandling skulle gælde universelt, eller kunne man forestille sig, at de bøder, der altså i EU-konkurrenceretlig henseende “ikke [var] sanktioner i strafferetlig forstand”, kunne betragtes som sanktioner i strafferetlig forstand, f.eks. efter EMRK, med de konsekvenser dette måtte have i henseende til beskyttelse af virksomhederne og disses interesser efter EMRK? Meget var i så henseende usikkert i 1962 ved Rfo 17/62’s vedtagelse.

Rfo 1/2003 har nu i det væsentlige opretholdt den med Rfo 17/62 indledte bødehjemmel og karakteristik. Således hedder det i Rfo 1/2003 artikel 23 om bøder, at “Kommissionen kan ved beslutning pålægge virksomheder og virksomheds-sammenslutninger bøder, hvis de forsætligt eller uagtsomt: a) overtræder traktatens artikel 81 eller 82, eller [...]”.

Bøden kan for hver af de virksomheder, som har deltaget i overtrædelsen, ikke overstige 10 % af den samlede omsætning i det foregående regnskabsår [...]”.

Stk. 5 bestemmer herved, at “Beslutninger i henhold til stk. 1 og 2 har ikke strafferetlig karakter”.

Spørgsmålet er således fortsat, om de bøder, der i EU-konkurrenceretlig lovgivningsterminologi ikke har “strafferetlig karakter”, desuagtet er strafferetlige i f.eks. EMRKs forstand. Den praktiske betydning af, om EU-bøderne er strafferetlige eller ikke-strafferetlige bøder i EMRKs forstand er bl.a., at den praksis, som den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) navnlig på basis af EMRK artikel 6 har udviklet, vil kunne påberåbes ved strafferetlige sanktioner.

Artikel 6 indebærer således bl.a. ret til retfærdig og offentlig rettergang, at en anklaget skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist i henhold til loven, at en anklaget har ret til at forsvare sig, at man som tiltalt ikke må tvinges til at udlevere oplysninger til skade for sig selv ("selvinkrineringsforbudet"), m.v.<sup>2</sup> Ved afgørelsen af, om der foreligger en "anklage for en forbrydelse"/"criminal charge" har EMD navnlig lagt vægt på bl.a. karakteren og intensiteten af den sanktion, der kan blive tale om at ikende.<sup>3</sup> En mulig bøde i medfør af Rfo 17/62, og fremover Rfo 1/2003, vil formentlig omfattes af denne karakteristik, og det må derved antages, at retsforfølgning efter disse bestemmelser er beskyttet gennem EMRK artikel 6. Spørgsmålet har så vidt ses dog ikke været genstand for selvstændig prøvelse ved EMD, men den håndtering, som EF-domstolen foretager af bødesagerne tyder på, at bøderne betragtes som strafferetlige, jf. herved nedenfor.

## 2. Lang sagsbehandlingstid

Et stadigt stigende problem ved administrativ og judiciel behandling i det EU-retlige system er, som andetsteds, de lange sagsbehandlingstider. EF-domstolen har i en enkelt konkurrencesag beskæftiget sig hermed i tilknytning til EMRK, nemlig i en dom fra 1998 i *Baustahlgewebe* mod Kommissionen.<sup>4</sup> Her havde Kommissionen i 1989 pålagt virksomheden (som én blandt 14) en bøde på 4.500.000 ECU for deltagelse i *Armeringsnet-kartellet*, i form af en række aftaler og/eller samordnet praksis med det formål at fastsætte priser og/eller leveringskvoter samt at opdele markederne for armeringsnet. De pågældende aftaler m.v. vedrørte ifølge beslutningen forskellige delmarkeder (de franske og tyske markeder samt Benelux-markedet), men påvirkede samtidig handelen mellem medlemsstater, fordi der deltog virksomheder fra flere medlemsstater. Sagen indbragtes ved stævning den 20. oktober 1989 for Retten i Første Instans, hvor den skriftlige forhandling afsluttedes den 5. juli 1990, mundtlig forhandling af sagen skete for Retten den 14. til 18. juni 1993, medens Rettens dom blev

---

<sup>2)</sup> Jf. herved kommentarværket: Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen, Jens Vedsted-Hansen: Den Europæiske menneskerettighedskonvention med kommentarer (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003), 195 ff.

<sup>3)</sup> *Op.cit.* 319 ff.

<sup>4)</sup> *Baustahlgewebe* mod Kommissionen, sag C-185/95P, dom af 17.12.1998, Sml. 1998, I-8417.

afsagt den 6. april 1995.<sup>5</sup> Ved denne dom nedsatte Retten bøden til 3.000.000 ECU, fordi det blev fastslået, at virksomheden ikke havde deltaget i kartellet for alle de forholds vedkommende, som Kommissionen havde fastslået. Virksomheden gjorde efterfølgende for EF-domstolen til støtte for sine påstande gældende, at Retten ved en for lang sagsbehandlingstid havde tilsidesat den ret til rettergang inden en rimelig frist, som virksomheden har i henhold til EMRK artikel 6, stk. 1, og i øvrigt at Retten ved at afsige dom 22 måneder efter afslutningen af den mundtlige forhandling havde tilsidesat det almindelige princip om umiddelbarhed i retsplejen. EF-domstolen udtalte herved bl.a.,<sup>6</sup> at "Domstolen har således kompetence til at undersøge, om der under sagens behandling ved Retten er begået rettergangsfejl, som krænker appellants interesser, og skal efterprøve, at almindelige fællesskabsretlige principper og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt [...]". Domstolen henviste i denne forbindelse til EMRK's artikel 6, stk. 1.

EF-domstolen behandlede imidlertid mere indgående det påberåbte synspunkt om, at der ikke var sket rettergang inden en *rimelig frist*.<sup>7</sup> Domstolen påpegede indledningsvis, at den sagsbehandling, hvis tidsmæssige udstrækning var genstand for Domstolens efterprøvelse, begyndte den 20. oktober 1989, hvor stævningen i annulationssøgsmålet blev indleveret, og afsluttedes den 6. april 1995, hvor den appellerede dom blev afsagt. Sagsbehandlingen varede således i ca. 5 år og 6 måneder.

I den forbindelse fastslog Domstolen for det første, at dette umiddelbart forekom at være meget lang tid. Spørgsmålet om, hvorvidt en sådan frist er rimelig, måtte imidlertid vurderes på grundlag af omstændighederne i den enkelte sag, herunder navnlig sagens betydning for den pågældende, dens kompleksitet og appellants og de kompetente myndigheds adfærd. EF-domstolen henviste herved "analogt" til en række domme afsagt af EMD.

Hvad angik *sagens betydning for virksomheden* måtte det understreges, at selskabets økonomiske overlevelsesmuligheder ikke direkte var bragt i fare på grund af sagen. Imidlertid havde det grundlæggende krav om retssikkerhed, som gælder for virksomhederne, og hensynet til at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes under en tvist om, hvorvidt der foreligger en

---

<sup>5)</sup> *Baustahlgewebe GmbH* mod Kommissionen, sag T-145/89, dom af 6.4.1995, Sml. 1995, II-987.

<sup>6)</sup> Præmisserne 19 ff.

<sup>7)</sup> Præmisserne 26 ff.

tilsidesættelse af konkurrencereglerne, stor betydning, ikke kun for virksomheden og dens konkurrenter, men også for udenforstående på grund af de mange mennesker, der var berørt heraf, og de involverede økonomiske interesser.

I henhold til Rfo 17/62 artikel 15, stk. 2 kunne virksomheden således pålægges en bøde på indtil 10% af omsætningen i det foregående regnskabsår, og i den foreliggende sag havde Kommissionen ved beslutningen pålagt virksomheden en bøde på 4,5 mio. ECU, som skulle betales senest tre måneder efter meddelelsen af beslutningen. Efter udløbet af denne frist påløb der renter på 12,5% p.a. Domstolen pegede herved på, at det i den forbindelse bl.a. bestemmes i EF-traktaten, at de af Kommissionens beslutninger, der indebærer en forpligtelse for andre end stater til at betale en pengeydelse, kan tvangsfuldbyrdes, og at tvangsfuldbyrdelsen sker efter den borgerlige retsplejes regler i den medlemsstat, på hvis område den finder sted. Indbringelse af sag for Retten har ikke opsættende virkning. Retten kan, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt, foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler og eventuelt udsætte tvangsfuldbyrdelsen.

Det fremgik af sagen, at der ikke var truffet foranstaltninger med henblik på inddrivelse af bøden, medens retssagen verserede, idet virksomheden stillede en bankgaranti som krævet af Kommissionen. Dette ændrede imidlertid ikke ved, at appellanten havde krav på en retfærdig rettergang inden en rimelig frist, og navnlig at der blev taget stilling til berettigelsen af de anklager om overtrædelse af konkurrenceretten, som Kommissionen havde fremsat over for virksomheden, og den bøde, der i denne anledning var pålagt den. Det måtte herefter fastslås, at sagen ved Retten havde væsentlig betydning for virksomheden.

Med hensyn til *sagens kompleksitet* bemærke EF-domstolen, at Kommissionen i beslutningen havde fastslået, at fjorten producenter af armeringsnet havde tilsidesat traktatens artikel 81 ved en række aftaler og forskellige former for samordnet praksis vedrørende fastsættelse af leveringskvoter og priser for dette produkt. Den appellerende virksomheds søgsmål var én af de 11 sager, der blev anlagt med tre forskellige processprog, og som blev forenet af Retten med henblik på den mundtlige forhandling. Det fremgik af sagen og den appellerede dom, at sagen vedrørende appellanten nødvendiggjorde en indgående undersøgelse af forholdsvis omfattende dokumenter og komplicerede faktiske og juridiske spørgsmål.

Hvad angik *virksomhedens adfærd under sagen ved Retten* fremgik det af sagen, at fristen for indlevering af duplik på virksomhedens anmodning blev forlænget med ca. en måned. I denne forbindelse kunne EF-domstolen dog ikke

tiltræde Kommissionens argument om, at sagsbehandlingen ved Retten blev forsinket, fordi appellantens advokater ikke havde deltaget i den administrative procedure ved Kommissionen og derfor med urette havde koncentreret en væsentlig del af deres argumentation om den bøde, Kommissionen havde pålagt selskabet for deltagelse i et foreliggende strukturkrisekartel. I stedet påpegede Domstolen, at en virksomhed, som er berørt af en kommissionsbeslutning, hvori der fastslås overtrædelser af konkurrenceretten og pålægges virksomheden bøder, således med alle de midler, den finder hensigtsmæssige, må kunne anfægte rigtigheden af de klagepunkter, der gøres gældende over for den. Der var derfor ikke grundlag for at fastslå, at virksomheden i væsentlig grad havde medvirket til at forlænge sagsbehandlingstiden.

Med hensyn til *de kompetente myndigheders adfærd* bemærkede Domstolen, at oprettelsen af Retten i tilknytning til Domstolen og indførelsen af muligheden for behandling i to instanser havde til formål at sikre en større grad af retsbeskyttelse for borgerne, navnlig i sager, hvori det er nødvendigt at foretage en indgående undersøgelse af komplicerede faktiske omstændigheder, og at opretholde kvaliteten og effektiviteten af retsbeskyttelsen inden for fællesskabsretten ved at skabe grundlag for, at Domstolen kan koncentrere sig om sin hovedopgave, som er at værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af fællesskabsretten. Det var således grunden til, at strukturen i den fællesskabsretlige domstolsordning i en vis udstrækning begrundes, at Retten, som alene har kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og foretage den indholdsmæssige undersøgelse af sagen, har forholdsvis længere tid til at forberede sager, hvori det er nødvendigt at foretage en indgående undersøgelse af komplicerede faktiske omstændigheder. Uanset denne opgave skal Retten som den af Fællesskabets retsinstanser, der er oprettet specielt med dette formål for øje, imidlertid overholde princippet om en rimelig frist i forbindelse med behandlingen af de sager, der indbringes for den. Der måtte ligeledes tages hensyn til de særlige krav i forbindelse med sagsbehandlingen ved Fællesskabets retsinstanser, bl.a. som følge af den sprogordning, der er fastlagt, og af forpligtelsen i henhold til at offentliggøre dommene på Fællesskabets sprog. Det måtte imidlertid fastslås, at det ikke fremgik af omstændighederne i den foreliggende sag, at sådanne særlige krav kunne begrunde sagsbehandlingstiden ved Retten. Det måtte i denne forbindelse understreges, at to perioder i forbindelse med sagens behandling ved Retten var afgørende i forhold til princippet om en rimelig frist. Der medgik således ca. 32 måneder fra afslutningen af den skriftlige forhandling og til beslutningen om at indlede den mundtlige forhandling. Det blev ganske vist besluttet ved kendelse af 13. oktober 1992 at forene de 11 sager med henblik på den mundtlige forhandling, men der blev ikke i denne periode truffet andre foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse. Hertil kom, at der med-

gik 22 måneder fra afslutningen af den mundtlige forhandling til afsigelsen af Rettens dom. Selv når man tog hensyn til de særlige krav i forbindelse med sagsbehandlingen ved Fællesskabets retsinstanser, kunne det kun, når der forelå særlige omstændigheder, begrundes, at der medgik så lang tid til sagens oplysning og voteringen. Da der ikke var tale om udsættelse af sagen ved Retten, måtte det lægges til grund, at der ikke i den foreliggende sag forelå sådanne særlige omstændigheder. Domstolen fastslog herefter, at selv om der blev taget hensyn til sagens forholdsvis komplicerede karakter, var sagsbehandlingstiden ved Retten længere, end kravene til overholdelsen af princippet om en rimelig frist tillader.

Af procesøkonomiske hensyn og for umiddelbart og effektivt at afhjælpe denne rettergangsfejl tiltrådte Domstolen anbringendet om en for lang sagsbehandlingstid og annullerede derfor Rettens dom, for så vidt den bøde, der var pålagt appellanten, var fastsat til 3 mio. ECU. I stedet fastsattes bøden til 2.950 mio. ECU, idet et beløb på 50.000 ECU blev anset for en passende kompensation for "den urimelig lange sagsbehandlingstid".

Man kan konstatere, at EMRK - som fortolket af EMD - således tages alvorligt af EF-domstolen i forbindelse med for lange sagsbehandlingstider. Risikoen for, at EMRK-kravet overskrides er særlig stor ved konkurrencesagerne, hvor sagernes kompleksitet og betydelige krav til dokumentation stiller navnlig Kommissionen og Retten over for vanskelige arbejdsforhold.<sup>8</sup> Den netop gennemgæede Baustahlgewebe-dom illustrerer dette godt, omend det især er tiden internt ved Retten, som har foranlediget sagsudfaldet.

### **3. Beskyttelsen af fortrolighedsforholdet mellem virksomhederne og disses advokater og andre rådgivere**

Langt tilbage i EU-konkurrencerettens historie har spørgsmålet om fortolkningen af artikel 14 i Rfo 17/62, som har hjemlet Kommissionens beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser, herunder at få adgang til at tage afskrifter eller ekstraktudskrifter af bøger og forretningspapirer, været genstand for overvejelse

---

<sup>8)</sup> Det er herved et relevant spørgsmål at stille, om den sagsbehandlingstid, der finder sted i Kommissionen i en konkurrenceretssag, omfattes af kravet om en rimelig sagsbehandlingstid efter artikel 6 i EMRK. Ved straffesager medgår således den forudgående sagsbehandlingstid ved politi, anklagemyndighed m.v. i den samlede sagsbehandlingstid, medens dette ikke nødvendigvis tilsvarende er tilfældet ved civile sager, for så vidt angår en eventuel forudgående administrativ sagsbehandling.

i forhold til korrespondance med virksomhedernes advokater. Allerede i 1982 i *AM & S Europe*-dommen<sup>9</sup> blev den retsbeskyttede fortrolighed af korrespondancen mellem en advokat og hans klient således behandlet af EF-domstolen. EF-domstolen bemærkede herved, at med hensyn til beskyttelsen af korrespondancen mellem en advokat og hans klient fremgår det af medlemsstaternes retssystemer, at selv om princippet er almindeligt anerkendt, veksler dets rækkevidde og kriterierne for dets anvendelse.<sup>10</sup> Medlemsstaternes lovgivning indeholdt i så henseende forskellige begrundelser for at anerkende en sådan beskyttelse. Bortset fra sådanne forskelle, indeholdt medlemsstaternes retssystemer dog fælles kriterier, idet disse, under betingelser, der lignede hinanden, anerkendte fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient, såfremt der herved var tale om en korrespondance, der udveksles af hensyn til klientens forsvar, og som hviler på hans ret til et sådant forsvar, og såfremt denne hidrører fra en uafhængig advokat, dvs. en advokat, der ikke er knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold. Set i denne sammenhæng skulle Rfo 17/62 fortolkes således, at også den beskytter fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient under de to nævnte betingelser, idet den i beskyttelsen optager de elementer, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer. Domstolen kom herefter til det resultat, at selv om Rfo 17/62, fortolket på grundlag af dens ordlyd, dens sammenhæng og formål og under hensyn til gældende ret i medlemsstaterne, bemyndiger Kommissionen til at kræve samtlige forretningsdokumenter fremlagt, som den finder det nødvendigt at få indsigt i, herunder korrespondancen mellem en advokat og hans klient, for at kunne forfølge mulige overtrædelser af traktatens artikler 81 og 82, så begrænses denne beføjelse dog af hensynet til beskyttelsen af tavshedspligten, såfremt den pågældende korrespondance er udvekslet med en uafhængig advokat.

*AM & S Europe*-dommen henviser, som det ses, ikke til EMRK, men alene de nævnte kilder, som grundlag for sit resultat. Ansatte virksomhedsjurister, der under dem der har en aktiv advokatbestalling, er ikke omfattet af EF-domstolens fortrolighedsprivilegium.

---

<sup>9)</sup> *AM & S Europe* Europe mod Kommissionen, sag 155/79, dom af 18.5.1982, Sml. 1982, 1575; se herved min *EU-konkurrenceret. Almindelig del*, 2003, side 257.

<sup>10)</sup> Dommens præmis 19.

#### 4. Selvinkriminering

*Orkem*-dommen fra 1989<sup>11</sup> tog spørgsmålet om selvinkriminering op og udtalte, at Kommissionen ikke ved en beslutning om begæring af oplysninger må tilside-sætte de rettigheder, der tilkommer virksomhederne i kraft af kontradiktionsprin-cippet, hvorefter fulgte, at Kommissionen ikke må pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståel-se om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for. I den forbindelse udtalte Domstolen i *præmis 30*, at “Vedrørende den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 6 bemærkes, at selv om det antages, at denne bestemmelse ville kunne påberåbes af en virksomhed, over for hvem der er iværksat en undersøgelse på konkurrenceområdet, må det kon-stateres, at det hverken fremgår af dens ordlyd eller af EMDs praksis, at bestem-melsen hjemler nogen ret til at nægte at vidne imod sig selv”. Grundlaget for selvinkriminationsforbudet fandt EF-domstolen i stedet i kontradiktionsprin-cippet.

EF-domstolen har imidlertid senere på ny beskæftiget sig med selvinkrimine-ringsspørgsmålet, og her er *PVC*-dommen<sup>12</sup> fra 2002 af særlig interesse. Dom-stolen udtalte nemlig her for det første,<sup>13</sup> at Retten i sin behandling af den appel-lerede *PVC*-sag ikke havde gentaget den udtalelse, der var indeholdt i den oven-for gengivne præmis 30 i dommen i sagen *Orkem*-sagen. Derimod havde Retten gentaget de principper, der havde været fastslået i forskellige andre præmisser i *Orkem*-dommen, som derved anerkendte, “som almindelige fællesskabsretlige principper, som de grundlæggende rettigheder er en del af, og i lyset af hvilke alle fællesskabsretlige bestemmelser skal fortolkes”, retten for en virksomhed til ikke at blive tvunget af Kommissionen inden for rammerne af bestemmelsen i Rfo 17/62, hvorefter Kommissionen kan begære oplysninger af virksomheder m.fl., til at indrømme sin deltagelse i en overtrædelse. Domstolen tilføjede, at beskyttelsen af denne ret indebærer, såfremt der fremsættes indsigelse mod rækkevidden af et spørgsmål, at det efterprøves, om et svar fra adressaten fak-tisk svarer til en indrømmelse af overtrædelsen, således at retten til kontradiktion påvirkes.

---

<sup>11)</sup> *Orkem* mod Kommissionen, sag 374/87, dom af 18.10.1989, Sml. 1989, 3283.

<sup>12)</sup> *PVC*: Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LMV) m.fl. mod Kommissionen, *Sagerne C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250-252/99 P og C-254/99 P*, dom af 15.10.2002, Sml. 2002, I-8375.

<sup>13)</sup> Præmis 271 ff.

Sammenhængen med praksis fra EMD blev imidlertid herefter behandlet af EF-domstolen. Den påpegede således, at det var ubestridt (under den foreliggende sag), at efter Orkem-dommen var EMDs retspraksis, "som Fællesskabets retsinstanser skal tage hensyn til ved fortolkningen af de grundlæggende rettigheder", blevet yderligere udviklet med *Funke*-dommen,<sup>14</sup> samt dommene i sagerne *Saunders* mod Det Forenede Kongerige<sup>15</sup> og *J.B. mod Schweiz*.<sup>16</sup>

EF-domstolen udtalte herved, at dommen i sagen Orkem-sagen og EMDs nyere retspraksis imidlertid har tilfælles, "dels kravet om tvang udøvet mod den mistænkte for at opnå visse oplysninger fra denne, dels nødvendigheden af en efterprøvelse af eksistensen af en faktisk tilsidesættelse af den ret, som de definerer".<sup>17</sup> Set i lyset af denne konstatering og sagens omstændigheder gjorde virksomhedens anbringende om tilsidesættelse af retten til ikke at bidrage til selvinkriminering det imidlertid ikke muligt at kritisere Rettens dom som følge af udviklingen i EMDs retspraksis.

EF-domstolens seneste afgørelse inden for konkurrencertten om forholdet til selvinkrimineringsforbudet knytter således nøje an til EMDs praksis vedrørende denne beskyttelse.

## 5. Beskyttelse mod husundersøgelse af forretningslokaler og andre lokaler

Endelig skal omtales EF-domstolens praksis i relation til beskyttelse mod husundersøgelse af forretningslokaler og andre lokaler. På dette område er det interessant at notere sig, at medens de afsluttende forhandlinger om det, der er blevet til Rfo 1/2003, foregik, afventede man EF-domstolens afgørelse i *Roquette Frères*-dommen, der afsagdes den 22. oktober 2002.<sup>18</sup> Dommen er som en plenumafgørelse med 13 dommere af stor interesse, hvilket suppleres af dens behandling af grundrettighederne.

---

<sup>14)</sup> *Funke* mod Frankrig, dom af 25.2.1993.

<sup>15)</sup> *Saunders* mod Det Forenede Kongerige, dom af 10.5.1994.

<sup>16)</sup> Dom af 3. maj 2001.

<sup>17)</sup> Præmis 275.

<sup>18)</sup> *Roquette Frères* mod Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, sag C-94/00, præ. afg. af 22.10.2002, Sml. 2002, I-9011.

I sagen havde den franske Cour de cassation forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 14 om kontrolundersøgelser i Rfo 17/62 og af EF-domstolens dom fra 1989 i *Hoechst*-dommen.<sup>19</sup> Der var i den forbindelse blevet peget på, at der efter afsigelsen af *Hoechst*-dommen var sket en udvikling ved EMD på visse punkter vedrørende beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, navnlig EMRK artikel 8 om retten til respekt for sit hjem.

EF-domstolen udtalte,<sup>20</sup> om *grundrettighederne*, at disse ifølge fast retspraksis hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte, og at den i den forbindelse lægger de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne til grund samt de anvisninger i form af internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention var herved af særlig betydning. Som Domstolen endvidere har fastslået, er de principper, der fremgår af denne praksis, blevet bekræftet af præamblen til den europæiske fælles akt og senere i artikel F, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Union og nu indarbejdet i artikel 6, stk. 2, EU-traktaten. Det fremgår i øvrigt også af Domstolens faste praksis, at når en national retsforskrift falder inden for anvendelsesområdet for fællesskabsretten, skal EF-domstolen i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse give alle de oplysninger med hensyn til fortolkningen, som kræves, for at den nationale ret kan vurdere, om en sådan retsforskrift er i overensstemmelse med de grundrettigheder, som Domstolen skal beskytte, således som de navnlig fremgår af EMRK.<sup>21</sup>

Domstolen genkaldte derpå, at den selv i *Hoechst*-dommen havde anerkendt, at kravet om en beskyttelse mod offentlige myndigheders vilkårlige eller uforholdsmæssige indgreb i forhold af privat karakter, hvad enten der er tale om fysiske eller juridiske personer, er et generelt fællesskabsretligt princip. Endvidere bemærkede den, at dette generelle princip skal overholdes af medlemsstaternes kompetente myndigheder, når de skal efterkomme en anmodning om bistand, som Kommissionen har fremsat.<sup>22</sup> Når rækkevidden af dette princip skulle fastlægges med hensyn til beskyttelsen af selskabers forretningslokaler, måtte der tages hen-

---

<sup>19)</sup> *Hoechst* mod Kommissionen, sag 46 og 227/88, dom af 21.9.1989, Sml. 1989, 2859.

<sup>20)</sup> Præmis 23 ff.

<sup>21)</sup> EF-domstolen henviste her bl.a. til *ERT-AE: Elliniki radiophenia Tiléorassi S Anonimi Etairia* mod Pliroforissis, sag C-260/89, præ. afg. af 18.6.1991, Sml. 1991, I-2925, præmis 42.

<sup>22)</sup> I medfør af Rfo 17/62 artikel 14, stk. 6.

syn til EMDs praksis *efter* dommen i *Hoechst*-sagen. Det fremgik for det første af denne praksis, at den beskyttelse af boligens ukrænkelighed, som er omhandlet i EMRK's artikel 8, under visse omstændigheder kan udvides til at omfatte selskabers forretningslokaler,<sup>23</sup> og, for det andet, at den ret til indgreb, der hjemles i EMRK's artikel 8, stk. 2, "meget vel kan række videre for så vidt angår erhvervs- eller forretningsmæssige lokaler eller aktiviteter end i andre tilfælde", som EMD havde udtalt det i sin *Niemietz*-dom<sup>24</sup> fra 1992.

Domstolen understregede herpå, at EF-traktatens artikel 10 om forpligtelsen til loyalt samarbejde er af særlig afgørende betydning, når fællesskabsinstitutionerne og de nationale myndigheder som i den foreliggende sag skal samarbejde med henblik på virkeliggørelsen af traktatens mål ved en samordnet udøvelse af deres respektive beføjelser. Dette førte Domstolen til at henvise til, at når Kommissionen med bistand fra de nationale myndigheder vil gennemføre en kontrolundersøgelse uden samarbejde fra den pågældende virksomheds side, har den pligt til at handle i overensstemmelse med de proceduremæssige retssikkerhedsgarantier, som gælder i henhold til national ret. Samtidig fremgår det dog af Domstolens praksis, at medlemsstaterne ved udøvelsen af denne kompetence skal opfylde to forpligtelser, der følger af fællesskabsretten. Dels skal de sikre en effektiv gennemførelse af Kommissionens undersøgelse, dels skal de overholde en række generelle fællesskabsretlige principper. For at beskytte mod offentlige myndigheders vilkårlige eller uforholdsmæssige indgreb i forhold af privat karakter har Domstolen herved fastslået, at det tilkommer den kompetente nationale myndighed at undersøge, hvorvidt de påtænkte indgreb er vilkårlige eller står i et misforhold til formålet med kontrolundersøgelsen. Kommissionen skal på sin side sikre, at den nationale myndighed råder over alle de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan foretage denne undersøgelse og påse, at reglerne i henhold til national ret overholdes ved gennemførelsen af tvangsindgrebene.<sup>25</sup>

I den foreliggende sag vedrørte de præjudicielle spørgsmål omfanget af den prøvelse, som skulle foretages af en national ret, der i henhold til national ret har kompetence til at give tilladelse til kontrolbesøg i lokaler tilhørende virksomheder, der mistænkes for overtrædelse af konkurrencereglerne, når sagen indbringes for denne ret som følge af en begæring om bistand, som Kommissionen havde

---

<sup>23)</sup> EF-domstolen henviste herved til EMDs dom af 16.4.2002 i sagen *Colas Est* mod Frankrig, § 41.

<sup>24)</sup> *Niemietz* mod Tyskland, dom af 16. december 1992, § 31 (serie A, nr. 251-B).

<sup>25)</sup> Domstolen henviste herved til *Hoechst*-dommens præmis 33 ff.

fremsat,<sup>26</sup> samt spørgsmålet om, hvilke oplysninger det påhviler Kommissionen at stille til rådighed for den nævnte nationale ret, således at denne kan foretage en sådan efterprøvelse.

Domstolen foretog herefter en omfattende gennemgang dels af genstanden for den prøvelse, der skal foretages af den kompetente nationale ret, dels af rækkevidden af den prøvelse, som den kompetente nationale ret skal foretage, dels af prøvelsen af, at tvangsindgrebene ikke er vilkårlige, og de oplysninger, som Kommissionen kan afkræves med henblik på en sådan prøvelse, dels af prøvelsen af, om indgrebene er forholdsmæssige i forhold til formålet med kontrolundersøgelsen, og de oplysninger, som Kommissionen kan afkræves med henblik på en sådan prøvelse, dels af foranstaltninger, som bør træffes af den kompetente nationale ret og af Kommissionen, såfremt de af Kommissionen meddelte oplysninger er utilstrækkelige, og endelig af måden, hvorpå oplysningerne kan bringes til den kompetente nationale rets kundskab.<sup>27</sup>

*Rfo 1/2003* har i *artikel 20, stk. 7-8* optaget følgende bestemmelser:

“7. Når den i stk. 6 omhandlede bistand i overensstemmelse med national lovgivning kræver en domstolstilladelse, skal der anmodes derom. Der kan også anmodes om en sådan tilladelse på forhånd.

8. Når der anmodes om tilladelse som omhandlet i stk. 7, kontrollerer den nationale domstol ægtheden af Kommissionens beslutning og sikrer, at de påtænkte tvangsindgreb ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til undersøgelsens formål. Ved prøvelsen af indgrebenes forholdsmæssighed kan den nationale domstol anmode Kommissionen direkte eller gennem den nationale konkurrencemyndighed om detaljerede forklaringer vedrørende de forhold, der begrunder Kommissionens mistanke om, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 81 og 82, samt for grovheden af den formodede overtrædelse og karakteren af den pågældende virksomheds deltagelse. Den nationale domstol kan dog hverken sætte spørgsmålstejn ved, om kontrolundersøgelsen er nødvendig, eller kræve at få forelagt oplysninger i Kommissionens sagsakter. Det er forbeholdt EF-Domstolen at kontrollere lovligheden af Kommissionens beslutning”.

---

<sup>26)</sup> I medfør af *Rfo 17/62* artikel 14, stk. 6.

<sup>27)</sup> Jf. herved nærmere min *EU-konkurrenceret. Almindelig del 2003*, 252 ff.

Det vil ikke altid være en helt enkel proces at efterkomme de krav, som Rfo 1/2003 på disse punkter opstiller.<sup>28</sup>

Rfo 1/2003 har desuden indført en ny bestemmelse i *artikel 21* om kontrolundersøgelse af andre lokaler. Dermed har forordningen søgt at dække et hul, som bestod i muligheden for virksomhederne til at skjule belastende materiale uden for virksomhedens lokaler m.v.<sup>29</sup>

Det fastsættes således i bestemmelsen, at såfremt der foreligger rimelig mistanke om, at bøger eller andre forretningspapirer, der vedrører genstanden for undersøgelsen, og som måtte være relevante som bevis for en alvorlig overtrædelse af artikel 81 eller 82, opbevares i andre lokaler, grunde eller transportmidler herunder private hjem tilhørende de pågældende virksomheders eller virksomhedssammenslutningers direktører, ledere og andre medarbejdere, kan Kommissionen ved beslutning pålægge, at der gennemføres en kontrolundersøgelse i sådanne lokaler, på sådanne grunde eller i sådanne transportmidler. Beslutningen skal angive kontrolundersøgelsens genstand og formål, fastsætte tidspunktet for dens påbegyndelse og oplysninger om adgangen til at indbringe beslutningen for Domstolen. Den skal navnlig angive de grunde, der har foranlediget Kommissionen til at konkludere, at der foreligger en mistanke af den omhandlede karakter. Kommissionen træffer disse beslutninger efter høring af konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres.

En sådan beslutning kan ikke gennemføres uden forudgående tilladelse fra en national domstol i den pågældende medlemsstat. Den nationale domstol kontrollerer ægtheden af Kommissionens beslutning og sikrer, at de påtænkte tvangsindgreb ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssige, navnlig i forhold til den formode-

---

<sup>28)</sup> Højesteret har ved kendelse af 31.3.2003 i sagen *Trioplast* mod Konkurrencestyrelsen, hvor Kommissionen havde truffet en beslutning om uanmeldt kontrolundersøgelse, som Konkurrencestyrelsen havde indhentet en kendelse fra Retten i Nyborg til at gennemføre, stadfæstet kendelsen, i hvilken forbindelse Højesteret bl.a. henviste til *Roquette Frères*-dommens præmisser.

<sup>29)</sup> Et eksempel herpå forekom i Kommissionens beslutning i sagen *SAS/Maersk Air – Sun-Air mod SAS og Maersk Air*, 18.7.2001, EFT 2001 L 265, hvor Kommissionen kunne fastslå, at SAS og Maersk Air forsøgte at undgå, at de punkter, de havde aftalt, blev nedfældet skriftligt i fuldt omfang. I beslutningens pkt. 89 blev der gentaget følgende fra et mødereferat: "Det, som fordi det strider mod art. 81(1), ikke kan aftales og nedskrives – det bør vel for det tilfælde at en eller flere af de involverede personer ikke længere vil være til stede, alligevel nedskrives og ligge i escrow hos hver af parternes advokater...". (Artikel 21 vil dog ikke være anvendelig i en sådan situation, jf. ovenfor under pkt. 3).

de overtrædelses grovhed og betydningen af det ønskede bevismateriale, den pågældende virksomheds deltagelse samt den rimelige sandsynlighed for, at forretningspapirer, der står i forbindelse med genstanden for undersøgelsen, opbevares i de lokaler, som den ønskede tilladelse til at foretage en kontrolundersøgelse vedrører.

Den nationale domstol kan anmode Kommissionen direkte eller gennem den nationale konkurrencemyndighed om detaljerede forklaringer vedrørende de forhold, den behøver kendskab til for at kunne foretage en prøvelse af forholdsmæssigheden af de påtænkte tvangsindgreb. Den nationale domstol kan dog hverken sætte spørgsmålstejn ved, om kontrolundersøgelsen er nødvendig, eller kræve at få forelagt oplysninger i Kommissionens sagsakter. Det er forbeholdt EF-Domstolen at kontrollere lovligheden af Kommissionens beslutning.

Repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen til at gennemføre en sådan kontrolundersøgelse, som her omtalt, har de beføjelser, der er fastlagt i artikel 20, stk. 2, litra a), b) og c).<sup>30</sup> Artikel 20, stk. 5 og 6, finder tilsvarende anvendelse.<sup>31</sup>

## Afslutning

Hvor den Europæiske Menneskerettighedskonvention tilsyneladende ikke indtog nogen plads i bevidstheden hos EF-domstolen i en længere årrække, er situationen nu en anden. Således må det kunne fastslås, at EMDs afgørelser, som fortolker EMRK, af EF-domstolen tillægges afgørende betydning. Inden for EU-konkurrenceretten har det den betydning, at de virksomheder, der er under anklage, kan anses for beskyttet af de regler, som udledes af EMRK. Der sker hos EF-domstolen en reel efterprøvelse af reglernes overholdelse ved konkurrencesagernes behandling, og på betydningsfulde områder har virksomhederne haft held med at påberåbe sig EMRK. Med den udvidede myndighedskompetence, som ser dagens lys, når Rfo 1/2003 fuldt ud finder anvendelse fra 1. maj 2004, må betydningen af EMRK tilsvarende antages at øges. For virksomhederne og deres advokater må dette anses for betryggende.

---

<sup>30)</sup> Se ovenfor i teksten side om de i artikel 20, stk. 2, litra a)-c) fastlagte beføjelser.

<sup>31)</sup> Se ovenfor i teksten om artikel 20, stk. 5: pligt for repræsentanter og bemyndigede personer til aktivt at bistå Kommissionens folk; og artikel 20, stk. 6: medlemsstaten skal yde Kommissionens folk nødvendig bistand, evt. med politiets hjælp.



# Fra telegraflov til kommunikationslov - telelovgivningen gennem 100 år

af

Søren Sandfeld Jakobsen

## 1. Indledning

Siden den første regulering i slutningen af 1800-tallet og frem til i dag har telelovgivningen undergået en bemærkelsesværdig udvikling. Fra at være en uhyre specifik lovgivning om nogle få medier, telegraf og telefon, fremstår lovgivningen i dag som en moderne lov om *elektronisk kommunikation* i bred forstand, omfattende en lang række elektroniske medier og tjenester som telefoni, datakommunikation, radio/tv samt alle former for elektronisk kommunikationsinfrastruktur, hvad enten den er baseret på radiobølger, satellit eller kabel, er stationær eller mobil, analog eller digital. Telelovgivningens udvikling går således hånd i hånd med den utrolige teknologiske udvikling, der inden for relativt få år har transformeret vores samfund fra et industrisamfund til et *informationssamfund*. En udvikling, mange i øvrigt mener, at vi kun har set begyndelsen af.

Udover af afspejle den teknologiske udvikling afspejler telelovgivningens udvikling i nyere tid også en markant holdningsændring fra lovgivers side til det vitale *samfundsmæssige forsyningsområde*, som telesektoren også er, idet retsområdet har bevæget sig fra monopolistisk til konkurrenceudsat marked. Denne ændring medførte i sig selv gennemgribende ændringer i dansk og EU-telelovgivning, der over en kort årrække udviklede sig til en markedsorienteret, men også hastigt voksende og uhyre kompleks sektorlovgivning. Ironisk nok førte liberaliseringen således ikke i første omgang til nogen forenkling af lovgivningen – tværtimod. Antallet af regelsæt voksede markant i takt med omfanget af liberaliseringen. I årene siden afslutningen af liberaliseringsprocessen i slutningen af 1990'erne er bestræbelserne derfor gået i retning af at forenkle lovgivningen og – på de områder, hvor det er lykkedes at skabe effektiv konkurrence – foretage en deregulering, således at de sektorspecifikke regler ”rulles tilbage” til fordel for

lovgivningens almindelige regler, herunder navnlig den almindelige konkurrence-  
celovgivning, som telelovgivningen supplerer.

Denne artikel giver en kort beskrivelse af de vigtigste trin i telerettens udvikling frem til i dag.<sup>1</sup> Der indledes med et historisk tilbageblik til tiden under det tidligere statslige monopol. Dernæst fokuseres på regimeskiftet fra monopoliseret til liberaliseret retsområde i 1990'erne. Efterfølgende beskrives de seneste års ændring i retning af harmoniseret og horisontal lovgivning, der forsøger at tilpasse lovgivningen til den spirende sammensmeltning af medierne (også kaldet *mediekonvergens*). Afslutningsvis sammenfattes udviklingen og der trækkes nogle tråde til den forventede fremtidige retsudvikling på området.

## 2. Historisk tilbageblik: Det statslige telemonopol

Det retlige grundlag for statens eneret på teleområdet blev etableret med den første telelov, lov nr. 84 af 11. maj 1897 om telegrafer og telefoner. Loven, som formelt set stadig er gældende (jf. nedenfor), bygger på et hovedprincip om, at staten har eneret på anlæg og drift af offentlig telekommunikationsvirksomhed, men at ressortministeren for afgrænsede tidsperioder ad gangen kan meddele koncession til andre på anlæg og drift vedrørende nærmere angivne telekommunikationstjenester.<sup>2</sup> Baggrunden for det statslige monopol var dels hensynet til forsyningssikkerheden, at alle borgere kunne få adgang til basale telenetjenester på rimelige vilkår, dels finansielle hensyn baseret på, at etablering af en landsdækkende teleinfrastruktur var en så økonomisk krævende opgave, at den naturligt måtte tilkomme staten.

De nærmere vilkår vedrørende selve koncessionerne blev i mange år fastlagt i særlige koncessionslove. Indtil 1990 var der således givet koncession på etablering og drift af basale telefonitjenester til 4 regionale televirksomheder (som hver især havde eneret indenfor deres respektive geografiske områder: de privatejede aktieselskaber Jydsk Telefon og KTAS, det kommunalt ejede andelsselskab Fyns Telefon samt det statsejede Tele Sønderjylland. Endvidere var der givet

---

<sup>1)</sup> Teleretten er overraskende sparsomt behandlet i dansk juridisk litteratur (hvorimod der findes en større mængde fremstillinger af retsområdet i andre lande og på EU-niveau). I Danmark findes der i skrivende stund ingen samlede teleretlige fremstillinger, og information om retsområdet og udviklingen i praksis må i al væsentlighed søges i lovforarbejder, offentlige redegørelser af mere generel karakter samt oplysninger på IT- og telestyrelsens hjemmeside ([www.itst.dk](http://www.itst.dk)). Se dog Christian Bergquists oversigtsartikel om teleliberaliseringen i Juristen, nr. 3. 2002, s. 114ff.

<sup>2)</sup> 1897-loven §§ 1 og 2.

koncessioner til Det Store Nordiske Telegraf-Selskab A/S på anlæg og drift af søkabel mellem enhederne inden for rigsfællesskabet. Endelig varetog Statens Teletjeneste en række særlige opgaver, herunder udlandstelefoni, telegraftjenester og fremføring af radio/TV for DR og TV2.<sup>3</sup>

Koncessionerne omfattede først og fremmest en ret såvel som pligt for koncessionshaverne til at udbyde almindelig taletelefoni, som indtil langt op i 1980'erne var den altdominerende teletjeneste. I takt med, at den teknologiske udvikling gjorde det muligt at anvende de offentlige telenetværk til distribution af andre tjenester, herunder datakommunikation, mobil- og videotjenester, udvidedes koncessionerne til også at dække disse områder.

I dag er statens monopol ophævet. 1897-loven er imidlertid fortsat i kraft, hvilket indtil 2002 skyldtes, at den koncession, der blev givet til de 4 regionale televirksomheder, og som siden videreførtes i det fusionerede Tele Danmark, var gældende helt frem til 2002. Da koncessionen hvilede på loven, kunne denne ikke ophæves før dette tidspunkt.<sup>4</sup> I dag er der så vidt set intet til hinder for at ophæve loven.

### 3. Liberaliseringen: Tiden 1990-95

De indledende spadestik til liberalisering af telesektoren i Europa påbegyndtes med en grøn bog fra EU-Kommissionen i 1987: "En mere dynamisk europæisk økonomi – grøn bog om etablering af et fælles marked for teletjenester og -udstyr".<sup>5</sup> Grønbogen stillede spørgsmålstegn ved hensynene bag det dagældende europæiske system med statslige telemonopoler og anbefalede, at telesektoren blev liberaliseret med det formål at skabe et indre marked for teletjenester.<sup>6</sup> Dette ville – bedre end statslige monopoler – tilgodese hensynene til konkurrence og forbrugere og samtidig være den mest effektive vej til en europæisk telesektor, der kunne konkurrere på verdensmarkedet.

---

<sup>3)</sup> Lov nr. 270 af 22. maj 1986 om udfærdigelse af koncessioner på anlæg og drift vedrørende visse telekommunikationstjenester.

<sup>4)</sup> Se de almindelige bemærkninger til lov 743/1990 om visse forhold på telekommunikationsmarkedet.

<sup>5)</sup> KOM(87)290.

<sup>6)</sup> I en skelsættende afgørelse havde EF-domstolen i øvrigt nogle år tidligere fastslået, at det nationale monopol, i hvert fald som det blev praktiseret i Storbritannien, var i strid med EU-retten (jf. sag 41/83).

EU's tanker vandt gehør blandt medlemslandene, og i 1990 vedtog EU to direktiver, tjenstedirektivet henholdsvis ONP-direktivet (Open Network Provision),<sup>7</sup> der sammen lagde fundamentet for den proces, der via forskellige etaper skulle resultere i en fuldt liberaliseret europæisk telesektor: Tjenstedirektivet vedrørte liberaliseringen af *teletjenester*, mens ONP-direktivet vedrørte liberaliseringen af selve *teleinfrastrukturen*; for begge direktivers vedkommende med det formål at åbne telemarkedet ved at gøre det muligt for nye aktører at komme ind på markedet ved siden af de statslige teleselskaber, der som følge af deres tidligere monopolstilling naturligt indtog en knusende overlegen stilling på markederne. Det generelle konkurrenceretlige system (herunder det EU-konkurrenceretlige) fandtes – af flere årsager<sup>8</sup> – ikke egnet til hurtigt og effektivt at løse de særlige konkurrenceretlige problemer indenfor telesektoren. Teleretten som en særlig sektorkonkurrencelovgivning var født. I de følgende år blev de to rammedirektiver med en række yderligere, mere specifikke, EU-direktiver gradvist udfyldt.

ONP-direktivet fra 1990 dannede i det danske Folketing baggrund for en bred politisk aftale af 22. juni 1990 om ændring af telestrukturen i Danmark. Aftalen blev siden suppleret med 4 tillægsaftaler, der op igennem 1990'erne dannede grundlag for de successive trin i den nationale liberalisering.

Selve implementeringen i dansk ret påbegyndtes med lov nr. 743 af 14. november 1990 om visse forhold på telekommunikationsområdet. Med loven gennemførtes dels en omstrukturering af den danske telesektor, dels en lovteknisk forberedelse til de kommende års liberalisering. De regionale teleselskaber blev omdannet til aktieselskaber og sammen med Statens Teletjeneste samlet under et nystiftet og statsligt kontrolleret holdingselskab, Tele Danmark (det senere fuldt privatiserede TDC), der samtidig blev tildelt enekoncession på de samlede teleaktiviteter. Formålet hermed var at skabe en internationalt konkurrencedygtig telekoncern på det stærkt voksende internationale telemarked.<sup>9</sup>

---

<sup>7)</sup> Dir. 90/388 henholdsvis 90/387.

<sup>8)</sup> Navnlig fordi konkurrenceretens grundlæggende forbud mod misbrug af en dominerende stilling (jf. konkurrencelovens § 11 og EF-Traktatens art. 82), som ordlyden tilsiger, retter sig mod konkrete tilfælde af *misbrug*, hvilket dels er tilbageskuende (ex post - det konkrete misbrug *har* fundet sted), dels kan være vanskeligt at bevise. Med telemarkedets særlige struktur fandtes der i højere grad at være brug for generelle regler, der havde virkning ex ante – dvs. forinden den konkrete handling fandt sted.

<sup>9)</sup> Jf. bemærkningerne til loven, FT 1990-91, tillæg A, sp. 287.

Herudover bemyndigede loven ressortministeren til at beslutte liberaliseringer på de områder, der var givet koncession på.<sup>10</sup> Teleydelser omfattede både de kendte tjenester, primært almindelig taletelefoni og fremføring i telenettet af radio- og TV-programmer, men også – på daværende tidspunkt relativt nye - tjenester som mobiltelefoni og datakommunikation.

Med hjemmelen til at foretage liberaliseringer etableredes en lovsystematik, hvorefter koncessionen – og dermed eneretsloven fra 1897 - gradvist kunne tømmes for indhold. Denne systematik blev opretholdt op gennem 90'erne, således at 1897-loven i dag er uden praktisk indhold. Loven er dog som nævnt stadig i kraft.

I overensstemmelse med de bagvedliggende EU-direktiver blev markedet for mobiltelefoni og datakommunikation liberaliseret i 1992 henholdsvis 1993. Yderligere liberaliseringer skulle ifølge bemærkningerne til 1990-loven først ske fra og med 1994, ligesom liberaliseringen foreløbig alene skulle vedrøre *tjenestområdet*, men ikke selve *infrastrukturen*, hvor TeleDanmarks monopol blev fastholdt nogle år endnu. Herved sikredes TeleDanmark den nødvendige tid til at kunne tilpasse sig de kommende ændringer i konkurrencesituationen.<sup>11</sup>

Liberaliseringen af mobilområdet skete i medfør af den sammen med 1990-loven vedtagne lov om offentlig mobilkommunikation (GSM-mobilnet),<sup>12</sup> hvorefter ministeren blev bemyndiget til efter offentlig udbud at give tilladelse til etablering og drift af ét offentligt mobilnet udover det net, som de regionale teleselskaber hidtil havde haft eneret til og som TeleDanmark havde fået overdraget koncession på. Der var på daværende tidspunkt af frekvensmæssige årsager ikke basis for mere end 2 offentlige mobilnet i Danmark. I 1992 blev der herefter udstedt to parallelle og identiske GSM-licenser (udover TeleDanmark også til Dansk Mobil Kommunikation I/S (i dag: Sonofon)).

For så vidt angår datakommunikation, blev markedet liberaliseret ved bkg. nr. 986/1992. Liberaliseringen betød, at andre udbydere med virkning fra 1993 kunne leje sig ind på TeleDanmarks net og tilbyde datakommunikationstjenester til egne kunder.

Efter førnævnte ”fredningsperiode” af TeleDanmark på selskabets kerneydelse, almindelig taletelefoni, gennemførtes ved lov nr. 372 af 18. maj 1994 yderligere liberaliseringer i form af en lempelse af de gældende restriktioner for brugen af

---

<sup>10)</sup> Jf. lovens § 2, stk. 3.

<sup>11)</sup> Jf. FT 1990-91, tillæg A, sp. 289.

<sup>12)</sup> Jf. lov nr. 744/1990.

faste kredsløb til telefoniformål samt yderligere liberalisering på mobil- og satellitområdet. Herved var der åbnet op for, at konkurrenter kunne leje sig ind på TeleDanmarks net og udbyde telefonitjenester til egne kunder.

#### **4. Totalliberaliseringen: Tiden 1995-97**

Efter gennemførelsen af liberaliseringen af de nævnte særligt udvalgte områder af telemarkedet, blev der i april 1995 opnået politisk enighed om en total liberalisering af telesektoren i Danmark, som skulle være fuldt gennemført i 1998. Totalliberaliseringen skulle gennemføres i to trin.

Trin 1 blev vedtaget i juni 1995.<sup>13</sup> Med lovændringerne ophævedes TeleDanmarks eneret på fremføring af radio- og fjernsynsprogrammer, anlæg, drift og videresalg af bredbåndsnet i lokalområder samt udbud af interne og lukkede netværk.<sup>14</sup>

Totalliberaliseringens andet trin blev gennemført i to tempi, trin 2a og 2b, der blev gennemført i 1996 og 1997. Trin 2a gennemførte de resterende elementer i selve totalliberaliseringen, mens trin 2b gennemførte en række særlige konkurrencefremmende tiltag.<sup>15</sup> Ved at gennemføre de resterende elementer i totalliberaliseringen allerede i 1996 havde Danmark fuldført liberaliseringen væsentlig tidligere end den af EU fastsatte frist d. 1. januar 1998.

Trin 2a-lovpakken, der dels gennemførte ændringer i eksisterende regelsæt, dels gennemførte et helt nyt lovgrundlag,<sup>16</sup> ophævede de resterende elementer af Tele

---

<sup>13)</sup> Med lov nr. 376 af 14. juni 1995 om ændring af lov om visse forhold på telekommunikationsområdet og lov om offentlig mobilkommunikation (GSM-mobilnet) samt lov nr. 377 af 14. juni 1995 om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed. Lovene gennemførte tillægsaftale 1-3 til den politiske aftale fra 1990.

<sup>14)</sup> Der skabtes endvidere bedre vilkår for mobiloperatører, ligesom en række politiske bindinger på TeleDanmarks organisation blev ophævet.

<sup>15)</sup> Jf. Bergquist: Liberaliseringen af telesektoren, 10 år efter, Juristen nr. 3, 2002, s. 116.

<sup>16)</sup> Pakken bestod af lov nr. 466 af 12. juni 1996 om forsyningspligt og visse forbrugerforhold inden for telesektoren, lov nr. 467 af 12. juni 1996 om konkurrenceforhold og samtrafik i telesektoren, lov nr. 468 af 12. juni 1996 om offentlig mobilkommunikation, lov nr. 469 af 12. juni 1996 om ændring af lov om visse forhold på telekommunikationsområdet og lov om radio- og fjernsynsvirksomhed samt lov nr. 470 af 12. juni 1996 om ændring af lov om radiokommunikation.

Danmarks eneret, dvs. 1) eneret til anlæg og drift af smalbåndsinfrastruktur,<sup>17</sup> 2) eneret til anlæg og drift af bredbåndsforbindelser, der overskrider en eller flere kommunegrænser samt 3) eneret til anlæg og drift af *analoge* mobil- og person-søgenet (idet eneretten til de *digitale* GSM-net som beskrevet var blevet ophævet allerede i 1992).<sup>18</sup>

Hermed var alle TeleDanmarks enerettigheder, herunder til infrastrukturen, fuldstændig ophævet.<sup>19</sup> Ligeledes var der ikke længere særlige *offentlige tilladelses- eller godkendelseskrav*, bortset fra anvendelse af radiobaserede telenet (fx mobil- eller satellitnetværk), hvor de knappe frekvensressourcer nødvendiggjorde meddelelse af tilladelse fra Telestyrelsen.<sup>20</sup> Krav om tilladelse i tilfælde af knappe frekvensressourcer er i øvrigt fortsat gældende efter den nuværende frekvenslov, jf. herom nedenfor.

I forlængelse af liberaliseringen af adgangen til at etablere og udbyde netværk og tjenester indførte trin 2a-reguleringen endvidere regler om *samtrafik*. Hermed menes regler, hvorefter udbydere er forpligtede til at stille sine telenet og tele-tjenester til rådighed for andre udbydere. Sådanne regler ansås for nødvendige for at skabe reel konkurrence derved, at nye markedsaktører kan sikres adgang til brug af og udveksling af teletrafik med dominerende markedsaktørers net og tjenester, ligesom samtrafikregler betragtedes som forudsætningen for, at slutbrugere kan kommunikere indbyrdes og få adgang til konkurrerende udbyderes teletjenester.<sup>21</sup>

For at sikre, at overgangen fra monopolistisk til konkurrenceudsat marked ikke forringede telebrugernes adgang til basale telefonitjenester, indeholdt trin 2a-

---

<sup>17)</sup> Infrastruktur, der typisk anvendes i forbindelse med telefoni og andre teletjenester, der ikke kræver stor båndbredde.

<sup>18)</sup> Jf. de almindelige bemærkninger til lovforslag L 244, FT 1995-96.

<sup>19)</sup> Eneretten til teletrafik til og fra Færøerne og Grønland bibeholdtes dog.

<sup>20)</sup> Ved lovændringen ændredes også principperne for administrationen af frekvenstildelingen. Denne havde hidtil primært hvilet på tekniske kriterier, idet der i realiteten kun var én udbyder. Ændringen bestod i, at frekvenstildelingen i stedet skulle ske på grundlag af gennemsigtige, objektive kriterier og dermed tage sigte på et konkurrenceudsat marked med mange potentielle udbydere.

<sup>21)</sup> Regler om samtrafik fremgik i et vist omfang i forvejen af TeleDanmarks koncession, men omfattede alene det koncessionerede område, dvs. eneretten. Med ophævelsen af eneretten var der således behov for nye og generelle samtrafikregler, der også kunne finde anvendelse på andre udbydere på de konkurrenceudsatte markeder (eksempelvis Sonofon på mobilområdet). Om formålet med samtrafikreglerne se nærmere Bergquist i Juristen nr. 3, 2000, s. 117 ff.

pakken også regler om *forsyningspligt*, dvs. pligt for én eller flere særligt udpegede udbydere til at sikre enhver, der måtte anmode herom, uanset hvor i Danmark vedkommende bor, adgang til basale telenet og –tjenester til forud fastsatte og omkostningsbaserede maksimalpriser.<sup>22</sup> Basale telenet og –tjenester omfattede bl.a. almindelige telefonitjenester, datakommunikation via ISDN og særlige forsyningspligtudbydere til handicappede. Udpegningen af forsyningspligtudbydere blev henlagt til Telestyrelsen. Styrelsen udpegede i forbindelse med loven TeleDanmark som (eneste) forsyningspligtudbyder.

Trin 2a-pakken indeholdt desuden hjemmel til gennemførelse af et sæt generelle forbrugerbeskyttelsesregler vedrørende regnings- og kontraktforhold, der skulle gælde for alle udbydere af offentlige telenet eller teletjenester. Med trin 2a-pakken var de tre grundpiller, som telelovgivningen også den dag i dag hviler på, konkurrence, forsyningspligt og forbrugerbeskyttelse, således etableret.

### *Trin 2b*

Efter gennemførelsen af selve totalliberaliseringen gennemførtes med trin 2b-pakken som nævnt en række yderligere konkurrencefremmende tiltag, herunder eksempelvis sikring af fri nummerportabilitet (dvs. slutbrugerens ret til at medtage deres telefonnummer ved skift mellem forskellige teleudbydere) og frit operatørforvalg (dvs. slutbrugerens ret til via en såkaldt forvalgskode at skifte fra én teleoperatør til en anden og dermed fordele forbruget på forskellige konkurrerende teleudbydere).<sup>23</sup>

## **5. Forenkling: Lovrevisionen af 2000**

Liberaliseringen af telelovgivningen op gennem 90'erne havde ikke medført nogen reduktion i antallet af love og forskrifter på området, men tværtimod bevirket en betydelig vækst i antallet af love og administrative forskrifter og gjort det samlede retsområde svært overskueligt. I 2000 indledtes derfor en revision af

---

<sup>22)</sup> Jf. lov nr. 466/1996, kap. 1. Hidtil havde koncessionslovgivningen indeholdt bemyndigelse for ressortministeren til i TeleDanmarks koncession at fastsætte visse forsyningspligtsvilkår, herunder prisloftsregulering.

<sup>23)</sup> Herudover gennemførte 2b-pakken en række væsentlige ændringer vedrørende Telestyrelsens virksomhed med det formål at gøre styrelsen til en sektorfinansieret tilsynsmyndighed, der er uafhængig af det ministerielle system. Et skridt ad vejen hertil var allerede taget med 2a-pakken.

den samlede telelovgivning med det primære formål at sammenskrive og forenkle denne.<sup>24</sup>

På den baggrund gennemførtes en ny hovedlov på området, lov nr. 418 af 31. maj 2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet (telekonkurrenceloven).<sup>25</sup> Med loven foretoges en samlet gennem- og sammenskrivning af reglerne om samtrafik, forbrugerbeskyttelse, forsyningspligt samt nummerforhold.<sup>26</sup> Revisionen betød, at 3 love (lov om forsyningspligt og visse forbrugerforhold inden for telesektoren, lov om tildeling og anvendelse af nummerressourcer og lov om konkurrenceforhold og samtrafik i telesektoren) kunne samles til én. Desuden gennemførte loven skærper i den bestående samtrafikregulering.

Udover disse mere tekniske ændringer blev der med 2000-telekonkurrenceloven taget en række væsentlige skridt i retning af at tilpasse lovgivningen til den hastige *mediekonvergens* (dvs. sammensmeltning af de hidtil adskilte medieformer IT, tele og radio/tv), der er fulgt i hælene på den digitale udvikling. Tilpasningen til mediekonvergens blev – foreløbigt – afsluttet med 2003-lovændringen og vil derfor blive samlet beskrevet nedenfor under pkt. 7.

## 6. Modernisering af frekvenslovgivningen

Ved lov nr. 421 af 6. juni 2002 om radiofrekvenser (frekvensloven) færdiggjordes den i 2000 påbegyndte lovrevision for så vidt angår frekvensområdet, idet der med den nye lov skete en gennemskrivning og sammenlægning af reglerne om mobil- og frekvensforhold. Mobilkommunikation havde hidtil været reguleret i mobilloven samt den såkaldte 3G-lov (et særligt lovgrundlag for udstedelse af tilladelser til 3. generations digitale mobilteknologier).<sup>27</sup> Frekvensforhold var

---

<sup>24)</sup> Revisionen udmøntede den politiske principafale af 8. september 1999 om ”Sigtelinier for telepolitikken – danskernes adgang til netværkssamfundet”, jf. bemærkningerne til lov 418/2000.

<sup>25)</sup> Udover at videreføre gennemførelsen af de allerede gennemførte EU-direktiver på området gennemførte loven desuden Kdir 99/64 om ændring af Kdir 90/388 og dele af EP/Rdir 98/84.

<sup>26)</sup> Jf. de almindelige bemærkninger til loven. Herudover gennemførtes med loven nogle mindre ændringer i lov om Telestyrelsen, lov om visse forhold på telekommunikationsområdet og lov om offentlig mobilkommunikation.

<sup>27)</sup> Jf. lov 468/1996 om offentlig mobilkommunikation med senere ændringer og lov nr. 1266 af 20. december 2000 om auktion over tilladelser til 3. generations mobilnet.

reguleret af den dagældende frekvenslov og lov om radio- og teleterminaludstyr og elektromagnetiske forhold.<sup>28</sup>

De to lovområder overlappede delvist hinanden, navnlig i relation til udstedelse af tilladelser, idet der krævedes særskilt tilladelse efter begge love, ligesom begge love indeholdte nærmere regler om proceduren for udstedelse af tilladelse. Ved 2002-frekvensloven blev disse regler sammenskrevet og forenklet, hvorefter de to tidligere love blev ophævet. Dette bevirkede bl.a., at tilladelse til udøvelse af mobiltelefoni ikke længere hvilede på indhentelse af både en særskilt tilladelse efter mobilloven og en almindelig frekvenstilladelse efter frekvensloven. I dag skal der således alene indhentes tilladelse efter frekvensloven, og det alene i den situation, hvor der ønskes adgang til (knappe) radiofrekvenser.

Herudover blev selve tilladelsesproceduren forenklet og smidiggjort, og princippet om offentlig udbud eller auktion blev – ud fra en markedsøkonomisk indfaldsvinkel – knæsat som den almindelige tildelingsmåde i tilfælde af knappe ressourcer (i stedet for den hidtidige tildelingsprocedure, der mere hvilede på tekniske kriterier).<sup>29</sup>

## **7. Tilpasning til konvergensudviklingen**

### **7.1. EU's "99-review"**

EU's såkaldte "teledirektivpakke" blev vedtaget i 2002.<sup>30</sup> Pakken udmøntede EU-Kommissionens såkaldte "99-review", hvor Kommissionen evaluerede resultaterne af 1990ernes liberaliseringsdirektiver og udstak rammerne for den fremtidige regulering af infrastruktur, transmission og adgang til tjenester inden for kommunikationssektoren, dvs. IT-, tele- og radio/tv-sektorerne.

I 99-reviewet konstaterede Kommissionen, at telemarkedet vil ændres som følge af den teknologiske udvikling og, ikke mindst, konvergens mellem tele, IT og radio/tv. Konvergens betyder, at de traditionelle grænser mellem tele, IT og radio/tv udvides. Lovgivningen var imidlertid fortsat sektorspecifik (eller vertikal), dvs. hvilede på en grundlæggende forudsætning om, at de forskellige

---

<sup>28)</sup> Jf. lov 394/1997 om radiokommunikation og tildeling af radiofrekvenser og lov 232/2000 om radio- og teleterminaludstyr og elektromagnetiske forhold.

<sup>29)</sup> Se uddybende herom de almindelige bemærkninger til loven.

<sup>30)</sup> Jf. Direktiv 2002/21, 2002/19, 2002/20, 2002/22, 2002/58 samt rådsbeslutning 2002/676.

mediformer kunne adskilles i relation til både netværk og tjenester. Kommissionens mål var i det lys, at reguleringen ikke længere skulle være *vertikal* i form af sektorspecifikke regler baseret på bestemte teknologier. I stedet skulle reguleringen være *horisontal* og *teknologineutral*, dvs. gælde på tværs af de forskellige sektorer og former for elektronisk kommunikation, uanset hvilken teknologisk platform, der er tale om. Reguleringen skulle bygge på nogle generelle principper, der er ens for alle kommunikationstjenester og –netværk. Samtidig måtte det sikres, at disse principper administreres og håndhæves ens i hele EU. Det er disse grundlæggende tanker om en bevægelse fra en isoleret *teleregulering* til en *regulering af elektronisk kommunikation i bred forstand*, som 99-reviewet bærer præg af og som derfor også går igennem teledirektivpakken som en rød tråd.

## 7.2. Implementeringen af 99-reviewet i dansk ret: 2000-loven

For så vidt angår dansk ret, blev den grundlæggende tanke om at anskue de elektroniske medier horisontalt i stedet for vertikalt allerede indarbejdet i 2000-telekonkurrenceloven, dvs. efter 99-reviewet, men længe før dette havde udmøntet sig i direktivpakken. Også her var Danmark således på forkant med udviklingen på teleområdet. Ligesom EU's 99-review og præmisserne til teledirektivpakken klart afspejler de forventede konsekvenser af mediekonvergensen for kommunikationssektoren, gør dette sig også gældende for 2000-telekonkurrencelovens vedkommende. Af forarbejderne til loven fremgår således, at den overordnede målsætning med lovgivningen fremover er at sikre, at Danmark bliver en del af netværksøkonomien, og at fokus flyttes fra et (sektororienteret) *telekommunikationsmarked* til et bredt *kommunikationsmarked*.<sup>31</sup> Altså netop det skifte i reguleringsparadigme fra vertikal til horisontal regulering, som EU lagde op til i 99-reviewet.

I overensstemmelse hermed indførte 2000-telekonkurrenceloven en langt mere horisontal og teknologineutral regulering af kommunikationssektoren, dvs. ikke blot, som hidtil, omfattende telefoni og andre traditionelle teleydelser, men alle former for elektronisk kommunikation, også radio/TV, datakommunikation, mobile tjenester og andre helt nye tjenester, der opstår som følge af konvergensen mellem medierne.

---

<sup>31</sup> Jf. de almindelige bemærkninger til loven. Se også redegørelsen "Sund konkurrence og ægte valgfrihed", Forskningsministeriet, juni 1999.

### 7.3. 2003-lovændringen

Implementeringen af 99-reviewet afsluttedes med den forholdsvis omfattende lovændring i 2003, jf. lov 450/2003. Med 2003-lovændringen indførtes for det første et væsentligt paradigmeskifte på samtrafikområdet. Hidtil havde IT- og Telestyrelsens regulering af konkurrencen i telesektoren hvilet direkte på bestemmelser i lov eller bekendtgørelse. I lyset af den hastige teknologiske og markeds-mæssige udvikling ændredes dette system i en mere dynamisk retning, således at styrelsens afgørelser i stedet fremover skal træffes på baggrund af løbende markedsundersøgelser (som styrelsen selv udarbejder, i visse tilfælde i samarbejde med Konkurrencestyrelsen). Markedsundersøgelserne foretages endvidere ud fra almindelige konkurrenceretlige principper og metoder til fastlæggelse af det relevante produktmarked og geografiske marked, vurdering af markedsandele, fastlæggelse af dominerende stilling mv.<sup>32</sup> Herved forlades de særlige teleretlige principper til fordel en generel tilpasning til den almindelige konkurrenceret.

Udover regimeskiftet i retning af den almindelige konkurrenceret indeholdt 2003-lovændringen også andre væsentlige ændringer, herunder navnlig i relation til *konvergensudviklingen*. Som eksempler kan for det første nævnes, at visse digitale tv-tjenester og –infrastrukturfaciliteter, som vurderes at være afgørende for adgangen til det hastigt voksende interaktive tv-marked, er inddraget under samtrafiklovgivningen for dermed at undgå flaskehalse og andre konkurrencebegrænsende strukturer.<sup>33</sup> For det andet kan nævnes, at der med 2003-lovændringen i den særlige udbudsbekendtgørelse er indsat nye regler vedrørende beskyttelse af personoplysninger i forbindelse med lokaliseringsdata<sup>34</sup> (dvs. data, som behandles i et elektronisk kommunikationsnet og angiver den geografiske placering af det terminaludstyr, som brugeren af en given kommunikationstjeneste anvender. Lokaliseringsdata kan bl.a. bruges til at registrere en given persons fysiske bevægelsesmønster via det ”elektroniske spor”, brugeren efterlader). Lokaliseringsdata er et nye fænomen, der muliggøres af sammensmeltningen mellem telekommunikation og IT. De nye regler begrænser adgangen til at registrere og behandle lokaliseringsdata.

---

<sup>32)</sup> Overgangen til anvendelse af markedsundersøgelser begrænser sig ikke til samtrafikområdet. Også de markedsvurderinger, der knytter an til en række af reglerne om forsyningspligt og forbrugerbeskyttelse, blev med 2003-ændringen baseret på markedsundersøgelser i stedet for bekendtgørelsesregulering.

<sup>33)</sup> Jf. telekonkurrencelovens kap. 20a. Da telelovgivningen herved bevæger sig et stykke ind på radio- og tv-området, som traditionelt henhører under Kulturministeriet, er IT- og Telestyrelsen forpligtet til, i forbindelse med udarbejdelse af detailregulering, at inddrage Kulturministeriet. Dette illustrerer, hvordan konvergensudviklingen også påvirker den traditionelle myndighedsstruktur på medieområdet.

<sup>34)</sup> Jf. bekendtgørelse nr. 666/2003, kap. 4.

## 8. Afsluttende bemærkninger

Efter den omfattende mængde regulering, der udgjorde liberaliseringen op gennem 1990'erne, den efterfølgende deregulering og revision i 2000 og 2002 samt den seneste tilpasning til mediekonvergens, fremstår telelovgivningen ikke længere som en snæver telelovgivning vedrørende bestemte telemedier, men som en moderne *kommunikationslovgivning*, der omfatter alle former for kommunikation via elektroniske netværk, hvad enten det er telefonnetværk, datanetværk eller radio/tv-netværk.

Det er dog værd at understrege, at telelovgivningen fortsat i første række er en *infrastrukturlovgivning*, der regulerer selve transporten af information gennem elektroniske netværk. Lovgivningen er derimod endnu kun i beskeden omfang en *indholdslovgivning*, der opstiller regler vedrørende selve indholdet af den information, der transporteres gennem netværket. En sådan indholdsregulering findes navnlig i radio/tv-loven,<sup>35</sup> der opstiller en række regler vedrørende bl.a. reklamer og beskyttelse af børn og unge mod skadeligt indhold.

Med den enorme hastighed, hvormed den teknologiske udvikling fortsat bevæger sig, er der næppe grund til at betvivle, at telelovgivningen vil undergå store ændringer også i fremtiden. Hvorvidt det vil lykkes indenfor en overskuelig fremtid at skabe effektiv konkurrence på kommunikationsmarkedet, således at de særlige telekonkurrenceregler kan ophæves til fordel for de almindelige konkurrenceregler, er uvist på nuværende tidspunkt. En vis løbende tilpasning af samtrafikreglerne må dog imødeses. Endvidere er der næppe tvivl om, at konvergens mellem medierne vil medføre yderligere lovgivningsmæssige ændringer. Dette gælder ikke kun telelovgivningen, men også radio/tv-lovgivningen og relevante love på internetområdet. Et særligt regulatorisk problem, der i den forbindelse må forventes at presse sig på, er spørgsmålet om, hvorvidt hele lovgivningsstrukturen på kommunikationsområdet må revurderes for at sikre klarhed, overskuelighed og sammenhæng på tværs af tele-, IT- og radio/tv-lovgivningen.

Sammenfattende må det konstateres, at telelovgivningens historiske forløb tegner et billede af en sektorlovgivning, der efter at have stået nærmest stille i hen ved 100 år på ganske få år har undergået dramatiske ændringer. En udvikling, der afspejler såvel omfattende teknologiske landvindinger som erklærede politiske målsætninger - truffet på fælleseuropæisk hold - om liberalisering og øget konkurrence. På kort sigt er spørgsmålet navnlig, om yderligere justeringer vil

---

<sup>35)</sup> Lov nr. 1052 af 17. december 2002. Telekonkurrencelovens § 89 giver hjemmel til fastsættelse af indholdsregler for teletjenester, der kan sidestilles radio/tv-tjenester. Hjemmelen er dog ikke udnyttet.

være nødvendige i lyset af den stigende mediekonvergens. På lidt længere sigt er spørgsmålet, om der fortsat er behov for en sektorspecifik konkurrenceregulering. Er dette ikke tilfældet, vil telelovgivningen i sin nuværende skikkelse på sigt helt kunne ophæves eller dog reduceres væsentligt i omfang i forhold til i dag.

# Om den borgerlige ret i Folkerepublikken Kina<sup>1</sup>

af

Ole Lando<sup>2</sup>

Kina er verdens folkerigeste land. Over en femtedel af jordens befolkning bor i Kina. Kinas bruttonationalprodukt var i år 2001 pr indbygger knapt 3% af Danmarks. Kinas samlede eksport var kun godt fem gange så stor som Danmarks, hvis befolkningstal i år 2000 var ca. tre tusinde del af Kinas. Kina er altså et fattigt land, men dets bruttonationalprodukt er i årene 1997 til 2001 vokset med ca. 8% om året, hvor Danmarks er øget med mellem 1½ og 3 %.<sup>3</sup> Kinas eksport er også vokset stærkt, og Kina spås en fremtrædende plads på fremtidens verdensmarked.

---

<sup>1)</sup> Artiklen er tænkt som et kapitel i en kommende anden udgave af 'Kort Indføring i komparativ ret'

<sup>2)</sup> Kilder. *René David & Camille Jauffret-Spinosi*, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10. éd. Paris 1992; *Zweigert & Kötz* *Introduction to Comparative Law* (1998) Chapter 20; *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume I *National Reports, P, People's Republic of China* ved *Frank Münzel* (1998) 62ff (afsluttet december 1994) samt professor *Frank Münzel's* meget indholdsrige hjemmeside på tysk om Kinas ret: <http://www.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm>, (i det følgende 'Münzels hjemmeside'), som løbende føres à jour. Jeg er desuden professor *Münzel* stor tak skyldig for flere meget fyldige supplerende oplysninger om Kinas ret. En engelsk oversættelse af Kinas forfatning og andre fakta om Kina og dets regering m.m. findes på der kinesiske nyhedsorgan *Peoples Daily's* hjemmeside <http://english.peopledaily.com.cn/data/organs/home.shtml>. Oversættelser til engelsk af erhvervsretlige love findes på Det kinesiske ministerium for udenrigshandel og økonomisk samarbejdes hjemmeside <http://english.moftec.gov.cn/lawdigest.shtml>.

<sup>3)</sup> Statistisk Årbog 2003, Tabel 523 og Tabel 524.

## 1. Riter og ret

Kinesernes indstilling til samfundets forholdsnormer var længe forskellig fra vestens. I deres kultur var retten kun et underordnet middel til at sikre den sociale ordens opretholdelse. Borgerne burde kun betjene sig af retsregler i yderste nødsfald. Retsordenen var i sit væsen mangel på kultur. Dens system af tvang og logik er stadig mange kinesere imod. Efter den filosofi, som *Konfucius* (551-479 f. Kr.) udviklede i samtaler med sine elever, er hele universet, himmel og jord, guder og mennesker, levende og døde ting, dele af et stort harmonisk hele. Menneskets mål må være i følelser, tanke og handling at bevare universets harmoni. De forholdsnormer, som har betydning for den sociale ordens opretholdelse, er riterne, *li* som de hedder i Kina. Efter disse riter er cellen i samfundet familien, hvor overhovedet hersker. Efter riterne havde hver person sin særlige status i familien, klanen, nabolaget, det offentlige hierarki og staten. Stridigheder i og mellem familierne blev normalt løst ved mægling og forlig og ved at følge riterne. Kun derved kunne man genskabe universets harmoni. I kejsernes Kina spillede retsreglerne derfor en ringe rolle. Der fandtes straffelove og love om forvaltningen, men ingen egentlig civilretlig lovgivning, og civilretlige sager blev meget sjældent indbragt for de kejserlige domstole.

Efter revolutionen i 1911 blev der i slutningen af tyverne og begyndelse af trediverne iværksat en kodifikation efter vesteuropæisk, især tysk og svejtsisk mønster. Der blev bl.a. indført en civillovbog, en civilproceslov, en konkurslov, en straffelov og en straffeprocesslov. Disse love med senere ændringer gælder stadig i Taiwan, men blev ophævet i Kina, da kommunisterne, anført af *Mao Tsé-Tung*, kom til magten i 1949. Først søgte de at etablere en socialistisk stat efter sovjetrussisk mønster. Der vedtoges en forfatning efter forbillede af den sovjetrussiske, en ægteskabslov og en jordreform. Ved jordreformen blev al privat ejendomsret til jord afskaffet og jorden overdraget til de offentligt styrede landbrugs-kollektiver. Mange af de tidligere rige bønder blev myrdet, og deres børn og børnebørn blev forfulgt som pariaer, en forfølgelse, som først helt ophørte i 1982. Kollektiviseringen førte til et voldsomt fald i landbrugsproduktionen, og det menes, at ca. 30 millioner mennesker døde af hungersnød i slutningen af 1950'erne og begyndelsen af 1960'erne.

Under kulturrevolutionen, som *Mao* iværksatte i 1966, anså man love for at være i strid med de revolutionære fremskridt. Derfor lå lovgivningsarbejdet næsten helt stille, og der blev ikke givet retsregler på civilrettens, strafferettens og procesrettens områder. Mange jurister, navnlig de, der havde ønsket at bruge lovene som et middel til at forbedre de økonomiske og sociale forhold, blev forfulgt af "revolutionens røde garde".

## **2. Regeringen og den erhvervsmæssige struktur**

Efter Maos død i 1976 lagde magthaverne i Kina kursen helt om. Retsmaskineriet blev sat i gang igen, og lovgivningsvirksomheden blev genoptaget. Forfatningen blev erstattet af en ny i 1978, der senere er blevet ændret i 1988, 1993 og 1999.

Kina er administrativt inddelt i provinser, nogle autonome områder, og tre store byer (Beijing, Shanghai og Tietsin) som står direkte under centralregeringen. Den nationale Folkekongres giver love for hele landet og de lokale Folkekongresser for hver provins og hvert område. Den borgerlige ret og retsplejen er i det væsentlige et nationalt anliggende. Både den nationale og de lokale Folkekongresser vælger et Stående Udvalg, som vedtager og udsender de fleste love og andre retsakter. Den nationale Folkekongres, der mødes en gang om året, har flere tusinde medlemmer; dens Stående Udvalg ca. 300. Dette stående Udvalg har nedsat en række underudvalg, herunder et Retsudvalg, som forbereder lovene.

Den nationale Folkekongres vælger Folkerepublikkens Præsident og Premierministeren efter forslag af Præsidenten. Premierministeren er formand for Statsrådet. Folkekongressen eller dens Stående Udvalg vælger de andre medlemmer af Statsrådet (ministre m.m.) på forslag af Premierministeren. Reelt er det dog det kommunistiske parti, der fortager valgene og som har magten.

Ifølge Forfatningen er Lenins demokratiske centralisme dens grundlag, og den giver den statslige sektor en førende rolle. Økonomien er stadig i væsentlig grad statsstyret. I forfatningsændringen fra 1988 står dog også, at staten tillader den private sektor at eksistere og udvikle sig indenfor lovens rammer, og at den private sektor supplerer den offentlige socialistiske økonomi. Staten skal beskytte denne private sektor og lede, overvåge og kontrollere den. Siden 1976 har regeringen også slækket på den offentlige styring og opmuntret det private initiativ.

## **3. Landbruget**

Bønderne ejer ikke den jord, de dyrker. Den tilhører stadig kollektiverne eller staten, og den administreres af kollektiverne. Disse har imidlertid overladt jorden til bondefamilierne ved langvarige brugsaftaler. Det lokale kollektiv lader en familie overtage et jordstykke mod betaling af en afgift. Bondefamilien kan nu selv dyrke jorden og sælge sine produkter. Alt dette har medført, at produktionen af korn og ris i tiden fra 1949 til 1990 skal være steget til det firdobbelte og kødproduktion til det ti dobbelte.

Bøndernes overtagelse af jorden til brug er den vigtigste reform i den kinesiske økonomi, siden socialismen blev indført. Ved ændringen af forfatningen i 1988

kan retten til at bruge jorden overdrages i henhold til lov. Overtagelsen blev dog længe ikke reguleret ved lov og førte til mange uklarheder bl.a. om dens varighed og retlige natur. Det skete, at et kollektiv tog jorden tilbage fra en bondefamilie, efter at det havde set, at familien med stor arbejdsindsats havde gjort en jord, der før ikke havde været givtig, til frugtbart land, og familien havde tjent gode penge på afgrøderne. En lov af 29. august 2002 har nu givet fælles regler for bondefamiliernes overtagelse af jorden.<sup>4</sup> Overtagelsen skal indføres i det offentlige register. Det sker normalt for et tidsrum af 30 år med ret til fornyelse af kontrakten, og "bruger-familien" er, i hvert fald efter lovens ord, beskyttet mod vilkårligt at blive frataget den jord, som den har overtaget. Brugeren kan overdrage sin ret til en anden familie, som er i stand til at dyrke jorden. Reglerne om bøndernes overtagelse af jorden ventes at blive ændret i en kommende civillovbog, men principperne forventes at forblive de samme.

#### 4. Industri og handel

En del af industriens og handelens statsforetagender er omdannet til selskaber, hvis aktier noteres på børserne. Staten ejer langt den største del af aktierne i disse statsforetagender. De fleste af dem giver et stort underskud, som staten hidtil har måttet dække. Dette har været en hård belastning for statskassen. Der er givet regler om konkurs, hvorefter også de statsejede virksomheder kan erklæres konkurs. I 2001 udstedte Statsrådet en midlertidig forordning, der foreskriver en metode til formindskelse af statsandelene.<sup>5</sup> Metoden er dog hidtil kun blevet taget i anvendelse i nogle få tilfælde. Den er stødt på modstand hos de private aktieejere, som er bange for, at staten vil ophøre med at dække selskabernes underskud og lade dem gå konkurs. I dag handles disse selskaber aktier så at sige ikke længere på børserne.

Ved siden af de statsejede selskaber er en række helt private grossist- og detailvirksomheder, bygge- og transportforetagender vokset frem. Det står borgerne frit for at oprette aktieselskaber og anpartsselskaber.<sup>6</sup> De større privatejede selskabers aktier noteres og handles på børserne. Der er også opstået et privat boligmarked.

---

<sup>4)</sup> *Gesetz der Volksrepublik China zur Übernahme von Dorf land*, se Münzels hjemmeside for 2002.

<sup>5)</sup> *Vorläufige Verwaltungsmethode zur Verringerung der Staatsanteile und zur Finanzierung des Fonds zur sozialen Sicherung*, Vom Staatsrat ausgegeben am 6.6.2001, se Münzels hjemmeside for 2001.

<sup>6)</sup> Se idem *Gesellschaftsgesetz der VR China Verabschiedet am 29.12.1993*.

I 1979 og senere har regeringen oprettet særlige økonomiske zoner. Her har den afprøvet, hvordan de markedsøkonomiske kræfter virker, og her har der næsten ikke været nogen statslig kontrol med virksomhederne. Det er i disse zoner, som ligger i det østlige Kina, at den økonomiske vækst har været størst.

## 5. Formueretten m.m.

Sådan som de er forfattet, er de formueretlige love i Kina stærkt påvirket af vest-europæisk, især tysk ret såvel i deres ordvalg som i deres systematik og indhold. Lovbogen om de Almindelige Principper for den Borgerlige Ret af 12. april 1986<sup>7</sup>, giver en række almindelige regler om kontrakter<sup>8</sup> samt regler om fysiske og juridiske personer, sikkerhedsrettigheder og kaution, skadegørende handlinger uden for kontrakt, forældelse og international privatret. Lovbogen anses for at være forældet og ventes erstattet af reglerne i den civillovbog, som er under forberedelse.

Regler om kontrakter fandtes tidligere i forskellige love, herunder en lov af 1985 om Udenrigshandelens Kontrakter. Disse love er nu ophævet. I stedet gælder Loven om Kontrakter af 15. marts 1999,<sup>9</sup> som i vidt omfang bygger på de ældre love. Den øverste Folkedomstol har den 19. december 1999 udsendt autentiske fortolkninger til flere af lovens bestemmelser.<sup>10</sup>

Loven er inddelt i en almindelig del og en speciel del. Den almindelige del omhandler en række af de emner, som også findes i den tyske borgerlige lovbog, BGB's almindelige del og i danske fremstillinger af kontraktsretten og obligationsrettens almindelige del.<sup>11</sup> Lovens specielle del giver regler for de enkelte kontrakter, herunder køb, aftaler om levering af el, gas, varme og vand, *financial leasing*, leje, lån, værksleje, byggeaftaler, befordring og mellemmandsforhold.

---

<sup>7)</sup> Se idem *Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der VR China* (1986).

<sup>8)</sup> Dvs. om retshandlers indgåelse og ugyldighed, fuldmagt, kontraktens opfyldelse, kaution, kontraktens misligholdelse og, forældelse.

<sup>9)</sup> idem, *Vetragsgesetz der Volksrepublik China* (1999). En oversættelse til engelsk findes på det kinesiske ministerium for udenrigshandel og økonomisk samarbejdes hjemmeside <http://english.moftec.gov.cn/lawdigest.shtml>.

<sup>10)</sup> Er i den tyske oversættelse gengivet udfor de pågældende bestemmelser i loven.

<sup>11)</sup> Dvs. om aftalers afslutning, herunder om fuldmagt, ugyldige viljeserklæringer (svig, fejltagelse, tvang mm), kontraktens virkninger og opfyldelse, ændringer i og overdragelse af kontrakter, kontraktpligternes ophør, samt ansvar for misligholdelse.

I kapitel 1 i den almindelige del bestemmes det at parterne i en kontrakt er ligeberettigede; ingen af dem kan påtvinge den anden sin vilje. Endvidere gælder kontraktsfriheden, grundsætningen om at kontrakter er bindende samt parternes pligt til at iagttage redelig handlemåde. Parterne skal, når de fastlægger rettigheder og pligter, udvise retfærdighed. Denne "retfærdighedsgrundsætning" findes også i § 39 om almindelige forretningsbetingelser, og er vendt mod urimelige kontraktvilkår. § 39 har dog hidtil ikke været brugt ret tit. Endelig skal parterne overholde lovene og forvaltningens forskrifter, adlyde samfundets offentlige moral og ikke krænke samfundets socioøkonomiske orden eller offentlige interesser.

I 2001 har Statsrådet udstedt en *monopolforordning*, som kaldes "Bestemmelser om forbud mod ved udøvelse af erhverv at aflukke markeder fra hinanden".<sup>12</sup> Disse forbud gælder ikke blot for private, men også og især for offentlige virksomheder.

## 6. Familie- og arveret

*Ægteskabsloven* er fra 1980 med ændringer i 2001. Den Øverste Folkedomstol har samme år udsendt en række forskrifter om lovens fortolkning og anvendelse. Lovens principper findes i § 2. Der skal være frihed i de ægteskabelige forhold og monogami, og manden og kvinden skal være ligestillede. Loven vil beskytte kvinders, børns og gamles rettigheder og gennemføre familieplanlægning.

Loven afskaffer således polygami, som i nogle egne var tolereret før 1981. § 3 indeholder en række forbud. Indgåelsen af ægteskab skal nu ske med parternes frie vilje. De tidligere skikke, hvor ægteskaberne blev arrangeret af parternes forældre, og hvor brudens forældre 'solgte' hende mod betaling, er også ulovlige og gør ægteskabet ugyldigt. De gamle vaner er dog stadig meget udbredt, og salg af 'brude' mod deres ønske forekommer stadig.

Det er forbudt at leve sammen med en anden, end ægtefællen. Vold i familien er forbudt; familiemedlemmerne må ikke mishandle hinanden.

Ifølge flere forfattere er vold mod hustruer og samleversker stadig meget udbredt. I diskussionen om civilretsreformen har *Chen Mingxia* berettet om en stort anlagt undersøgelse i landsbyerne og kredsene, hvor embedsmænd, herunder også politifolk blev spurgt, om vold forekom i deres familier, hvad de alle benægtede; når

---

<sup>12)</sup> Se Münzels hjemmeside for 2001: Bestimmungen des Staatsrats zum Verbot, bei marktwirtschaftlichen Aktivitäten Gebiete abzuschotten".

de så blev spurgt, om de ikke havde slået deres hustruer, skal flere af dem have leet og spurgt tilbage: Findes der familier, hvor konen aldrig har fået prygl?<sup>13</sup>

Mand og hustru må heller ikke lade hinanden i stikken. Under den pågående vandring fra land til by er det ofte sket, at mænd, der har fået arbejde i byerne, har afbrudt forbindelsen med deres hustru og barn hjemme i landsbyen.

Det er også forbudt at drukne småbørn, lade dem i stikken eller at volde dem skade på anden måde (§21(3)).

*Ægteskabet* skal for at være gyldigt registreres for offentlig myndighed. Manden skal være fyldt 22 og kvinden 20 år. Loven 'understøtter', at de gifter sig sent og får børn sent (§ 6).

Der skal betales et gebyr for registreringen af ægteskabet. I de fattige provinser kan mange ikke betale det. Faktiske samlivsforhold er almindelige og har i lang tid været behandlet som ægteskaber i personlig, formueretlig og arveretlig henseende. For samlivsforhold, der er stiftet efter 1. februar 1994, gælder dog nu den regel, at parret sammen kan 'efterregistrere' ægteskabet, og da gælder de som gift med virkning fra samlivets begyndelse.<sup>14</sup> Det opfordres de for eks. til at gøre, hvis de vil skilles og ønsker, at deres tidligere samliv da skal behandles som et ægteskab. Forsømmer de det, behandles deres samliv som ikke ægteskabeligt. Det har især en vis betydning for fordelingen af formuen i tilfælde af, at samlivet ophører eller opløses ved død.

I lovændringen af 2001 fremhæves ægtefællernes *pligt til troskab og gensidig agtelse*. Alle medlemmer af familien skal agte de gamle, elske børnene, hjælpe hinanden og opretholde et harmonisk og ordnet familieliv (§ 4). Loven betoner stærkt mandens og kvindens ligestilling og begges frihed til at arbejde, studere og deltage aktivt i samfundslivet (§ 15).

Ægtefællerne har pligt til at *underholde* hinanden, deres børn og ikke arbejdsdygtige forældre. Er forældrene ikke i stand til at underholde børnene, hviler denne pligt på bedsteforældrene, dersom de er i stand til det. På samme måde har børnebørnene pligt til at underholde deres uarbejdsdygtige bedsteforældre. Ældre søskende, som formår det, har pligt til at underholde mindreårige yngre søskende, hvis forældrene er døde eller ude af stand til det.

Der er *fælleseje* mellem ægtefællerne til de ejendele, som de erhverver under ægteskabet, og til det, som hver af dem under ægteskabets beståen får som gave

---

<sup>13)</sup> *idem* note 1.

<sup>14)</sup> Dvs fra det tidspunkt da de som samlevende opfyldte betingelsen for at kunne giftes.

eller arv. Hver af ægtefællerne har fuld rådighed over fællesejet, dog skal de være enige om vigtige dispositioner. Ejendele, som hver ægtefælle bringer ind i ægteskabet, er særeje. Endvidere kan en arvelader ved testamente eller en gavegiver i et gavebrev bestemme, at arven eller gaven skal være særeje. Ægtefællerne kan også aftale, at de ejendele, som hører til fællesejet, helt eller delvis skal være særeje, og at ejendele, som hører til særejet, skal være fælleseje.

Hvis parterne er enige om at søger *skilsmisse*, om at dele formuen og om fordeling og forsørgelse af børnene, kan skilsmisse bevilges af personregisterføreren. Ellers sker det ved domstolene. Det kræves da, at forholdet mellem ægtefællerne må anses som ødelagt, og at mægling har været forgæves. Retten skal prøve at opnå forsoning, men skilsmisse skal gives i en række tilfælde, hvor den ene ægtefælle groft har krænket den anden, eller hvor ægteskabet af andre grunde må anses for ødelagt.

Ved skilsmissen deles fællesformuen ved parternes overenskomst; er de ikke enige, træffer retten afgørelsen efter sagens konkrete omstændigheder med særlige hensyntagen til hustru og barn; dette gælder især hvor familien har overtaget landbrugsjord til brug, se herom ovenfor. Har parterne aftalt særeje, kan en part, som har opfyldt forholdsvis mange pligter, forlange at få en udligning. Dette gælder således, hvis han eller hun har været den, der tog sig af børnene, sørgede for de gamle, hjalp den anden i hans eller hendes arbejde. Kommer en af parterne efter en skilsmisse i svære økonomiske vanskeligheder, er den anden forpligtet til at træde hjælpende til med sine midler.

Ved skilsmisse kan der endvidere blive tillagt en ægtefælle erstatning for materiel og sjælelig skade, hvis den anden har begået bigami, samlever med en anden person, har øvet vold mod familien, har mishandlet et familiemedlem eller ladt det i stikken.

*Arveretten* er reguleret i Arveloven af 10. april 1985. Har arvelader ikke oprettet testamente, og efterlader han eller hun sig ægtefælle, børn og forældre, deles arven i lige dele mellem dem. Arvelader kan disponere over hele eller dele af sin formue ved testamente; dog må han efterlade en passende arv til uforsørgede arvinger, herunder også en ægtefælle. Ved skifte mellem flere arvinger skal arven deles på en måde, som fremmer "produktionen og livet". Består boet blot af et lille hus, skal dette gives til den arving, som har mest brug for det, og han eller hun må så, i det omfang vedkommende med rimelighed kan, betale de andre arvinger deres andele.

## 7. Civillovbogen

En *civillovbog* har længe været under udarbejdelse. Formanden for Retsudvalget har den 23. december 2002 forelagt et fuldstændigt udkast til en civillovbog for Folkekongressens Stående Udvalg. Civillovbogen skal herefter begynde med en almindelig del, der ligesom Lovbogen om de Almindelige Principper for den Borgerlige Ret og den tyske BGB indeholder regler om fysiske og juridiske personers rets- og handleevne, værgemål, viljeserklæringer, fuldmagt og forældelse. Loven om Kontrakter og familieretten (Ægteskabsloven m.m.) samt Arveloven skal indgå uændret i lovbogen. En af dens andre bøger skal handle om personens rettigheder, hans ret til liv og sundhed, navn og billede, ære, tillid og privatliv, en bog om erstatning for "krænkelser af rettigheder" dvs. erstatning uden for kontrakt, og en om den internationale privatret.

Der foregår livlige debatter om civillovbogen, hvor de retslærde i Kina deltager, og hvor bl.a. Internettet tages i brug. Man har også rådført sig med udenlandske eksperter. En del af diskussionen angår metoden. Skal man, som man hidtil har gjort og som udkastet gør, følge den tyske BGB med dens lukkede begrebsapparat eller den mere åbne og fleksible anglo-amerikanske metode? Det, der også diskuteres, er tingsretten, herunder hvorvidt man skal indføre tysk rets abstrakte model, og hvordan man skal ordne bøndernes brugsret til den jord, de dyrker.

## 8. Hvorfor hylder kineserne vestens retlige værdier? Hvorfor har de indført et civil law system?

I mangel af et egen systematik har Kina for så vidt angår den borgerlige ret antaget et vestligt system og indtil videre valgt den kontinentaleuropæiske *civil law* frem for den angloamerikanske *common law*. Kineserne har hidtil foretrukket den kontinentaleuropæiske struktur og terminologi frem for den anglo-amerikanske. Det er lettere at indføre en ny retsorden, der er systematiseret og har faste begreber, end en, der består af regler og begreber, som må søges i nogle domme.

Med det kontinentale system har Kina også antaget de vestlige retsværdier såsom individets frihed og integritet, monogami, alle borgeres herunder kønnenes ligestilling, *pacta sunt servanda*, redelig handlemåde, beskyttelse af den svage part osv.. Det er bemærkelsesværdigt, fordi retten i Europa bygger på i et samfundssyn, der har sit udspring i kristendommen og romerretten, som ikke kendtes i datidens Kina. Det samme ser man i Japan. Hvorfor?

Nogle af værdierne, især dem, der tilstræber harmoni medmenneskelighed, fandtes i *Konfucius'* lære. At alle mennesker er lige, og at mand og kvinde derfor må ligestilles, var også kommunisternes doktrin. Det kan forklare, at lovgiverne har

opgivet at opretholde ideen om, at hver person har sin særlige status i Kinas ret... Kinesere og japanerne har haft brug for et teknisk udbygget system, der giver svar på samfundets mange problemer. De har da ment, at de da også måtte tage de vestlige retsværdier med i købet, og give dem den formulering, som de har i europæisk, især tysk ret. Måske har de også troet, at et moderne industri- og servicesamfund ikke kan fungere effektivt uden de vestlige værdier.

## 9. Hvordan fungerer retssystemet?

Det er dog et spørgsmål, om de nævnte værdier anerkendes i praksis, og om systemet fungerer.

Forfatningen giver som nævnt statens styring af økonomien den førende rolle, men anerkender også den private sektor. Flere af lovene indledes med henvisninger til den socialistiske retsorden, men siger også, at den socialistiske opbygning skal være moderniserende, have kinesiske karakteristika og være i overensstemmelse med de faktiske forhold. Loven om Kontrakter indfører kontraktsfriheden som et grundlæggende princip. Ingen ved, i hvilket omfang statsstyring eller det private initiativ er den herskende ideologi.

Hvad der er gældende ret i Kina har, siden lovgivningen kom i gang, ikke altid været klart. Retskilderne er mange. Der er de love for hele Kina, som Folkekongressen udsteder, og der er lokale love udstedt af de lokale folkekongresser. Disse love har i visse områder givet særlige regler for udøvelse af privat virksomhed. Der er regler udstedt af Kinas Statsråd, samt en række forskrifter fra provinsregeringerne, hvoraf nogle anses som bindende og andre kun som vejledende. Endvidere udsender Den Øverste Folkedomstol som nævnt en række forskrifter om lovenes fortolkning og anvendelse.<sup>15</sup> Det er ikke altid klart, hvilke af disse mange retsforskrifter, der er bindende for domstolene, og hvilke der blot er vejledende. Forskellige retsfastsættende myndigheder har udstedt modstridende retsforskrifter.

Man har søgt at afhjælpe uklarheden om retskilderne ved at indføre en lov om lovgivningen af 15. marts 2000.<sup>16</sup> Dens formål er at standardisere og styrke det samlede lovgivningssystem, fremme *the rule of law* og opbygge en socialistisk

---

<sup>15)</sup> Et eksempel er: *Erklärungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Haftung auf Ersatz seelischer Schäden bei zivilrechtlichen Rechtsverletzungen, Akt. Z. Fashi 2001/7, Verabschiedet am 26.2.2001 vom Gerichtskomitee des Obersten Volksgerichts, verkündet am 8.3.2001, in Kraft ab 10.3.2001*, se Münzels hjemmeside.

<sup>16)</sup> idem *Gesetzgebungsgesetz der VR China* vedtaget de 15. marts 2000 på den 9. Nationale Folkekongress' 3. møde.

retsstat. Det er dog ikke lykkedes at afgrænse lovgivningskompetencen mellem de forskellige organer og undgå modstrid mellem de forskellige retsakter. Et forslag om at fratage Den øverste Folkedomstol dens magt til at "fortolke" lovene, som i realiteten er en selvstændig lovgivningsvirksomhed, blev ikke vedtaget. Loven nævner slet ikke denne virksomhed, som er fortsat efter lovens ikrafttræden.

Adskillige lovregler, for eks i familieretten, er vendt mod de gamle riter, men disse påvirker stadig befolkningens adfærd. Det har været svært at få et sikkert indtryk af deres betydning for domstolene og forligsmyndighederne. Det må tages i betragtning, at de fleste dommere og alle fredsmæglerne ikke er jurister og derfor næppe træned i juridisk tænkning, at man overalt i Kina stræber efter at afgøre tvister ved forsoning og forlig, og at riterne da kan påvirke fredsmæglere og domstole.

Det vides heller ikke, hvilke krav der stilles til lovmæssig forvaltning, og hvad der er tilladt for myndighederne og for de erhvervsdrivende. Begivenhederne i juni 1989 viste, at regeringen ikke ville tolerere, at politisk frihed følger med den økonomiske liberalisering. Der har været rejst tvivl om, hvorvidt et effektivt retssystem kunne gennemføres uden en grundlæggende politisk reform. Korruptionen i forvaltningen og hos domstolene er et af Kinas største problemer, og med den stigende velstand i store befolkningsgrupper hævdes den at være blevet værre i den senere tid.

På den anden side er der sket visse fremskridt. Myndighederne lægger i dag stor vægt på retten i samfundet. I forfatningsændringen fra 1999 fremhæves det, at Folkerepublikken Kina skal regeres efter loven og opbygge et socialistisk retssamfund; i den engelske oversættelse hedder det "*build a socialist country of law*". Ældre kinesere omtaler stadig lovene med en mild ironi, men mange jurastuderende og yngre jurister er besjælet af en uselvsk begejstring for juraen og kæmper med stor iver for ret og retfærdighed. I den seneste tid har det voksende antal af uddannede jurister virket med til at højne den juridiske debat. God juridisk litteratur bliver nu publiceret. For nylig har en højesteretsdommer udgivet et stort og velanskrevet værk om monopoler.<sup>17</sup> Retspraksis anses ikke som en egentlig retskilde, men de øverste domstoles afgørelser har, hvor de kendes, stor vejledende betydning. Der offentliggøres nu langt flere retsafgørelser end tidligere, og private borgere bruger domstolene mere end før, også til at anlægge sag mod myndighederne, hvad der dog stadig er en sejlads i hård modvind. Disse forhold vil muligvis kunne bidrage til at styrke *the rule of law* i Kina.

---

<sup>17)</sup> Kong Xiangjun: Fanlongduanfa yuanli/Anti-monopollovens principper.

Man spørger sig dog, om de ikke er 'luksusfænomener', som kun findes i de store byer, og om de ideer, der besjæler en del jurister i Beijing, Shanghai og Tietsin, støttes fuldt ud af regeringen, og om de nogen sinde vil trænge ud i det enorme land.

# EU-konkurrencerettens offentlige drejning

af

Ulla Neergaard

## 1. Indledning

I de første mange år af Fællesskabets levetid var det konkurrenceretlige fokus fra såvel EU-myndighedernes som EF-Domstolens side primært på, hvad der kan betegnes som den traditionelle konkurrenceret som især udmøntet i art. 81 og 82 EF. I nyere tid, d.v.s. fra omkring 1985 og frem, har fokus taget en drejning i retning af også at inkludere de nationale myndigheders foranstaltninger med konkurrencebegrænsende virkninger. Denne drejning kan ses som at bero på en antagelse om, at mange af de væsentligste begrænsninger af konkurrencen skyldes nationale myndigheders foranstaltninger. Der er således økonomer, der hævder, at al form for regulering hindrer den fri konkurrence. Drejningen synes især kendt af offentligheden i form af en række liberaliseringsinitiativer primært indenfor telekommunikation, energi og transport.

Denne artikels formål er at analysere denne såkaldte offentlige drejning af EU-konkurrenceretten med valgt fokus på to i denne forbindelse også ganske væsentlige retsområder, hvortil kendskab dog endnu ikke synes at være nær så stort. Således redegøres i det følgende generelt for udviklingen af den offentlige drejning af EU-konkurrenceretten med henblik på følgende retsområder: a) *state action*-doktrinen, d.v.s. samspillet mellem art. 3, stk. 1, litra g), art. 10 og 81 EF og b) art. 86, stk. 1 EF læst i forening med art. 82 EF.<sup>1</sup> Førstnævnte retsområde

---

<sup>1)</sup> Analyserne baserer sig i et vist omfang på bl.a. følgende litteratur af Neergaard, U.: *Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States* (DJØF Publishing Copenhagen, 1998); "National erhvervsregulering med konkurrenceforvridende virkninger som EU-konkurrenceretligt og konstitutionelt problem", (1998) 6 *EU-ret & Menneskeret* 189-210; "State Action and European Competition Rules: A New Path? Case Note Concerning Case C-35/96, Commission of the European Communities v. Italian Republic, Judgment of the Court of Justice of 18 June

kan kort fortalt siges at vedrøre nationale myndigheders forpligtelse til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan opheve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende regler. Sidstnævnte retsområde kan kort fortalt siges at vedrøre forbuddet mod, at nationale myndigheder i tilknytning til tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder til virksomheder foranlediger disse til at udnytte deres dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug. Førstnævnte retsområde kan betegnes som *lex generalis* vedrørende konkurrencebegrænsende nationale foranstaltninger, hvorimod sidstnævnte kan betegnes som *lex specialis*.<sup>2</sup>

Analysens omdrejningspunkt er en periodisering bestående af en opdeling i i alt fire faser. Denne er inspireret af Weilers oversigt over EU-rettens udvikling, herunder i særdeleshed de mere forfatningsretlige aspekter, i dennes klassiker af en artikel: "The Transformation of Europe".<sup>3</sup> Endvidere er periodiseringen inspireret af Gerber, som har frembragt en mere specifik oversigt over konkurrencerettens udvikling.<sup>4</sup> Den første fase omfatter perioden 1958-1972, den anden fase perioden 1973-1984, den tredje fase perioden 1985-1995 og den fjerde og sidste fase perioden 1996 og frem. For en god ordens skyld skal nævnes, at Weiler og Gerber ikke opererer med den sidste fase, allerede fordi Weilers artikel er fra 1991. Fasen er her medtaget ud fra et ønske om større overskuelighed i fremstillingen.<sup>5</sup> At 1995 er valgt som (et dog skønsmæssigt ansat) skæringsår, kan begrundes i, at herefter synes adskillige store politiske begivenheder at tage fart, jf. nf. under afsnit 5.<sup>6</sup>

---

1998 (not yet reported)" (1999) 6 *Maastricht Law Journal* 380-396; "Privilegerede virksomheder. Den seneste domspraksis vedrørende art. 86 smh. m. art. 82 EF", (DJØF Publishing Copenhagen, 2001) *Julebog 2001* 133-167; "Kollektiv arbejdsret og den europæiske state action-doktrin" (Nordisk Ministerråd, 2002) *Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten* 63-74; "EU-konkurrenceret og national regulering af advokaterhvervet" (2002) 3 *Europarättsligt Tidsskrift* 498-513; og "Privilegerede virksomheder og saglige begrundelser for konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86, stk. 2 EF" (DJØF Publishing Copenhagen, 2002) *Julebog 2002* 313-335.

<sup>2)</sup> Se også Baquero Cruz, J., *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community* (Hart Publishing, 2002) 130.

<sup>3)</sup> Jf. Weiler, J. H. H., "The Transformation of Europe", (1991) 100 *Yale Law Journal* 2403.

<sup>4)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) Kap IX og X.

<sup>5)</sup> Således synes en fase fra 1985-2003 at være for langstrakt.

<sup>6)</sup> Se de nævnte artikler af Weiler og Gerber vedrørende deres argumentation for den valgte periodisering.

I analysen lægges vægten for det første på at sammenholde de to retsområder til såvel udviklingen af EU-retten som helhed som til selve den mere traditionelle EU-konkurrenceret. For det andet lægges vægten på at give et overblik over retsområdernes nugældende indhold. Der fokuseres udelukkende på EF-Domstolens afgørelser. Der er ikke medtaget domme afsagt efter den 1. september 2003. Første gang en dom nævnes, angives dens fulde reference i dens tilknyttede fodnote.

## 2. 1958-1972

I perioden fra Rom-Traktatens ikrafttræden indtil 1973 knæsætter EF-Domstolen vigtige konstitutionelle principper om direkte virkning, forrang, indfortolkning af forudsatte beføjelser, samt beskyttelsen af menneskerettigheder.<sup>7</sup>

Selv om der i generel forstand således er tale om en fundamentalt vigtig periode, afsiger EF-Domstolen imidlertid kun afgørelse i omtrent en håndfuld relativt perifert relaterede sager om *state action*-doktrinen og art. 86 EF (dengang art. 90).

Det må således konstateres, at et offentligt fokus ikke for alvor forefindes i denne i øvrigt vigtige fase af fællesskabsrettens udvikling. Forklaringen kan ligge i, at i mere konkurrenceretlig henseende er perioden karakteriseret ved, at de involverede kræfter er optaget af i det hele taget at konstruere et konkurrenceretligt system, hvilket nødvendigvis måtte indebære et fokus på art. 81 og 82 EF (dengang art. 85 og 86) frem for eksempelvis den mere specielle og kontroversielle art. 86 EF (dengang art. 90).<sup>8</sup> Der var tale om en vanskelig opgave, hvor forskellige visioner konkurrerede side om side:

“One was whether the competition provisions of the treaty were to be understood as ‘law’ or merely as guidelines for decision-making. Here national experiences provided two quite different images of competition law. German participants tended to see the competition law provisions as fundamentally ‘juridical’ legal norms that had to be interpreted and applied according to judicial methods... Decision-makers from other Member States were often inclined to view Articles 85 and 86 not as ‘enforceable law’, but rather as programmatic statements of policy intended to guide the administrative decision-making of the Commission.[fodnote udeladt] Thus the French, for example, tended to see competition law in political and policy terms, preferring to base decisions on the evaluation by Community officials of the needs of the Community and its Member States. They were steeped

---

<sup>7)</sup> Jf. Weiler, J. H. H., “The Transformation of Europe, (1991) 100 *Yale Law Journal* 2410-2431.

<sup>8)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 346.

in the values and methods of *dirigisme* and *planification* which tended to view competition law in that light.[fodnote udeladt] The second fundamental issue was how large a role competition law should play. If Articles 85 and 86 were to operate as enforceable rules, should the Commission and the Court of Justice view them as important and enforce them seriously?"<sup>9</sup>

Svarene på disse fundamentalt vigtige spørgsmål afklares i løbet af den første grundlæggende periode og er nu almindeligt kendte. Imidlertid kom der - som det vil fremkomme med al tydelighed i det følgende - til at gå mange år, førend de konkurrenceretlige spørgsmål i relation til forskellige former for offentlig regulering med konkurrencebegrænsende virkninger for alvor kom på såvel den politiske som EF-Domstolens dagsorden.

### 3. 1973-1984

Den anden fase spændende fra 1973 til 1984 opfattes almindeligvis som præget af stagnation i henseende til politisk beslutningsdygtighed.<sup>10</sup> Imidlertid er perioden vigtig i mere konstitutionel henseende, fordi EF-Domstolen gennemfører en tilsidesættelse af princippet om Fællesskabets begrænsede kompetence, hvilket får afgørende indflydelse på kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og Medlemsstaterne.<sup>11</sup>

På det mere specifikke plan, d.v.s. i henseende til konkurrenceretten, anfører Gerber:

"...the Court remained the principal 'motor of integration' throughout the 1970s and into the 1980s.[fodnote udeladt] In playing this role, the Court relied heavily on the competition law system that had been constructed during the foundational period. That system had come to be perceived as critical to the integration effort and thus enjoyed a large measure of political support. This enabled the Court to use competition law in developing a symbolic discourse of Community progress, even as political events hindered more tangible forms of progress. The Court continued

---

<sup>9)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 346-347.

<sup>10)</sup> Jf. Weiler, J. H. H., "The Transformation of Europe", (1991) 100 *Yale Law Journal* 2431.

<sup>11)</sup> Jf. Weiler, J. H. H., "The Transformation of Europe", (1991) 100 *Yale Law Journal* 2431-2453. Weiler anfører i denne forbindelse s. 2434: "...the principle of enumerated powers as a constraint on Community material jurisdiction (absent Treaty revision) substantially eroded and in practice virtually disappeared.[fodnote udeladt] Constitutionally, no core of sovereign state powers was left beyond the reach of the Community."

to provide intellectual leadership by enunciating broad, future-oriented principles in several areas of competition law.[fodnote udeladt] Moreover, it continued to expand the scope and enhance the intensity of competition law, relying on the integration imperative for both interpretive guidance and political support... By the early 1970s the Court was paying less attention to the constraints of traditional legal methodology in reaching its decisions, and in so doing it began to erode the "juridical" conception of Community law."<sup>12</sup>

### 3.1. *State action*-doktrinen

Flertallet af sagerne fra denne periode udmærker sig ved stor forsigtighed i henseende til at anerkende den kombinerede læsning af art. 3, stk. 1, litra g), art. 10 og 81 EF, som hjemmel til at fordømme nationale foranstaltninger med konkurrencebegrænsende virkninger. Et eksempel på denne dominerende "minimalistiske" tilgang er ENCC-dommen fra 1977.<sup>13</sup> Her anfører EF-Domstolen udtrykkeligt, at: "Traktaten indeholder ud over konkurrenceregler, der gælder for virksomhederne, herunder artikel 85 og 86, som den nationale ret har henvist til, et antal forskelligartede bestemmelser om, hvorledes handlinger foretaget af stater kan komme i strid med konkurrenceordningens normale funktion", hvorefter den udelukkende henviser til art. 86 EF (da art. 90).<sup>14</sup> Den oprindelige tilbageholdende tilgang bekræftes i flertallet af de tidlige afgørelser, og det må generelt iagttages, at EF-Domstolen i sin oprindelige praksis enten helt ignorerer de henvisende nationale retters spørgsmål vedørende art. 3, stk. 1, litra g), art. 10 og 81 EF, eller slet og ret foretrækker en "minimalistisk" fortolkning.

INNO-sagen fra 1977 repræsenterer imidlertid et første lille skridt bort fra denne oprindelige "minimalistiske" tilgang.<sup>15</sup> Således tager EF-Domstolen konkret stilling til et spørgsmål fra en national domstol i henhold til art. 234 EF (da art. 177) om, hvorvidt en national foranstaltning, der af afgiftmæssige årsager foreskriver en bindende videresalgsspris på bearbejdede tobaksvarer, som fastsættes af fabrikanterne eller importørerne selv, er i overensstemmelse med art. 3, stk. 1, litra g), art. 10, og art. 82 EF (da art. 3, litra g), art. 5 og art. 86). Afgørelsen er markant derved, at EF-Domstolen anerkender berettigelsen af en udvidet

---

<sup>12)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 360.

<sup>13)</sup> Jf. Sag 94/74, *Industria Gomma articoli vari, IGAV mod Ente nazionale per la cellulosa e per la carta*, ENCC, Domstolens dom af 18. juni 1975, Saml. 1975, 699.

<sup>14)</sup> Jf. dommens præmis 33-34.

<sup>15)</sup> Jf. Sag 13/77, *GB-INNO-BM mod Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB)*, Domstolens dom af 16. November 1977, 2115.

fortolkning.<sup>16</sup> Den endelige afgørelse af den omtvistede foranstaltnings forenelighed med de betragtede traktatbestemmelser overlades dog til den henvisende domstol.<sup>17</sup>

### 3.2. Art. 86 EF

Selv om EF-Domstolen i denne periode generelt i sine afgørelser vedrørende konkurrenceretlige spørgsmål som nævnt ovf. anvender en oftest temmelig vid fortolkningsstil, hvor bekymring for, om et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag foreligger, sjældent udvises,<sup>18</sup> er afgørelserne vedrørende art. 86 EF (dengang art. 90) præget af stor forsigtighed. En enkelt afgørelse skal især fremhæves her som vigtig, nemlig Sacchi-sagen fra 1974.<sup>19</sup> Afgørelsen i denne sag er i udpræget grad udtryk for den nævnte tilbageholdenhed, som i øvrigt frem til begyndelsen af 1990'erne får afgørende betydning for forståelsen af bestemmelsen.

Sagen opstår som straffesag mod en bestyrer af en privat fjernsynsstation, som anklages for i offentligt tilgængelige lokaler at have været i besiddelse af fjernsynsapparater, der anvendtes til modtagelse af udsendelser via kabel, uden at have betalt den påbudte afgift.<sup>20</sup> Den nationale ret retter en præjudiciel henvendelse til EF-Domstolen med henblik på at kunne vurdere foreneligheden med traktaten af visse bestemmelser i den italienske lovgivning, som forbeholder staten eneretten til fjernsynsdrift, specielt vedrørende kabelfjernsyn, særlig for så vidt denne eneret udstrækkes til reklamer.<sup>21</sup> Sagen er vigtig, fordi EF-Domstolen bestemmer, at art. 86, stk. 1 EF (dengang art. 90, stk. 1) må anses for at være en tilladelse til,

---

<sup>16)</sup> Jf. især dommens præmis 28-35. Ud over en noget særegen indblanding af tillige art. 28-29 og 86 EF [da art. 30-34 og art. 90] fastslår EF-Domstolen dog med megen sikkerhed, at: "Dette viser, at skønt artikel 86 således retter sig til virksomheder, følger det dog af traktaten, at medlemsstaterne ikke må indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse;... på samme måde kan medlemsstaterne ikke træffe foranstaltninger, der gør det muligt for private virksomheder at unddrage sig de i traktatens artikler 85-94 indeholdte begrænsninger."

<sup>17)</sup> På trods af INNO-sagens lancering af et generelt princip regulerende samspillet mellem art. 3, stk. 1, litra g), art. 10 og art. 82 EF efterfølges afgørelsen imidlertid igen af en række sager, hvor INNO-tilgang som et gennemgående ignoreres.

<sup>18)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 360-361.

<sup>19)</sup> Jf. Sag 155/73, *Giuseppe Sacchi*, 30. april 1974, Saml. s. 409.

<sup>20)</sup> Jf. Sacchi-sagens præmis 1.

<sup>21)</sup> Jf. Sacchi-sagens præmis 1.

snarere end et forbud mod, at Medlemsstaterne giver virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder.<sup>22</sup> Således anføres det i afgørelsen:

“Artikel 90, stk. 1 tillader blandt andet, at medlemsstaterne giver virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder; der findes ikke noget i traktaten, der er til hinder for at medlemsstaterne af ideelle grunde i offentlighedens interesse unddrager radio og fjernsynsudsendelser, herunder kabeludsendelser fra konkurrencen på markedet ved at overdrage en herpå rettet eksklusiv rettighed til en eller flere virksomheder... fortolkningen af artikel 86 sammenholdt med artikel 90 fører til den konklusion, at tilstedeværelsen af et monopol for en virksomhed, som en medlemsstat har indrømmet eksklusive rettigheder, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86; det forholder sig følgelig på samme måde med en udvidelse af enerettighederne, som er en følge af en ny intervention fra denne stats side.”<sup>23</sup>

Konkurrence må således gerne udelukkes på et givent marked i forbindelse med overdragelse af, som det er tilfældet i sagen, eksklusive rettigheder. Sagen må forstås som, at konkurrenceunddragelsen også er tilladelig i forbindelse med særlige rettigheder.

Om misbrug i art. 82's (dengang art. 86's) forstand anfører EF-Domstolen, at dette ville foreligge, hvis en virksomhed, der har monopol på reklamefjernsyn, pålægger brugerne af sine ydelser ulige afgifter eller betingelser, eller hvis den vedrørende adgangen til fjernsynsreklamer udøvede forskelsbehandling mellem nationale og andre Medlemsstaters forretningsdrivende og produkter.<sup>24</sup> Det tilføjes, at art. 82 EF (da art. 86) har direkte virkning selv inden for rammerne af art. 86 EF (da art. 90).<sup>25</sup>

Alt i alt er dommen udtryk for den daværende herskende holdning om, at tildeling af eksklusive og særlige rettigheder er lovlige eller som det anføres af Sierra:

“...the very fact that the grant of exclusive rights is nowadays considered to be regulated by Article 86(1) shows just how far the approach in the case law and among academics to this subject has changed.[fodnote udeladt] Early interpretations of this rule were quite different: the fact that the text of former Article 90(1) (now Art. 86(1)) referred to undertakings to which Member States granted exclusive rights was adduced as proof of their legitimacy. On a literal interpretation of this Article, it was considered *a priori* that the existence of exclusive rights was

---

<sup>22)</sup> Jf. Sacchi-sagens præmis 14.

<sup>23)</sup> Jf. Sacchi-sagens præmis 14.

<sup>24)</sup> Jf. Sacchi-sagens præmis 17.

<sup>25)</sup> Jf. Sacchi-sagens præmis 18.

necessary for the rule's application and therefore they could not be affected by it. Thus, according to this interpretation, the grant of exclusive rights could not in itself be a measure capable of infringing this Article. The existence of legal monopolies could not therefore be questioned under former Article 90(1) (now Art. 86(1)); this rule could only be employed with respect to other State measures, such as those which forced monopolist undertakings to engage in abusive behaviour.<sup>26</sup>

Alt i alt må det om perioden anføres, at den væsentligste iagttagelse vedrører EF-Domstolens konstatering af, at tildeling af eksklusiv og særlige rettigheder er lovlig. Det er ydermere værd at bemærke, at i perioden har EF-Domstolen undgået en eksplicit stillingtagen til art. 86, stk. 1's eventuelle direkte anvendelighed. Dette må imidlertid anses for at være den naturlige implikation af Sacchi-sagen. Endelig er det relevant at påpege, at EF-Domstolen i INNO-sagen afviser at indfortolke konkurrencebegrænsninger i bred forstand via nationale foranstaltninger i art. 86's rettighedsbegreb.

#### 4. 1985-1995

Af relevans for udviklingen af EU-retten i bred forstand blev 1985, som det er almindeligt kendt, det år, hvor Kommissionen i sin Hvidbog lancerede sin strategi for etablering af det indre marked.<sup>27</sup> Målet for gennemførelsen blev fastsat som udløbet af det sidenhen så nærmest helt berømmede år 1992. Den anden vigtige begivenhed ved indgangen til den her betragtede periode fandt mere præcist sted i 1986 ved undertegnelsen af Den Europæiske Fælles Akt. I forening betød disse to begivenheder en tilnærmelsesvis gennemførelse af markedsintegrationen samt en mere effektiv beslutningsproces.<sup>28</sup>

Begge begivenheder har sat sine spor også i relation til selve konkurrencerettens udvikling. Således er blandt andet tilføjet nye målsætninger, der konkurrerer med konkurrencemålsætningen, som eksempelvis målsætninger om miljø- og industri-

---

<sup>26)</sup> 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) 134.

<sup>27)</sup> Jf. *Completing the Internal Market*, Milano, 28.-29. juni 1985. Kom(85) 310 (Hvidbog fra Kommissionen til Det Europæiske Råd).

<sup>28)</sup> Af andre vigtige begivenheder i perioden må naturligvis nævnes tilstrømningen af nye Medlemsstater, vedtagelsen af Maastricht-Traktaten samt Edinburgh-afgørelsen.

politik.<sup>29</sup> Også det forhold, at integration som målsætning nødvendigvis ikke længere kan spille den samme rolle som før, må antages at have påvirket konkurrenceretten.<sup>30</sup> Om EF-Domstolens (og sidenhen også Retten i Første Instans') praksis indenfor konkurrenceretten anfører Gerber:

"The Court's opinions tend to focus more narrowly on resolving the issues in the case under litigation through the use of existing concepts, preferably at relatively low levels of abstraction. To the extent that the Court's decisions have become less "future-oriented", therefore, the Court's intellectual leadership has diminished, for its capacity to "set the agenda" in competition law matters is necessarily reduced... Competition law cases in recent years have often involved procedural rather than substantive issues, and the courts have seldom articulated major new conceptual developments or ideals." <sup>31</sup>

Specifikt i relation til art. 86 EF holder denne karakteristik imidlertid ikke stik for den betragtede periodes vedkommende, idet EF-Domstolen i sager som teleterminaludstyrs- og Höfner-sagen, jf. nærmere uddybning nedenfor, klart etablerede nye og epokegørende normer for forståelsen af privilegerede virksomheders retsstilling.<sup>32</sup> I det hele taget er perioden markant, hvad angår det generelle syn på de nationale myndigheders oftest negative indgriben i konkurrenceforhold. Dette betegnes meget rammende af Gerber som "the public turn":

"During the late 1980s and early 1990s, the Commission shifted the emphasis in competition law away from its traditional concerns with private conduct and toward the problem of governmental interference with the competitive process, and the courts have supported this shift of focus." <sup>33</sup>

Meget på grund af EF-Domstolens aktive rolle, en efterhånden styrket Kommission samt i det hele taget et effektiviseret politisk beslutningssystem, lykkes

---

<sup>29)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 371.

<sup>30)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 391.

<sup>31)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 372.

<sup>32)</sup> Jf. Sag C-202/88, Den Franske Republik mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 19. marts. 1991, Saml. 1991 s. I-1223 og Sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macroton GmbH, 23. april 1991, Saml. 1991 s. I-1979.

<sup>33)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 382ff.

det således i den betragtede periode at igangsætte den liberaliseringsproces, som dog endnu den dag i dag ikke er tilendebragt.<sup>34</sup>

#### 4.1. *State action*-doktrinen

Den betragtede periode må i henseende til en anerkendelse af *state action*-doktrinen relevans til fordømmelse af nationale foranstaltninger med konkurrencebegrænsende virkninger anses for at være den absolut mest skelsættende blandt de i alt fire betragtede perioder. Således introduceres otte år efter INNO-sagen, i Leclerc-sagen fra 1985, for alvor et overordnet princip for fortolkningen af de tre bestemmelser.<sup>35</sup> Princippet har siden hen ofte udgjort det fortolkningsmæssige udgangspunkt for EF-Domstolen i analoge sager og det skal derfor her gengives i sin oprindelige og fulde ordlyd:

"Selv om disse regler ganske vist vedrører virksomheders adfærd og ikke de af medlemsstaterne ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, er staterne ikke desto mindre i henhold til traktatens art. 5, stk 2, forpligtet til ikke ved national lovgivning at skade den ensartede anvendelse - i hele fællesmarkedet - af fællesskabsreglerne og den fulde virkning af de retsakter, som udstedes i henhold til disse regler, samt til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler."<sup>36</sup>

Herved tager EF-Domstolen det store spring at indfortolke den betydning i især art. 81 EF (da art. 85), at også Medlemsstaterne er omfattet.

Dommen vedrører fransk lovgivning om faste videresalgspriser på bøger. Den har givet anledning til kontroverser.<sup>37</sup> Selv om EF-Domstolen klart tilkendegiver, at

---

<sup>34)</sup> Om den generelle konkurrenceretlige udvikling kan nævnes, at Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 378, anfører: "In the 1980s, DGIV turned increasingly toward legislation as a means of establishing competition law norms. Since then, it has increasingly promulgated norms directly rather than seeking to establish them through adjudication. From formal and binding group exemptions to relatively informal and non-binding general notices, prescription has become the dominant means of developing conduct norms."

<sup>35)</sup> Jf. Sag 229/83, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m.fl. mod Sàrl "Au blé vert", Domstolens dom af 10. januar 1985, Saml. 1985, s. 1.

<sup>36)</sup> Jf. dommens præmis 14.

<sup>37)</sup> Jf. eksempelvis Hoffman, Alan B., "Anti-competitive State Legislation Condemned Under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go After Van Eycke?", *European Competition Law Review*, Vol. 11, 1990, No. 1, s. 17; eller Joliet, René, "National

ulovlige aftaler i henhold til art. 81 EF (da art. 85) ikke kan anses for at være involverede, rejser den ikke desto mindre spørgsmålet om:

"...en national lovgivning, hvorefter virksomheders adfærd af den ifølge artikel 85, stk. 1, forbudte art gøres overflødig ved at gøre forlæggere af bøger ansvarlige for frit at fastsætte bindende detailsalgspriser, skader den tilsigtede virkning af artikel 85 og således er i strid med traktatens artikel 5, stk. 2."<sup>38</sup>

Spørgsmålet besvares ikke udtrykkeligt i sagen, men alene det forhold, at EF-Domstolen lancerer idéen om, at erhvervsregulering uden direkte forbindelse til aftaler kan tænkes at være i strid med de betragtede bestemmelser, er udlagt som en mulighed for hjemmel til at forbyde alle former for national erhvervsregulering med konkurrenceforvridende virkninger. Det skal dog tilføjes, at den potentielle vidtrækkende effekt af dommen indskrænkes kraftigt ved, at dommens udfald er, at den konkurrenceforvridende foranstaltning tillades i henhold til de tre bestemmelser. Dette udfald støtter sig imidlertid på EF-Domstolens betragtning om, at der endnu ikke er indført en specifik fællesskabsretlig konkurrencepolitik inden for bogsektoren.<sup>39</sup>

Et par år efter Leclerc-sagen, i 1987, afgøres Vlaamse Reisbureaus-sagen.<sup>40</sup> Denne sag skal fremhæves, fordi den er den første, hvor EF-Domstolen går så vidt som til uforbeholdent at fastslå, at en national foranstaltning er i strid med art. 3, stk. 1, litra g), art. 10 og 81 EF (da art. 3, litra g, art. 5, stk. 2, og art. 85).<sup>41</sup> Sagen vedrører et forbud bl.a. mod, at rejseagenter helt eller delvist videregiver

---

Anti-competitive Legislation and Community Law", *Fordham International Law Journal*, Vol. 12, 1989, No. 2, s. 172.

<sup>38)</sup> Jf. dommens præmis 15.

<sup>39)</sup> Jf. dommens præmis 20.

<sup>40)</sup> Jf. Sag 311/85, VZW Vereniging van Vlaamse Reisbureaus mod VZW Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, Domstolens dom af 1. oktober 1987, Saml. 1987, s. 3801.

<sup>41)</sup> I perioden mellem Leclerc og Vlaamse Reisbureaus skal især nævnes følgende domme som relevante i henseende til de betragtede traktatbestemmelser: Cullet-, Clair-, Bulk Oil-, Asjes-, samt Lefèvre-sagerne. For fuld reference, se afhandling, jf. note 1. Blandt disse sager skal især fremhæves Clair-sagen, hvor en brancheorganisations prisaftale - der ved ministeriel bekendtgørelse var blevet gjort bindende - blev anset for at være i strid med art. 85. Det var dog alene aftalen, der blev vurderet, og således ikke den nævnte bekendtgørelse (se om Aubert-sagen nedenfor). Yderligere skal påpeges, at i Asjes-sagen, der vedrørte prisaftaler om luftfartstakster, fandt EF-Domstolen - dog med visse særegne forbehold - at Medlemsstaterne ikke uden at overtræde deres forpligtelser i henhold til de betragtede traktatbestemmelser, kan "godkende luftfartstakster og derved forlene disse med større gennemslagskraft".

den provision - som af rejsearrangørerne er tiltænkt dem selv - til kunderne. EF-Domstolen fandt, at forbuddet havde sin oprindelse i en privat ulovlig aftale, hvis virkninger ved lov forstærkedes. Den pågældende Medlemsstat havde derfor ikke respekteret sine forpligtelser i henhold til Traktaten. Et tilsvarende udfald var resultatet i to næsten samtidige sager, nemlig Aubert og Ahmed Saeed.<sup>42</sup>

Van Eycke-sagen fra 1988 bør ligeledes særligt fremhæves, fordi EF-Domstolen her på trods af mange indikationer af, at tidligere bestående aftaler i virkeligheden var lovfæstet ved den omtvistede foranstaltning,<sup>43</sup> ikke fordømmer denne.<sup>44</sup> Hvis EF-Domstolens eget overordnede princip og mere specifikke kriterier for anvendelsen heraf skulle have været fulgt, burde sagen således have fået det modsatte udfald. I sagen sammenstiller EF-Domstolen på grundlag af tidligere sager tre hovedkriterier til angivelse af, om en foranstaltning er i overensstemmelse med de tre betragtede traktatbestemmelser eller ej. Denne tre-trins-test gentages gennemgående i den efterfølgende praksis.

Kriterierne forstås bedst ved at relatere dem til, hvorvidt de vedrører aktiviteter, der finder sted før den omtvistede foranstaltnings vedtagelse, eller aktiviteter, der er afledt af en sådan foranstaltning. Således angår det første kriterium, "forekrivelseskriteriet", aktiviteter afledt af foranstaltningen, idet:

- a) Medlemsstater må ikke foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler, eller tilsvarende, i strid med artikel 85.

Det andet kriterium, "forstærkningskriteriet", vedrører derimod aktiviteter, der finder sted før den omtvistede foranstaltnings vedtagelse, idet:

- b) Medlemsstater må ikke forstærke virkningerne af sådanne ulovlige aftaler, eller tilsvarende.<sup>45</sup>

---

<sup>42)</sup> Jf. Sag 136/86, Bureau national interprofessionnel du cognac mod Yves Aubert, Domstolens dom af 3. december 1987, Saml. 1987, s. 4789; og Sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro GmbH mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., Domstolens dom af 11. april 1989, Saml. 1989, s. 803. I begge sager var de traktatstridige foranstaltninger relateret til aftaler. I den sidstnævnte sag blev udfaldet støttet af en henvisning til art. 86 EF (da art. 90).

<sup>43)</sup> Jf. eksempelvis Ehricke, Ulrich, "Staatliche Regulierungen und EG-Wettbewerbsrecht. Die neueste Entwicklung - das 'Van Eycke'-Urteil des EuGH vom 21. September 1988", *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 41, 1991, s. 187-188.

<sup>44)</sup> Jf. Sag 267/86, Pascal Van Eycke mod aktieselskabet ASPA, Domstolens dom af 21. september 1988, Saml. 1988, s. 4769. Den endelige afgørelse blev dog overladt til den henvisende nationale domstol.

<sup>45)</sup> Det var dette kriterium, som i virkeligheden næppe var opfyldt i Van Eycke-sagen.

Det førstnævnte kriterium angår med andre ord "nye" aftaler, m.m., hvorimod det andet vedrører "forudgående" aftaler, m.m.

Endelig kan det tredje kriterium, "delegeringskriteriet", ligesom det førstnævnte, siges at vedrøre aktiviteter afledt af foranstaltningen, idet:

- c) Medlemsstater må ikke berøve sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention.

Om dette sidstnævnte kriterium er det i øvrigt væsentligt at fremhæve, at det kan anvendes uafhængigt af de to førstnævnte, og at der ikke behøver at foreligge en aftale for, at det kan komme i anvendelse. Kriteriet kan siges at have et dobbeltsidigt formål. På den ene side kan det siges at supplere foreskrivelseskriteriet som kontrol af, om aftaler m.m. foreligger. På den anden side kan det også forstås som en undersøgelse af, om den omtvistede regulering udtrykkeligt udgør en ren statslig handling.<sup>46</sup>

De sidste sager, der skal nævnes fra den betragtede periode, er Güterfernverkehr, Meng og Ohra (herefter betegnet som november-trilogien).<sup>47</sup> Forinden den endelige afgørelse i disse, traf EF-Domstolen en usædvanlig beslutning om genåbning af den mundtlige forhandling i sagerne. Seks spørgsmål blev tilstilet sagens parter, Medlemsstaterne og Kommissionen.<sup>48</sup> Manøvren kan udlægges som et forsøg fra den domstol, der ofte beskrives som en mindst lige så lovgivende som dømmende magt, på i førstnævnte rolle at spørge de i bred forstand berørte parter, om hvorledes gældende ret bør udformes. Eksempelvis spørges, om alle former for konkurrenceforvridende foranstaltninger bør forbydes i henhold til art. 3, stk. 1, litra g), art. 10 og 81 EF (da art. 3, litra g, art. 5, stk. 2, og art. 85), og om der bør opstilles kriterier, hvorefter traktatstridige konkurrenceforvridende foranstaltninger alligevel kan anses for retfærdiggjorte på grund af andre væsentlige hensyn.

---

<sup>46)</sup> Jf. Fenger, Niels & Broberg, Morten P., "National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law", *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 6, s. 364 og s. 367.

<sup>47)</sup> Jf. Sag C-185/91, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr mod Gebr. Reiff GmbH & Co. KG, Domstolens dom af 17. november 1993, Saml. I-5801; Sag C-2/91, Straffesag mod Wolf W. Meng, Domstolens dom af 17. november 1993, Saml. I-5751; og Sag C-245/91, Straffesag mod Ohra Schadeverzekering NV, Domstolens dom af 17. november 1993, Saml. I-5851.

<sup>48)</sup> Både spørgsmål og svar fremgår af sagernes retsmøderapporter.

Især på grund af disse spørgsmål var det ventet, at afgørelsen af disse sager ville komme til at markere en ny udvikling, eller at EF-Domstolen i det mindste ville tage stilling til sine egne spørgsmål og de modtagne svar. I stedet for blev afgørelserne meget tilbageholdende og i form, indhold og udfald identiske med Van Eycke-sagen. Derfor er sagerne blevet opfattet som udtryk for, at EF-Domstolen inden for nærværende retsområde har forladt sin hidtidige *effet utile* fortolkning.<sup>49</sup> Samtidig er sagerne karakteristiske ved, at EF-Domstolen bøjer sine egne kriterier videst muligt for at kunne anerkende de omtvistede nationale foranstaltninger.<sup>50</sup>

#### 4.2. Art. 86, stk. 1 EF

I perioden fra 1985 til 1995 afsiges et væsentligt større antal afgørelser i forhold til perioden før. I alt afgøres således 15 sager af relevans for fortolkningen af art. 86, stk. 1 smh. med art. 82 EF. Dette bør holdes op imod, at det er langt færre år, der er indlagt i periodens interessefelt. Samtidig tager den retlige udvikling et stort skridt i retning af, hvad der vel nærmest må betegnes som en udfyldning af art. 86's anvendelsesområde. Med andre ord tager EF-Domstolen et stort skridt i retning af at puste nyt liv i en ellers temmelig hensovende bestemmelse. EF-Domstolen synes at bestræbe sig på nøje at angive de regler, der begrænser Medlemsstaternes ret til at undtage visse virksomheder fra den frie konkurrence ved at indrømme dem eksklusive rettigheder.<sup>51</sup> Den retlige usikkerhed må herefter anskues som for mindsket i forhold til situationen under de to første faser, dog uden at grænserne for Medlemsstaternes ret til at tildele eksklusive og særlige rettigheder er nøjagtigt fastsatte.

En række sager indebærer, at EF-Domstolen skal vurdere nationale bestemmelser, der må ses som udvidende den lovbestemte eksklusivitet til tilgrænsende, men selvstændige markeder. Blandt disse må især nævnes RTT-, teletjeneste- og

---

<sup>49)</sup> Det vil mere specifikt sige, at effektivitetskriteriet, som især Leclerc-sagen har været gjort ansvarlig for, anses udtrykkeligt for opgivet. Se også Reich, Norbert, "The 'November Revolution' of the European Court of Justice: *Keck, Meng and Audi Revisited*", *Common Market Law Review*, Vol. 31, 1994, Nr. 3, s. 465.

<sup>50)</sup> Jf. eksempelvis van der Esch, "Loyauté fédérale et subsidiarité a propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (Meng), C-245/91 (Ohra) et C-185/91 (Reiff)", *Cahiers de droit Européen*, Vol. 30, 1994, Nr. 5-6, s. 538; og Bach, Albrecht, "Case C-185/91, *Bundesanstalt für Güterfernverkehr v. Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG*; Case C-2/92, *Meng*; Case C-245/91, *OHRA Schadeverzekering NV*", *Common Market Law Review*, Vol. 31, Nr. 6, s. 1361.

<sup>51)</sup> Jf. Generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse i Corbeau-sagen, Saml. I-2551.

Corbeau-dommene.<sup>52</sup> EF-Domstolens opfattelse er, at udstrækkelser uden objektiv begrundelse af et lovbestemt monopol til at omfatte et tilgrænsende, men særskilt marked, som sådant er forbudt ved bestemmelserne i art. 86, stk. 1, sammenholdt med art. 82 EF. Det fremgår af sagerne - og mest eksplicit af RTT-sagen - at det ikke kræves godtgjort, at Medlemsstaten har fremmet et misbrug, der faktisk er begået af den virksomhed, der er eneretsindehaver.<sup>53</sup>

Vigtigt for perioden er endvidere lanceringen af det såkaldte Höfner-kriterium, hvorefter art. 86 og 82 EF anses for tilsidesat, når Medlemsstaterne indrømmer eksklusive rettigheder, der skaber en situation, hvori den virksomhed, der har fået tillagt disse rettigheder, foranlediges til at misbruge disse. Udover Höfner-sagen opstilles kriteriet også i ERT-, Merci-, Corsica Ferries Italia-, Crespelle- og Banchemo-sagerne.<sup>54</sup> Der er en vis variation i Höfner-kriteriets formulering uden at det kan antages, at dette nødvendigvis bør tillægges vægt. Det fastlægges i øvrigt ikke klart, hvilke forhold der gør det muligt at sondre mellem en situation, der nødvendigvis medfører misbrug, og en situation, som ikke medfører dette.<sup>55</sup> Endvidere fremstår det ikke klart, om det er tilstrækkeligt at konstatere, at en situation potentielt medfører misbrug, eller om der derimod er tale om i alle tilfælde at undersøge, om der faktisk er begået misbrug.<sup>56</sup> Det vil i henhold til disse sager under alle omstændigheder være af relevans at undersøge, om efterspørgslen på markedet kan imødekommes, jf. det såkaldte efterspørgsels-kriterium.<sup>57</sup>

---

<sup>52)</sup> Jf. Sag C-18/88, Régie des téléphones mod GB-Inno-BM SA, 13. december 1991, Saml. I-5941; Forenede sager C-271/90, C-281/90 og C-289/90, Kongeriget m.fl. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 17. november 1992, Saml. I-5833; og Sag C-320/91, Straffesag mod Paul Corbeau, 19. maj 1993, Saml. I-2533.

<sup>53)</sup> Jf. eksempelvis Generaladvokat Tesausos forslag til afgørelse i Corbeau-sagen, Saml. I-2554.

<sup>54)</sup> Jf. Sag C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi AE mod Dimotiki Etairia Pliroforissis og Sotirios Kouvelas, 18. juni 1991, Saml. I-2925; Sag C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova SpA mod Siderurgica Gabrielli SpA, 10. december 1991, Saml. I-5889; Sag C-18/93, Corsica Ferries Italia Srl mod Corpo dei piloti del porto di Genova, 17. maj 1994, Saml. I-1783; Sag C-323/93, Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v Coopérative d'Elevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne, 5. oktober 1994, Saml. I-5077; og Sag C-387/93, Straffesag mod Giorgio Domingo Banchemo, 14. december 1995, Saml. I-4683.

<sup>55)</sup> Jf. eksempelvis Generaladvokat Tesausos forslag til afgørelse i Corbeau-sagen, Saml. I-2553.

<sup>56)</sup> Jf. Generaladvokat Tesausos forslag til afgørelse i Corbeau-sagen, Saml. I-2553.

<sup>57)</sup> Ved hjælp af kriteriet fokuseres på, om efterspørgslen på markedet efter den relevante form for tjenesteydelse kan dækkes, kombineret med at private udbydere er forhindret i alternativt at dække behovet.

Det er samtidig klart, at med især ERT- og Höfner-afgørelserne tager EF-Domstolen et stort spring i retning af, at selve rettighedsindrømmelsen kan underkastes en retlig vurdering med risiko for at blive fundet ikke at være i overensstemmelse med art. 86 EF. Der afsiges endvidere adskillige sager, hvor en overtrædelse statueres.<sup>58</sup> Således må det konstateres, at EF-Domstolen skærper tonen i henseende til de nationale myndigheders involvering i konkurrencebegrænsninger, jf. art. 86 sammenholdt med art. 82 EF. Det er endvidere relevant, at misbrug ikke for enhver pris fordres dokumenteret som reelt foreliggende.

Alt i alt må ovenstående analyse af de tre første perioder ses som uddybende følgende udsagn fremsat af Gerber:

“This brief review suggests the degree to which the substantive focus of competition law has shifted since the mid-1980s. For almost three decades the predominant, often almost exclusive, focus of enforcement and intellectual development within Community competition law was private conduct, particularly vertical restraints on competition, but during the last few years concern with the activities of government has tended to shape the development of Community competition law.”<sup>59</sup>

## 5. 1996 og frem

Vedrørende udviklingen af EU som helhed udgør perioden efter 1996 de store begivenheders tid, idet kan nævnes fasttømringen af en ny verdensorden samt de mange nye initiativer i retning af at udvide EU med adskillige østropæiske stater med ikrafttræden i maj 2004. Andre store begivenheder som euroens indførelse og EU's stærkere beføjelser på det udenrigspolitiske område bør ligeledes nævnes. Menneskerettighederne må også fremhæves som et område, der har fået udpræget opmærksomhed i disse år i EU-sammenhæng. Endvidere undertegnes Amsterdam- og Nice-traktaterne og konventets arbejde om en forfatningslignende tekst for EU afrundes på forberedelsesniveauet. Det er således “de store slags tid”. På det mere retlige plan er tiden efterhånden præget af en tendens mod mere og mere detailregulering. Den retlige udvikling synes således i højere grad end hidtil at være styret af lovgivende fremfor dømmende myndighed.

På det konkurrenceretlige plan ser Gerber med rette den væsentligste udvikling som at angå forholdet mellem national konkurrenceret og EU-konkurrenceret-

---

<sup>58)</sup> Således mest udtrykkeligt Höfner-, Merci-, RTT-, Decoster- og Corsica Ferries Italia-sagerne.

<sup>59)</sup> Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 384.

ten.<sup>60</sup> Der er her tale om en udvikling, der foreløbigt har kulmineret med vedtagelsen af en "ny forordning 17/62" med ikrafttræden i maj 2004.<sup>61</sup> En ny fusionskontrollforordning forventes ligeledes snarest vedtaget. Et væsentligt element i udviklingen er hele decentraliseringen af EU-konkurrencerettens anvendelse. På trods af den almindelige decentralisering af EU-konkurrencerettens anvendelse har dette ingen indflydelse på "the public element". Dette må ses som udtryk for, at enten er tiden endnu ikke moden dertil eller at der ses en fare ved "at sætte ræven til at vogte gæs".

### 5.1. *State action*-doktrinen

De sager, som sidenhen har efterfulgt november-trilogien, fastholder i det store hele disses indhold. De to nyeste domme på området, Arduino- og Wouters-sagerne skal i det følgende analyseres som udtryk for den mest aktuelle forståelse af retsområdet.<sup>62</sup>

Arduino-dommen vedrører spørgsmål indgået til EF-Domstolen i medfør af art. 234 EF. De opstod i kølvandet på, hvad der i den større sammenhæng må betegnes som en temmelig inferior straffesag mod Manuele Arduino om tilsidesættelse af de italienske færdselsregler. Da de i forbindelse med retssagen afholdte omkostninger skulle udmåles, afviste den nationale ret imidlertid at anvende den advokatsalærtakst, der var blevet godkendt ved ministerielt dekret. Dette begrundede retten med, at det var tvivlsomt, om dekretet var i overensstemmelse med EU-retten.

Det pågældende dekret er fra den 5. oktober 1994 og er udtryk for justitsministerens godkendelse af de advokatsalærtakster, som det italienske advokatråd, CNF, i overensstemmelse med national lovgivning havde fastsat i henhold til en afgørelse af 12. juni 1993, som ændret den 29. september 1994.<sup>63</sup> Forinden godkendelsen havde justitsministeren hørt det såkaldte tværministerielle prisudvalg, CIP, og rådført sig med Statsrådet.

---

<sup>60</sup>) Jf. Gerber, D.J., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) kap. X.

<sup>61</sup>) Jf. Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. December 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens art. 81 og 82, EF-Tidende nr. L 001 af 04/01/2003 s. 1-25.

<sup>62</sup>) Jf. Sag C-35/99, Straffesag mod Manuele Arduino, Domstolens dom af 19. februar 2002, Saml. I-1529; og Sag C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mod Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Domstolens dom af 19. februar 2002, Saml. I-1577.

<sup>63</sup>) Se Arduino-sagens præmisser 7-12 vedrørende det nærmere indhold af takstfastsættelsen.

Indledningsvist angiver EF-Domstolen sin forståelse af spørgsmålene som at være, hvorvidt art. 10 og 81 EF er til hinder for, at en Medlemsstat træffer en foranstaltning ved lov eller administrative bestemmelser, der på grundlag af et udkast udarbejdet af en advokatorganisation godkender takster, der fastsætter under- og overgrænser for salæret til standens medlemmer, når denne statslige foranstaltning er en del af en procedure som den, der er foreskrevet ved den italienske lovgivning.<sup>64</sup>

Det næste trin i besvarelsen af det, der nu er blevet til blot et enkelt spørgsmål, er en angivelse af, at den betragtede statslige foranstaltning kan påvirke handelen mellem Medlemsstaterne.<sup>65</sup> Det vil med andre ord sige, at EU-retten kan finde anvendelse. Herefter gengives indholdet af Leclerc- og Van Eycke-principperne, jf. ovf.<sup>66</sup> Den herefter følgende analyse af, om en overtrædelse foreligger, tager sit udgangspunkt i, om det forhold, at en Medlemsstat påbyder, at en faglig organisation udarbejder et udkast til taksterne for udført arbejde, fratager de endelige takster deres karakter af statslige bestemmelser.<sup>67</sup>

Sagen falder inden for en underkategori af sager vedrørende *state action*-doktrinen, der vedrører den specifikke situation, hvor den nationale foranstaltning overlader et udvalgt, råd el.lign. at varetage især prisfastsættelsen indenfor en bestemt sektor.<sup>68</sup>

---

<sup>64)</sup> Jf. Arduino-sagens præmis 32.

<sup>65)</sup> Jf. Arduino-sagens præmis 33.

<sup>66)</sup> Jf. Arduino-sagens præmis 34-35.

<sup>67)</sup> Jf. Arduino-sagens præmis 36.

<sup>68)</sup> Jf. i nyere tid især Librandi-sagen, Sag C-38/97, Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. mod Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl, Domstolens dom af 1. oktober 1998, Saml. s. I-5955; CNSD-I-sagen, Sag C-35/96, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, Domstolens dom af 18. juni 1998, Saml. s. I-3851; Corsica Ferries-sagen, Sag C-266/96, Corsica Ferries France SA mod Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl m.fl., Domstolens dom af 18. juni 1998, Saml. I-3949; DIP-sagerne; Forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94, DIP SpA m.fl. mod Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia, Domstolens dom af 17. oktober 1995, Saml. I-3257; Spediporto-sagen, Sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto Srl mod Spedizioni Marittima del Golfo Srl, Domstolens dom af 5. oktober 1995, Saml. s. I-2883; Delta-sagen, Sag C-153/93, Bundesrepublik Deutschland mod Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, Domstolens dom af 9. juni 1994, Saml. s. I-2517; samt Güterfernverkehr-sagen, Sag C-185/91, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr mod Gebr. Reiff GmbH & Co. KG, Domstolens dom af 17. november 1993, Saml. I-5801.

Sådanne foranstaltninger kan på den ene side betragtes som en for lovgiver attraktiv form for beslutningsredskab.<sup>69</sup> På den anden side kan de ses som en lovindhyllet form for kartel. I denne kategori er det først og fremmest det ovennævnte delegeringskriterium, der er under prøvelse. De herskende retningslinjer for, hvornår takstfastsættelsen i sådan situation er lovlig, dvs. den statslige karakter er bevaret, formulerer EF-Domstolen således:

“Det forholder sig således, når medlemmerne af den faglige organisation kan anses for sagkyndige, der er uafhængige af de berørte erhvervsdrivende, og når de ved loven er forpligtet til at fastsætte taksterne under hensyntagen til ikke blot interesse hos de virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder i den pågældende sektor, som har udpeget dem, men også almenvellet og interesserne hos virksomheder i andre sektorer eller brugere af de pågældende tjenesteydelser...”<sup>70</sup>

EF-Domstolen relaterer herefter de nævnte retningslinjer til sagen og finder, at de ikke kan anses for fulgt, især fordi foranstaltningen reelt ikke opregner de kriterier af almen interesse, som CNF skal tage i betragtning. Således præciserer EF-Domstolen, at de nationale bestemmelser, der er omtvistet i hovedsagen, hverken indeholder de nærmere procedurer eller de materielle forskrifter, der med en rimelig sandsynlighed kan sikre, at CNF ved udarbejdelsen af udkastet til takster handler som en udskilt del af den offentlige magt, der arbejder i almenvellets interesse.<sup>71</sup>

Særligt iøjnefaldende i dommen er det, at EF-Domstolen på trods af de nævnte iagttagelser herefter - via det, der kan ligne lidt af en kovending - når frem til en anerkendelse af den betragtede nationale foranstaltning. Resultatet nås ved en kraftig vægtning af et slags ekstra delkriterium til kontrol af, om den italienske stat har givet afkald på at udøve sin kompetence:

“Det fremgår dog ikke, at den italienske stat har givet afkald på at udøve sin kompetence til at træffe afgørelse i sidste instans eller at kontrollere taksternes iværksættelse, hvilket synes at bekræfte de omstændigheder, der er anført i denne doms præmis 10. Dels har CNF alene til opgave at udarbejde et udkast til takster, der ikke som sådan er bindende. Såfremt ministeren ikke godkender udkastet, træder taksterne ikke i kraft, og de senest godkendte takster skal fortsat anvendes. Ministeren har derfor kompetence til at ændre CNF's udkast. Endvidere støttes ministeren af to offentlige organer, Statsrådet og CIP, hvis udtalelse skal indhentes

---

<sup>69)</sup> Jf. Holst-Christensen, N. & Høegh, K., “Lovgivers forpligtelser i henhold til EU-konkurrenceretten”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1995B, s. 5.

<sup>70)</sup> Jf. Arduino-sagens præmis 37.

<sup>71)</sup> Jf. Arduino-sagens præmis 38.

før enhver godkendelse af taksterne. Dels bestemmer artikel 60 i det kongelige lovdekret, at salæret skal udmåles af retsmyndighederne på grundlag af kriterierne i artikel 57 i det kongelige lovdekret under hensyn til de behandlede spørgsmåls betydning og antal. Herudover kan retten i visse undtagelsestilfælde ved begrundet afgørelse fravige de over- og undergrænser, der er fastsat ved artikel 58 i det kongelige lovdekret. Under disse omstændigheder kan det ikke antages, at den italienske stat har delegeret ansvaret for at træffe afgørelser om økonomiske indgreb til private erhvervsdrivende, hvilket ville have haft til følge, at de bestemmelser, der er omtvistet i hovedsagen, blev frataget deres statslige karakter.<sup>72</sup>

På denne baggrund konkluderer EF-Domstolen, at art. 10 og 81 EF ikke anses for at være til hinder for den betragtede statslige foranstaltning.

I lighed med Arduino-dommen vedrører Wouters-sagen spørgsmål forelagt EF-Domstolen i henhold til art. 234 EF. Disse blev denne gang stillet af det hollandske *Raad van State* og vedrørte et hollandsk forbud mod, at advokater udøver advokatvirksomhed i integrerede samarbejder med revisorer. Spørgsmålene opstod i forbindelse med to advokaters indbyrdes uafhængige meddelelser til det relevante tilsynsnavn i henholdsvis Rotterdam og Amsterdam om deres ønske om at udøve den nævnte form for samarbejde med revisorer. Ønsket kunne imidlertid ikke efterkommes af de pågældende tilsynsnavn eller af de efterfølgende konsulterede højere instanser under henvisning til ovennævnte forbud som især udmøntet i art. 4 i *Samenwerkingsordening 1993* (det hollandske advokatsamfunds vedtægter). Disse vedtægter er udstedt med hjemmel i den såkaldte advokatlov, *Advocatenwet*, der igen er udstedt med hjemmel i grundloven. Selv om der i sagen blev stillet hele ni præjudicielle spørgsmål, skal i det følgende alene fokuseres på EF-Domstolens behandling af et enkelt problem. Dette behandles, efter at EF-Domstolen bekræfter, 1) at advokater kan betragtes som virksomheder i den betydning, som begrebet tillægges inden for EU- konkurrenceretten, 2) at regler som dem, der er indeholdt i *Samenwerkingsverordening 1993* og som er udstedt af en faglig organisation som det hollandske advokatsamfund, skal anses for at være en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder, jf. art. 81 EF,<sup>73</sup> og 3) at bestemmelser som dem, der er fastsat i *Samenwerkingsverordening 1993* - med henblik på at sikre, at en advokat, der yder juridisk bistand i samarbejde med andre udøvere af liberale erhverv, handler uafhængigt og i overensstemmelse med klientens interesser, fastsætter almindeligt bindende regler om indgåelse af integrerede samarbejder - har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet.

---

<sup>72)</sup> Jf. Arduino-sagens præmis 40-43.

<sup>73)</sup> Jf. Wouters-sagens præmis 56.

På denne baggrund fokuserer EF-Domstolen på den sammenhæng, som den konkurrencebegrænsende aktivitet indgår i. Denne kan medføre, at aktiviteten ikke omfattes af forbuddet i art. 81, stk. 1 EF:

“Det bemærkes imidlertid, at det ikke nødvendigvis er alle aftaler mellem virksomheder eller alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, som begrænser parternes eller én af parternes handelfrihed, der er omfattet af det forbud, der er fastsat i traktatens artikel 85, stk. 1 [nu art. 81, stk. 1]. Ved anvendelsen af denne bestemmelse på en konkret sag, skal det nemlig først tages i betragtning, i hvilken overordnet sammenhæng den pågældende virksomhedssammenslutnings vedtagelse indgår og har virkninger, og herunder særligt, hvilke mål der søges nået med vedtagelsen. I det foreliggende tilfælde hænger disse mål sammen med nødvendigheden af at fastsætte regler om organisationstilknytning, kvalifikationer, faglig etik, kontrol og ansvar, som giver de endelige forbrugere af juridiske tjenesteydelser den nødvendige garanti for advokatensandel og erfaring og for en ordnet retspleje... Det skal herefter undersøges, om de konkurrencebegrænsende virkninger, som opfyldelsen af de nævnte mål medfører, er uadskilleligt forbundne hermed.”<sup>74</sup>

Præmissen er i øvrigt af eksempelvis Baquero Cruz udlagt som bl.a. en pendant til *Cassis de Dijon*-doktrinen relation til art. 28 EF og ses som at skulle læses som en åbning for ikke-økonomiske begrundelser i fortolkningen af konkurrence-reglerne.<sup>75</sup> Mere konkret om ordningen anfører EF-Domstolen følgende:

“...Det må derfor fastslås, at *Samenwerkingsordening 1993* skal sikre overholdelsen i den pågældende medlemsstat af de fagets regler, der dér gælder for advokater, og at det nederlandske advokatsamfund, under hensyn til den i medlemsstaten gældende ordning for advokaterhvervet, med føje har kunnet antage, at en advokat ikke er i stand til at bevare sin uafhængighed og at overholde sin tavshedspligt ved rådgivningen af klienten og ved varetagelsen af dennes interesser, hvis han tilhører en organisation, som tillige har til opgave at gøre rede for de økonomiske følger af de transaktioner, som han har rådgivet om, samt at verificere disse. Hertil kommer, at en sammenlægning af den lovbestemte kontrol af regnskaberne med rådgivningen, herunder den juridiske rådgivning, også giver anledning til problemer for så vidt angår revisorerhvervet... Bestemmelser som dem, der er indeholdt i *Samenwerkingsverordening 1993*, har derfor med rette kunnet anses at være nødvendige til sikring af, at advokaterhvervet udøves korrekt i henhold til den ordning, som erhvervet er underlagt i den pågældende medlemsstat.”<sup>76</sup>

---

<sup>74)</sup> Jf. *Wouters-sagens* præmis 97.

<sup>75)</sup> Jf. Baquero Cruz, J., *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community* (Hart Publishing, 2002) 130.

<sup>76)</sup> Jf. *Wouters-sagens* præmis 105-107.

Herefter inddrager EF-Domstolen proportionalitetsprincippet, der findes overholdt. Det konkluderes, at nationale bestemmelser som dem, der er fastsat i *Samenwerkingsverordening 1993*, der er udstedt af et organ som det nederlandske advokatsamfund, ikke er i strid med art. 81, stk. 1 EF. Opsummerende er begrundelsen, at organet med rette har kunnet anse de nævnte bestemmelser for at være nødvendige til sikring af, at advokaterhvervet udøves korrekt i henhold til den ordning, som erhvervet er underlagt i den pågældende Medlemsstat, på trods af de konkurrencebegrænsende virkninger, som er udadskilleligt forbundne med bestemmelserne.<sup>77</sup>

Da selve aktiviteten, *Samenwerkingsverordening 1993*, anses for lovlig i henhold til art. 81 EF, anser EF-Domstolen det ikke for nødvendigt at tage stilling til selve de tilknyttede nationale foranstaltningers lovlighed i henhold til *state action-doktrinen*<sup>78</sup>. Alt i alt anses det hollandske arrangement for at være lovligt i henhold til EU-retten.

Det fremgår, at de to domme, *Arduino* og *Wouters*, begge omhandler nationale foranstaltninger, der i et vist omfang kan siges at legitimere private aktørers etablering af konkurrencebegrænsende aktiviteter. Disse aktiviteter af aftalelignende karakter må anses for isoleret betragtet at være i strid med art. 81 EF. I *Arduino*-sagen udtrykkes dette ikke eksplicit af EF-Domstolen, men må antages at være forudsat. Aktiviteten må her kunne kategoriseres som værende af priskartellignende karakter og under alle omstændigheder værende til hinder for den frie prisdannelse<sup>79</sup>. I *Wouters*-sagen udtaler EF-Domstolen eksplicit, at der er tale om en aktivitet, der medfører en begrænsning af produktionen og den tekniske udvikling i strid med art. 81, stk. 1, litra b EF. Således kan det noteres, at det faktuelle udgangspunkt i begge sager er nationale foranstaltninger, der foranlediger konkurrencebegrænsende aktiviteter. Faktuelt er der imidlertid den afgørende forskel, at i *Arduino* opfølges aktiviteten med endnu en foranstaltning, hvilket øjensynligt ikke i samme udstrækning er tilfældet i *Wouters*<sup>80</sup>. Måske begrundet i denne faktuelle forskel, bliver det retlige argumentationsmønster ved vurderingen af de to nationale ordninger også ganske forskellig i de to sager.

---

<sup>77)</sup> Jf. *Wouters*-sagens præmis 109-110.

<sup>78)</sup> Jf. *Wouters*-sagens præmis 118.

<sup>79)</sup> Se i øvrigt analyse af spørgsmålet i generaladvokat Légers forslag til afgørelse i *Arduino*-sagen, afsnit 58-81.

<sup>80)</sup> Af præmis 9 i *Wouters*-sagen fremgår det, at vedtægterne umiddelbart efter at de er udstedt, skal fremsendes til Justitsministeriet og dernæst offentliggøres i det hollandske stats- og ministerialtidende.

Særligt om Arduino skal nævnes, at den udmærker sig positivt ved for det første at fremkomme med det modsatte udfald, end hvad tilfældet var i den faktisk stort set identiske tidligere sag, CNSD-I, og for det andet ved at vægte ovennævnte "kompetenceafkalds-delkriterium" højt<sup>81</sup>. I CNSD-I-sagen fandt EF-Domstolen ganske opsigtsvækkende, at en overtrædelse af *state action*-doktrinen forelå. Jeg har tidligere kritiseret udfaldet af denne dom under henvisning til især det problematiske ved fordømmelse af en ordning, hvorefter en national foranstaltning først tilvejebringer mulighed for takstfastsættelse via en komité, som dernæst via endnu en national foranstaltning anerkendes<sup>82</sup>. Kritikken gik især på, at i sådanne tilfælde må vægten lægges på, at lovgiver til fulde har omgærdet aktiviteten med lovgivningsmæssige initiativer ad de vanligt demokratiske kanaler hermed demonstrerende sin "myndighedsudøvelse". Det nu i Arduino-sagen utvetydigt opstillede og højt vægtede ekstra "kompetenceafkalds-delkriterium" synes at indfri denne tidligere fremsatte kritik. I forhold til Van Eycke-testens tre-trins-test indgår "kompetenceafkalds-delkriteriet" som en del af det tredje trin, dvs. af delegeringskriteriet. At det må ses som en del af delegeringskriteriet er ikke ganske overraskende, da dette for så vidt har et dobbeltsidigt formål. På den ene side kan det siges at supplere foreskrivelseskriteriet som kontrol af, om en aftale foreligger. På den anden side kan det også forstås som en undersøgelse af, om den omtvistede foranstaltning udtrykkeligt udgør en statslig handling<sup>83</sup>. Set i dette lys kan delkriteriet ikke anskues som en absolut nyskabelse, hvilket også understreges af, at det kan antages for nævnt i eksempelvis CNSD-I-sagen<sup>84</sup>. Nyt er det imidlertid, at EF-Domstolen tillægger det den store vægt i Arduino-sagen, som tilfældet er. Hermed synes det samtidig som om, at delkriteriets fortolkning er anderledes end i CNSD-I-sagen, hvor EF-Domstolen fandt, at den italienske stat havde givet

<sup>81)</sup> Jf. Sag C-35/96, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, Dom af 18. juni 1998, Saml. s. 3851. Denne dom bør læses i forening med CNSD-II-sagen, Sag T-513/93, Consiglio Nazionale degli Speizionieri Doganali mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Dom af 30. marts 2000, Saml. s. II-1807.

<sup>82)</sup> Jf. Neergaard, U. B., "State Action and European Competition Rules: A New Path?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 6, Nr. 4, 1999, især s. 388 og 396. Se også generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i september-trilogien, afsnit 303, s. I-5821, hvor samme tankegang synes vægtet, jf. Sag C-67/96, Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; Forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Brentjens Handelssøndermøring BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen; Sag C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven - alle afgjort den 21. september 1999, Saml. I-5751, I-6025 og I-6121. Se endelig generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Wouters-sagen, hvor denne temmelig eksplicit gør sig til fortaler for den nævnte anskuelse, jf. især afsnit 202.

<sup>83)</sup> Jf. Fenger, N. & Broberg, M. P., "National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law", *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 6, s. 364 og 367.

<sup>84)</sup> Jf. CNSD-sagens præmis 57.

afkald på sin kompetence til at fastsætte tariffer til private erhvervsdrivende på trods af, at i CNSD-I-sagen fordrerede tariffene godkendelse af den ansvarlige minister - helt ligesom i Arduino.

Under alle omstændigheder er fælles for begge domme, at EF-Domstolen synes villig til at gå langt i bestræbelserne på at anse nationale foranstaltninger med konkurrencebegrænsende virkninger og de hertil knyttede aktiviteter for lovlige i h.t. EU-retten. I begge sager, dog mest udpræget i Wouters, synes EF-Domstolen til støtte for bestræbelserne at lancere nye kriterier til vurdering af sådanne nationale ordninger. Alt i alt må *state action* doktrinen på indeværende tidspunkt formodes at være af forholdsvis ringe reel betydning, da EF-Domstolen synes at være overordentlig forsigtig med at anvende den til at fordømme nationale foranstaltninger med konkurrencebegrænsende virkninger.

## 5.2. Art. 86, stk. 1 EF

I den her betragtede periode afsiges en forholdsvis anseelig mængde domme vedrørende art. 86 smh. med art. 82 EF, især når sammenlignet med de to tidligste faser. Det fremgår af den nyeste praksis, at Medlemsstaterne fortsat må anses for berettigede til at tildele virksomheder særlige og eksklusive rettigheder. Indrømmelse af disse betragtes således ikke som en *per se* overtrædelse af art. 86, stk. 1 smh. med art. 82 EF. Visse begrænsninger for indrømmelsen gælder imidlertid, hvilket uddybes i det følgende.

I en betragtelig del af dommene følger EF-Domstolen den systematik at vurdere: 1) om der foreligger en rettighed i art. 86, stk. 1's forstand; 2) om der foreligger dominerende stilling i art. 82's forstand (herunder spørgsmål om markedsdefinition og samhandelspåvirkning); 3) om der foreligger misbrug af dominerende stilling i art. 82's forstand og 4) om det eventuelle misbrug kan retfærdiggøres i henhold til art. 86, stk. 2 EF. I disse seneste sager statuerer EF-Domstolen oftest klart, at misbrug af dominerende stilling foreligger. I visse sager kommer dette imidlertid ikke nødvendigvis eksplicit til udtryk. Snarere springer EF-Domstolen pkt. 3 over og går direkte i gang med en stillingtagen til pkt. 4. Når denne systematik er taget i anvendelse, er det i litteraturen taget til indtægt for, at EF-Domstolen mener rettighedstildelingen for i sig selv utilladelig, hvis ikke den kan begrundes på grundlag af et legitimt nationalt formål.

Rammerne for gældende ret er fortsat, at såvel selve eksistensen af rettigheden som den adfærd, som de privilegerede virksomheder udviser, kan rammes af art. 86 sammenholdt med art. 82 EF. Det nærmere indhold af disse rammer forekommer dog endnu ikke helt klare. Sikkert er det imidlertid, at den overordnede rettesnor fortsat er Höfner-kriteriet. Den oprindelige formulering i selve Höfner-

sagen er følgende: "Følgelig er enhver foranstaltning truffet af en medlemsstat, hvorved der opretholdes en lovbestemmelse, der skaber en situation, i hvilken [en privilegeret virksomhed] nødvendigvis foranlediges til at handle i strid med ordlyden af artikel 86 [nu art. 82], uforenelig med Traktatens bestemmelser."<sup>85</sup> Dette princip opstilles således også i størstedelen af periodens afgørelser. Det forekommer imidlertid vilkårligt, om EF-Domstolen opstiller den udvidede eller den korte version af Höfner-princippet. Den udvidede version er eksempelvis anvendt i september-trilogien, hvor det anføres: "En medlemsstat overtræder kun forbuddene i disse to bestemmelser [art. 86 og 82], såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug."<sup>86</sup> Det synes ikke indlysende, at den udvidede version skal læses som udtryk for, at EF-Domstolen måtte have etableret en ny forståelse af art. 86 og 82 EF læst i forening. Det synes derfor på indeværende tidspunkt ikke korrekt at tillægge indholdet af den udvidede version nogen selvstændig betydning.

Udover Höfner-kriteriet optræder jævntligt, hvad der kan betegnes som det overordnede princip, oftest som indledning til Höfner-kriteriet. Det har ligeledes sin oprindelse i Höfner-sagen. Som et eksempel på dets udformning skal tages *Silvano Raso*-sagen, hvori princippet indleder en opstilling af Höfner-kriteriet: "...selv om den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af eksklusive rettigheder som omhandlet i Traktatens artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1] ikke i sig selv er uforenelig med artikel 86 [nu art. 82], overtræder en medlemsstat forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådan misbrug."<sup>87</sup> Selv om princippet ikke konsekvent nævnes i alle sager, er der ingen anledning til at anse det for at være helt uden betydning. Sagerne synes således alle i det store hele båret af ånden bag princippet. Princippet er i litteraturen blevet betegnet som et *effet utile*-princip, herved øjensynligt signalerende, at art. 82 EF via art. 86 EF ikke kun er anvendelig på virksomheder, men også på Medlemsstaternes konkurren-

---

<sup>85)</sup> Jf. Höfner-sagens præmis 27.

<sup>86)</sup> Jf. *Albany-* og *Brentjens-sagens* præmis 93 og *Drijvende Bokken-sagens* præmis 83.

<sup>87)</sup> Jf. Sag C-163/96, *Straffesag mod Silvano Raso m.fl.*, 12. februar 1998, Saml. I-533, præmis 27.

cebegrænsninger, samt at i virkeligheden alle konkurrencebegrænsninger bør forbydes via EU-retten.

Det er væsentligt at hæfte sig ved, at som Höfner-kriteriet er formuleret og anvendt gennem tiderne, er det ikke udelukkende møntet på selve den nationale foranstaltning, der måtte etablere en særlig eller eksklusiv rettighed, men omfatter tillige alle andre former for foranstaltninger, der måtte lette den privilegerede virksomheds misbrug af sin dominerende stilling<sup>88</sup>. Det synes således ikke at være nødvendigt, at der foreligger en forbindelse med den førstnævnte og andennævnte type foranstaltning. Dette betyder, at de nationale myndigheder bør udvise særlig forsigtighed i enhver form for regulering af privilegerede virksomheder, idet der gælder et skærpet krav her, idet "offentlige" konkurrencebegrænsninger i denne sammenhæng af EF-Domstolen anses for hjemlet udryddelige. Årsagen skal søges i, at privilegerede virksomheder er sat i en ekstremt gunstig situation i forhold til de normale konkurrencemæssige betingelser, hvorfor en særlig skærpet holdning anses for nødvendig.

Afgørelserne fra perioden synes at pege på, at misbrug af dominerende stilling i form af udelukkelse af markedsadgang kun er ulovlig, hvis efterspørgslen ikke kan tilfredsstilles. Ellers er markedsadgangsbegrænsningen, som jo er selve de særlige og eksklusive rettigheders egentlige formål, tilladelig og vil ikke kunne anfægtes af en utilfreds kunde, der ønsker en alternativ udbyder, eller af en utilfreds aktør, der ønsker markedsadgang. Endvidere synes afgørelserne at pege på, at når misbruget kan isoleres fra selve rettigheden, enten i form af virksomhedens autonome adfærd eller en Medlemsstats foranstaltning, hvorefter adfærden hjemles, vil denne ofte betragtes som uacceptabel<sup>89</sup>. Den vanskeligste vurdering synes at vedrøre de tilfælde, hvor misbrug og rettighed ikke helt kan holdes adskilt uden dog til fulde at være sammensmeltet.

Fire særegne kategorier af misbrug optræder som et gennemgående træk i de relevante sager. Det drejer sig om 1) udvidelse af et kernemarked til et tilstødende, men selvstændigt marked, 2) interessekonflikter, 3) manglende opfyldelse af efterspørgslen og 4) anvendelse af urimeligt høje priser, o.l. De tre førstnævnte

---

<sup>88)</sup> Jf. eksempelvis GT-Link-sagen, Sag C-241/95, GT-Link A/S mod De Danske Statsbaner (DSB), 17. juli 1997, Saml. I-4449.

<sup>89)</sup> Det skal dog understreges, som formuleret af generaladvokat Léger i Forslag til afgørelse i sagen om Sydhavnens Sten & Grus fremsat den 21. oktober 1999, afsnit 90, at det principielle udgangspunkt er følgende: "...hvis virksomheden handler fuldstændig selvstændigt, uden at staten medvirker, er virksomheden eneansvarlig for misbruget af den dominerende stilling, og dens adfærd skal i så fald undersøges på grundlag af artikel 86 [nu art. 82]. Hvis staten derimod medvirker, skal virksomhedernes adfærd undersøges på grundlag af artikel 90 og 86." Se i øvrigt Sag C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mod Københavns Kommune, 23. maj 2000, I-3743.

kategorier må i det væsentligste anses for særegne misbrugstyper i forbindelse med privilegerede virksomheder, hvorimod den sidstnævnte har mere til fælles med mere klassiske art. 82 misbrugsformer, når denne bestemmelse anvendes isoleret.

Om den første kategori, *udvidelse af et kernemarked til et tilstødende, men selvstændigt marked*, har især sagerne RTT, Corbeau og Ambulanz Glöckner tegnet praksis<sup>90</sup>. Hertil bør eventuelt føjes Chemische Afvalstoffen- og TNT Traco-sagerne<sup>91</sup>. Det påfaldende ved denne kategori af sager er, at de involverede foranstaltninger, der tildeler rettigheden til det tilstødende marked, uden videre anses for at være forbudte konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86 smh. med 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, at den for disses vedkommende er parat til at anse disse rettighedsindrømmelser for *per se* forbudte, dog underlagt en art. 86, stk. 2-bedømmelse. Dette skal ses i forhold til, at i en sag som Sydhavnens Sten & Grus accepteredes det ikke, at selve rettighedstildelingen i sig selv udgjorde et misbrug, selv om afsætningen også i det tilfælde må anses for begrænset. 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). Det bør påpeges, at EF-Domstolen fokuserer på, at "afsætningen begrænses", jf. art. 82, stk. 2, litra b) EF.

Den anden misbrugskategori, der kan udskilles, vedrører *interessekonflikter*. Fra den forrige periode kan nævnes ERT-, RTT- og Decoster-sagerne<sup>92</sup>. Fra nærværende periode kan nævnes Silvano Raso og september-trilogien. Sagerne har det fællestræk, at det anses for problematisk, såfremt en virksomhed stilles i en interessekonflikt i forhold til sine konkurrenter. I Silvano Raso kunne et havneselskab således anses for i kraft af selve udøvelsen af monopolet til egen fordel at fordreje de lige muligheder for de forskellige erhvervsdrivende, der opererer på markedet for tjenesteydelser, der udøves i den involverede havn. I tilknytning hertil foranledigedes havneselskabet til at misbruge sit misbrug på den måde, at det påtvinger konkurrenterne på markedet for havnearbejde urimelige priser på

---

<sup>90)</sup> Jf. Sag C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz, 25. oktober 2001, Saml. I-8089.

<sup>91)</sup> 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; og Sag C-340/99, TNT Traco SpA mod Poste Italiane SpA, 17. maj 2001, Saml. I-4109.

<sup>92)</sup> Jf. Sag C-69/91, Straffesag mod Francine Decoster, gift Gillon, 27. oktober 1993, Saml. I-5337. Principielt er Lagauche-sagen i linje hermed, men EF-Domstolen afviser synspunktets relevans for den konkrete sag, jf. De forenede sager C-46/90 og C-93/91, Procureur du Roi mod Jean-Marie Lagauche m.fl., 27. oktober 1993, Saml. I-5267.

levering af arbejdskraft, eller at det stiller arbejdskraft, der er mindre egnet til at udføre det krævede arbejde til deres rådighed. Konkret konstatering af misbrug blev i denne sag udtrykkeligt anset for unødvendigt at opstille. I september-trilogien er det rejste problem, at en fond både administrerer en pensionsordning og er den myndighed, der har kompetence til at meddele fritagelser fra obligatorisk tilslutning. Synspunktet er, at dette kan give anledning til en uretfærdig udøvelse af denne kompetence. Her forlanges konkret konstatering af et misbrug, hvilket overlades til den forelæggende domstol.

Den tredje misbrugskategori, der kan udskilles, vedrører *manglende opfyldelse af efterspørgslen*. Vigtige sager fra den betragtede periode er i denne forbindelse Job Centre, september-trilogien, Carra, Pavlov og Ambulanz Glöckner<sup>93</sup>. I disse sager inddrages det såkaldte efterspørgsels-kriterium, der har sin oprindelse fra Höfner-sagen. Tankegangen bag er antageligvist at undgå det u hensigtsmæssige karakteristikum ved rettighedstildelinger, at sådanne ofte er set at føre til manglende produktudvikling, således at visse delmarkeder undlades opdyrket. Et eksempel er den situation, hvor arbejdsformidling er forbeholdt privilegerede virksomheder, som imidlertid åbenbart ikke formår at dække efterspørgslen efter særlige ydelser såsom headhunting-aktiviteter, jf. Höfner-sagen.

Den sidste misbrugskategori, der kan udskilles, vedrører anvendelse af *urimelige priser*, o.l. Nævneværdige sager er her GT-Link, Silvano Raso, Corsica Ferries France, Deutsche Post, Sagen om de portugisiske lufthavne, og TNT Traco<sup>94</sup>. Hjemlen er her først og fremmest vedrørende art. 82, stk. 2, litra b) som omhandler direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser. Eksempelvis er spørgsmålet i GT-Link således om den omstændighed, at en offentlig virksomhed, der indtager en dominerende stilling, og som ejer og driver en trafikhavn, opkræver havneafgifter som de i hovedsagen omhandlede eller undlader at afkræve disse afgifter for sine egne samt - på grundlag af gensidighed - visse af sin samarbejdspartners færgeruter, kan udgøre et misbrug. I sagen anføres det bl.a., at der ved urimelige priser forstås priser, som ikke står i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse. I Corsica Ferries France er det bl.a. omtvistet, om der anvendes for høje priser for ydelsen, der er uden forbindelse til den reelle omkostning ved den

---

<sup>93)</sup> Jf. Sag C-55/96, Job Centre coop. arl, 11. December 1997, Saml. I-7119; Sag C-258/98, Straffesag mod Giovanni Carra m.fl., 8. juni 2000, I-4217; og De forenede sager C-180/98 og C-184/98, Pavel Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, 12. September 2000, I-6451.

<sup>94)</sup> Jf. 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; 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; Sag C-163/99, Den portugisiske Republik mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 29. marts 2001, Saml. I-2613.

faktisk ydede tjeneste. I TNT Traco falder det EF-Domstolen for brystet, at der modtages betaling for tjenesteydelser, som den privilegerede virksomhed ikke selv har præsteret. I Deutsche Post kategoriseres misbruget dog som leveringsnægtelse og der henvises til art. 82, stk. 2, litra b) og c). Disse vedrører henholdsvis misbrug bestående i "begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne" samt "anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen". Sidstnævnte bestemmelse, d.v.s. art. 82, stk. 2, litra c) henvises der tillige til i Sagen om de portugisiske lufthavne. Generelt er der her tale om, hvad der nok kan betegnes som en mere ukontroversiel misbrugskategori, der som oftest vil være rimeligt løsrevet fra selve den foranstaltning, der tildeler privilegiet. Det ukontroversielle kan siges at ligge i, at den pågældende form også ville kunne erklæres for misbrug under en ren art. 82 EF-undersøgelse. Dog er det omvendt et misbrug, der i visse tilfælde vil være legitimeret af en offentlig myndighed i form af en foranstaltning. Det forekommer lettere at erklære denne form for foranstaltning for at være i strid med art. 86 smh. med art. 82 EF - forudsat at en privilegeret virksomhed i art. 86's forstand er involveret - end det er under henvisning til *state action*-doktrinen.

Et tiltagende antal sager undlader som nævnt helt eksplicit at anføre, om et misbrug foreligger. Andre sager konstaterer, at et sådant foreligger, men undlader at forlange det bevist. Dette betyder dog næppe, at bevis for en formel overtrædelse af art. 86 EF aldrig vil forlanges, men blot at EF-Domstolen udtrykker, at den ikke nødvendigvis vil forlange det. Det er dog under alle omstændigheder væsentligt at iagttage, at misbrugsvurderingen som hovedregel adskiller sig ganske og aldeles fra en misbrugsvurdering under art. 82 EF isoleret anvendt.

EF-Domstolen analyserer kun sjældent det påståede misbrug i detaljer og gør slet ikke brug af en decideret økonomisk analyse. Et eksempel på en undtagelse er dog sagen om de portugisiske lufthavne.

Statuering af dominerende stilling foretages også altid uden økonomisk analyse. Dog lægger EF-Domstolen i sine anvisninger i en enkelt sag, hvor vurderingen overlades den forelæggende domstol, vægt på, at denne skal forestå en grundig økonomisk analyse. Det overordnede indtryk er imidlertid, at EF-Domstolen således synes at sætte lighedstegn mellem en eksklusiv rettighed og dominerende stilling. En typisk formulering er den i Albany-sagen anvendte, hvor det anføres, at "...det fremgår af fast retspraksis, at en virksomhed, der har et lovbestemt monopol på en væsentlig del af fællesmarkedet, kan anses for at indtage en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86 [nu art. 82]."<sup>95</sup>

---

<sup>95)</sup> Jf. Albany-sagens præmis 91.

Det kan endvidere iagttages, at det ikke synes konsekvent, om EF-Domstolen selv besvarer de forelagte præjudicielle spørgsmål helt selv, eller om den snarere overlader den endelige vurdering under henvisning til opstillede fortolkningsmæssige retningslinjer til den forelæggende nationale domstol. Henset til den i art. 234 EF indeholdte arbejdsdeling er sidstnævnte praksis formentlig den mest korrekte, men den førstnævnte praksis imidlertid ganske typisk.

Det bør sluttelig påpeges, at art. 86, stk. 2 EF i højere og højere grad er blevet det bærende punkt i mange sager<sup>96</sup>. Dette kan eventuelt ses som en tendens i retning af, at misbrug - blot i kraft af en almen konkurrencebegrænsning - findes at foreligge, og hvor Medlemsstaterne bør kunne retfærdiggøre indførelsen.

## 6. Konklusion

I artiklen er det tilstræbt at tilvejebringe et overblik over udviklingen og det retlige indhold af EU-konkurrencerettens offentlige drejning. Udviklingen er løbende relateret til udviklingen indenfor EF/EU generelt og indenfor den mere traditionelle konkurrenceret. På denne baggrund har det kunnet konstateres, at fokuset på "offentlige" konkurrencebegrænsninger har haltet meget bagefter den generelle udvikling både på det konstitutionelle og det konkurrenceretlige plan. Det er således demonstreret, hvorledes denne udvikling for alvor først tager fart fra og med anden halvdel af 1980'erne. At fokuset på de "offentlige" konkurrencebegrænsninger har været så lang tid undervejs, må bl.a. tilregnes det forhold, at der er tale om kontroversielle bestemmelser, hvis fortolkning nødvendigvis vil have temmelig store ideologiske implikationer. Under alle omstændigheder er det nærliggende ved klassifikationen af den offentlige drejning af EU-konkurrenceretten at henvise til Gardner, der betegner den som, at en fløjlsrevolution har fundet sted<sup>97</sup>.

Det bør imidlertid også understreges, at de to betragtede retsområder næppe kan anses for at have antaget et endeligt udtryk, hvorfor fortsatte ændringer af gældende ret må påregnes. Det må endvidere påpeges, at EF-Domstolen gennemgående udviser tilbageholdenhed overfor fordømmelse af national erhvervsregulering med konkurrencebegrænsende virkninger med (såkaldt) hjemmel i *state action*-doktrinen, hvorimod det modsatte er tilfældet med nationale foranstaltninger

---

<sup>96)</sup> Se også Neergaard, U. "Privilegerede virksomheder og saglige begrundelser for konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86, stk. 2 EF" (DJØF Publishing Copenhagen, 2001) *Julebog 2002* 313-335.

<sup>97)</sup> Jf. Gardner, A., "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors" (1996) 16 *European Competition Law Review* 78-86.

relateret til privilegerede virksomheder med hjemmel i art. 86, stk. 1 smh. med art. 82 EF. Tyngden i bedømmelsen af disse sidstnævnte sager må i stigende grad forudses at komme til at ligge i art. 86, stk. 2 EF.



# Den globale Domskonvention Quo Vadis?

af

Peter Arnt Nielsen

## 1. Den globale Domskonvention

Forhandlingerne om den globale domskonvention under Haagerkonferencen for International Privatrecht gik ind i en kritisk fase i 2002, hvor det stod klart, at der hverken kunne opnås tilstrækkelig opbakning til en dobbelt eller blandet konvention. Imidlertid har en arbejdsgruppe nu lavet en ny konvention, prorogationskonventionen, og forhandlinger om den nye konvention indledes i december 2003.

Den nye konvention er radikalt anderledes end de hidtil drøftede konventionsmodeller. I struktur og indhold minder den nye konvention meget om New York-konvention om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser<sup>1</sup>. Den nye konvention indeholder regler, der dels sikrer håndhævelse af værnetingsaftaler, dels sikrer anerkendelse og fuldbyrdelse af domme afsagt af domstole, hvis kompetence grundedes på en værnetingsaftale. Netop disse to elementer er inspireret af New York-konventionen, der på tilsvarende vis sikrer respekt for voldgiftsaftaler samt anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser.

---

<sup>1)</sup> Jf. konvention af 10. juni 1958.

I det følgende redegøres der for det nye konventionsudkast (afsnit 3), men forinden er det hensigtsmæssigt at skitsere forløbet af forhandlingerne og de hidtil drøftede konventionsmodeller (afsnit 2)<sup>2</sup>.

## 2. Forhandlingerne 1997 - 2003

I 1997 påbegyndte Haagerkonferencen for International Privatret et ambitiøst projekt, hvorefter der skulle laves en konvention om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme på det civilretlige område. Konventionen skulle skabe verdensomspændende "fri bevægelighed" for domme, således at domme afsagt i én kontraherende stat kan få retsvirkning i de andre kontraherende stater, blive tvangsfuldbyrdet dér og have status af *res judicata*.

I lyset af den stigende internationalisering kan det forekomme overraskende, at der endnu ikke på globalt plan er skabt "fri bevægelighed" for civilretlige domme. Reguleringen heraf er således overladt til national ret, hvor der findes betydelige forskelle mellem common law- og civil law-stater. Mens common law-stater i vid udstrækning anerkender og fuldbyrder udenlandske domme uden at være gensidigt forpligtet hertil, er det modsatte tilfældet i de fleste civil law-stater. Denne alvorlige og tankevækkende situation understreges af, at princippet om fri bevægelighed for internationale voldgiftskendelsers vedkommende på handelsrettens område har været i kraft siden 1958, hvor New York-konventionen blev underskrevet. Den er ratificeret af flere end 120 stater, herunder Danmark.

### 2.2 De hidtidige forhandlinger

Mange af Haagerkonferencens medlemsstater har fulgt projektet tæt gennem årene. Også retsvidenskabelige kredse og pressen har ofret arbejdet betydelig opmærksomhed<sup>3</sup>. Imidlertid er det endnu ikke lykkedes at få skabt et konventionsudkast, der kan samle de fleste medlemsstater af Haagerkonferencen. Uenigheden har navnlig været udtalt mellem USA og EU, dels i forhold til valget af konventionsmodel, dels med hensyn til kompetencereglernes udformning. Mens

---

<sup>2)</sup> Forfatteren er og har været medlem af den danske delegation siden forhandlingernes start i 1997.

<sup>3)</sup> Jf. bl.a. Peter Arnt Nielsen, *Juristen* 2000, s. 382 ff, samme, *TfR* 2001, s. 158 ff, samme, *Retsvidenskabeligt Tidsskrift* 2001, s. 201 ff med yderligere henvisninger, og samme, *Retsvidenskabeligt Tidsskrift* 2002, s. 66 ff.

EU-staterne gik ind for en dobbelt konvention svarende til EU-Domskonventionen-/forordningen, foretrak USA en såkaldt blandet konvention<sup>4</sup>.

På tilsvarende vis foretrak EU-staterne kompetenceregler, der svarer til Domskonventionens-/forordningens kompetenceregler, mens USA klart gik ind for kompetenceregler udarbejdet efter amerikansk forbillede. Den grundlæggende forskel mellem reglerne kan groft forenklet udtrykkes sådan, at de europæiske regler bygger på forudsigelighed, men de tillægger ikke nødvendigvis kompetencen til en domstol med nær processuel tilknytning til tvisten. På den anden side er de amerikanske regler skønspregede. Til gengæld tildeler de amerikanske regler ofte kompetencen til en domstol, som opfylder det amerikanske forfatningsretlige krav om "minimum contacts", dvs. en vis kvalificeret tilknytning til forum-staten.

Udover denne grundlæggende og principielle uenighed har der under forhandlingerne været betydelig uenighed om konventionens anvendelsesområde samt behovet for og indholdet af f.eks. kontrakts- og deliktsværneting, forbrugerværneting, arbejdstagerværneting, eksklusiv kompetence, litispændens, forum non conveniens og eksorbitante værneting. Væksten i e-handel har også bidraget til at skærpe uenigheden mellem især EU og USA, hvor EU i modsætning til USA går ind for øget processuel beskyttelse af forbrugerne.

Det er bemærkelsesværdigt, at uenigheden har været koncentreret om valget af konventionsmodel og kompetencereglernes udformning. I relation til reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse har der hidtil været en udbredt konsensus om principperne for "fri bevægelighed" og undtagelserne hertil. Fra amerikansk side har det tidligt været erkendt, at amerikanske domme, der tildeler skadelidte en eksorbitant høj erstatning, ikke kan forventes anerkendt og fuldbyrdet i stater, der ikke i national ret har tilsvarende regler om udmåling af erstatning.

## 2.3 Konventionsmodeller

Haagerkonferencen kunne vælge mellem forskellige konventionsmodeller som grundlag for den globale domskonvention. Indledningsvist blev den simple konvention forkastet, hvorefter arbejdet baserede sig på den blandende konvention. Da også denne model blev afskrevet, forsøgte konferencen sig med en blandet konvention, der i 2002 led samme skæbne som de andre konventionsmodeller.

---

<sup>4</sup>) Jf. hhv. konvention af 27. september 1968 med senere ændringer og forordning nr. 44/2001.

### 2.3.1 Den simple konvention

I 1971 forsøgte Haagerkonferencen sig med en såkaldt *simpel konvention*, der imidlertid ikke blev nogen succes.

En simpel konvention regulerer kun anerkendelse og fuldbyrdelse af domme, hvorimod en sådan konvention ikke indeholder fælles kompetenceregler. Medlemsstaterne bevarer derfor deres kompetence til at regulere den internationale kompetence uden at risikere konflikt med konventionens regler. En simpel konvention regulerer kun indirekte spørgsmålet om kompetence ved at foreskrive, at en dom kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis domstolen anvendte et eksorbitant værneting, dvs. et værneting karakteriseret ved ringe eller ingen forbindelse mellem forum-staten og sagsøgte/tvistens genstand.

### 2.3.2 Den dobbelte konvention

Det stod klart for Haagerkonferencen, at en simpel konvention ikke ville være den rette konventionsmodel. Derfor begyndte forhandlingerne i 1997 på grundlag af en *dobbelt konvention*. Arbejdet var inspireret af EU-staternes Domskonvention.

Til forskel for en simpel konvention indeholder en dobbelt konvention ud over reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme fælles og bindende regler om domstolenes internationale kompetence. Kompetencereglerne i en dobbelt konvention har eksklusiv karakter, da en sådan konvention typisk indeholder et forbud mod at anvende andre kompetenceregler end de i konventionen fastsatte. En dobbelt konvention indebærer derfor, at de kontraherende stater ikke kan fastsætte egne regler om international kompetence uden at krænke konventionen.

Særligt fra amerikansk side blev den dobbelte konvention kritiseret for at være for vidtgående i global sammenhæng. Det blev således anført, at konventionsmodellen indebar dels en unødigt indskrænkning af staternes lovgivningskompetence med hensyn til international kompetence, dels en alt for vanskelig harmonisering af kompetencereglerne. I 1998 opgav Haagerkonferencen derfor den dobbelte konvention.

### 2.3.4 Den blandede konvention

I stedet for en dobbelt konvention foreslog den amerikanske delegation en *blandet konvention*, som Haagerkonferencen arbejdede med frem til diplomatkonferencen i 2001. En blandet konvention er en videreudbygning af en dobbelt konvention, der sigter mod at give de kontraherende stater og parterne størst mulig fleksibilitet

både med hensyn til international kompetence og anerkendelse og fuldbyrdelse af domme mv<sup>5</sup>.

For så vidt angår kompetencereglerne opererer en blandet konvention med en "hvid liste", en "sort liste" og et "gråt område". Den hvide liste indeholder fælles kompetenceregler, f.eks. et bopælsværneting, et kontraktsværneting, et deliktsværneting, aftalt værneting og eksklusiv kompetence. Værnetingene på den hvide liste skal være til rådighed i de kontraherende stater, men de er valgfrie for sagsøger. Den sorte liste indeholder eksorbitante værneting og et forbud mod at bruge sådanne værneting over for parter med bopæl i en kontraherende stat. Det grå område omfatter sagstyper, hvor medlemsstaterne har deres egne regler om international kompetence, som konventionen, i modsætning til en dobbelt konvention, ikke forbyder de kontraherende stater at anvende og regulere. Sagsøger kan derfor vælge mellem værneting på den hvide liste og i det grå område.

Med hensyn til anerkendelse og fuldbyrdelse indeholder en blandet konvention fælles regler for så vidt angår domme afsagt på grundlag af et værneting på den hvide liste. Sådanne domme anerkendes og fuldbyrdes efter konventionens regler. En dom afsagt på et eksorbitant værneting vil derimod blive nægtet anerkendelse og fuldbyrdelse. Anerkendelse og fuldbyrdelse af domme afsagt på grundlag af en national regel om international kompetence, dvs. i det grå område, er efter den blandede konvention overladt til national ret i de kontraherende stater, hvorfor konventionen ikke indeholder begrænsninger i national ret. I f.eks. USA vil sådanne domme derfor blive anerkendt og fuldbyrdet efter de gældende nationale regler, hvorimod en sådan dom i f.eks. Danmark ikke vil blive anerkendt og fuldbyrdet. Sagsøgers valg af værneting har således konsekvenser i relation til anerkendelse og fuldbyrdelse af dommen.

På diplomatkonferencen i 2001 blev den blandede konvention udsat for betydelig kritik af de deltagende stater<sup>6</sup>. Kritikken gik ikke på konventionens struktur, men derimod navnlig på indholdet af værnetingene på den hvide liste. De europæiske stater foretrak værnetingsregler efter europæisk forbillede, mens USA gerne så reglerne udformet i overensstemmelse med amerikansk ret. Betydelige politiske uoverensstemmelser opstod i forhold til beskyttelse af svage parter som forbrugere og arbejdstagere. Der var også afgørende uenighed om indholdet af den sorte liste, og hvorvidt denne liste skulle være udtømmende eller ej. Mens USA ville have en lukket liste, insisterede de europæiske stater på en åben liste.

---

<sup>5</sup>) Ophavsmanden til den blandede konvention er Arthur T. von Mehren, jf. *Rabels Zeitschrift* 1997, s. 86 ff.

<sup>6</sup>) Jf. nærmere Peter Arnt Nielsen, *Retsvidenskabeligt Tidsskrift* 2001, s. 201 ff.

## 2.4 De videre forhandlinger

Som følge af disse markante uenigheder besluttede Haagerkonferencen i 2002 at opgive den blandede konvention og i stedet arbejde videre på områder, hvor der synes at være principiel enighed om kompetencegrundlaget. Disse områder var navnlig i relation til bopælsværneting og det aftalte værneting.

En mindre arbejdsgruppe fik mandat til at udarbejde en konvention med et begrænset anvendelsesområde indeholdende få fælles kompetenceregler og regler om anerkendelse og fuldbyrdelse. Arbejdsgruppen afholdt en række møder og afleverede i marts 2003 et udkast til konvention (herefter "Udkastet") og en forklarende rapport (herefter "Rapporten")<sup>7</sup>. Udkastet er en såkaldt "*prorogationskonvention*" med én værnetingsregel; det aftalte værneting, og regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme afsagt af en domstol, hvis kompetence grundles på en værnetingsaftale<sup>8</sup>.

I april 2003 besluttede Haager-konferencen at iværksætte en høring over Udkastet. Høringssvarene, herunder fra USA og EU, var positive, hvorfor Haagerkonferencen i august 2003 indkaldte til forhandlinger om udkastet på en "Special Commission", der afholdes i december 2003<sup>9</sup>. Såfremt forhandlingerne går godt, vil der på et senere tidspunkt blive indkaldt til en diplomatkonference, hvor udkastet kan blive færdigforhandlet og underskrevet.

## 3. Prorogationskonventionen

Udkastet har ifølge dets præambel til formål at fremme international handel og investering gennem øget retligt samarbejde. Dette skal ske ved en konvention, der sikrer dels håndhævelse af værnetingsaftaler i erhvervsmæssige forhold, dels fri bevægelighed for domme afsagt af en domstol, hvis kompetence beror på en værnetingsaftale.

På denne baggrund har Udkastet tre formål. For det første skal det sikres, at værnetingsaftaler respekteres af den udpegede domstol. Heri ligger et krav om at

---

<sup>7)</sup> Udkastet og Rapporten fås på Haagerkonferencens hjemmeside: [www.hcch.net](http://www.hcch.net). Arbejdsgruppen blev ledet af Allan Philip, som også er medlem af den danske delegation.

<sup>8)</sup> Under diskussionerne i arbejdsgruppen blev det foreslået, at Haagerkonferencen på et senere tidspunkt udarbejder en modellov med det formål at drage udbytte af de langvarige forhandlinger om både den dobbelte og den blandede konvention, jf. Rapporten, s. 5.

<sup>9)</sup> Haagerkonferencen har udpeget Allan Philip som formand for de kommende forhandlinger.

værnetingsaftalen skal have prorogativ effekt. For det andet skal enhver anden domstol end den aftalte domstol afvise kompetence. Det betyder, at værnetingsaftalen skal have derogativ effekt. For det tredje skal anerkendelse og fuldbyrdelse af domme afsagt af en domstol, hvis kompetence beror på en værnetingsaftale, sikres<sup>10</sup>.

Udkastet indeholder fem kapitler og 27 artikler. Kap. I indeholder almindelige bestemmelser, kap. II kompetencereglerne, kap. III reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme, kap. IV generelle bestemmelser og kap. V afsluttende bestemmelser. Udkastet suppleres med et bilag.

### **3.1 Generelle bestemmelser**

Udkastets kap. I indeholder reglerne om konventionens anvendelsesområde, nogle definitioner og en formregel.

#### **3.1.1 Anvendelsesområde**

Udkastets anvendelsesområde er fastlagt i art. 1, stk. 1, hvorefter Udkastet gælder for værnetingsaftaler i borgerlige sager, herunder handelssager (civile sager). Dette anvendelsesområde genfindes bl.a. i Domskonventionens art. 1, stk. 2.

En række sagstyper er undtaget fra Udkastets anvendelsesområde, jf. nærmere art. 1, stk. 2 og 3. Mange af retsområderne er normalt undtagne fra en konvention af denne karakter, f.eks. familie- og arveretlige tvister, sml. Domskonventionens art. 1, stk. 2. Hertil kommer dog en række områder, hvor der ikke tidligere har kunnet opnås enighed om reglernes indhold, f.eks. forbrugersager og individuelle arbejdskontrakter. Ved at undtage sådanne vanskelige områder fra konventionens anvendelsesområde forbedres mulighederne for at opnå enighed.

Efter Udkastets art. 1, stk. 2, litra a gælder konventionen ikke for aftaler indgået med forbrugere. En forbrugeraftale foreligger, når en fysisk person indgår aftale om køb hovedsageligt bestemt til personligt brug eller til brug for familien eller husholdningen med en anden part, der handler som led i sit erhverv. Aftaler mellem forbrugere er heller ikke omfattet af Udkastet. Endelig er individuelle arbejdsaftaler undtaget fra anvendelsesområdet, jf. art. 1, stk. 2, litra b.

---

<sup>10)</sup> Jf. Rapporten, s. 6.

De undtagne retsområder efter art. 1, stk. 3 er fysiske personers retlige status samt deres rets- og handleevne, underholdsforpligtelser, formueforholdet mellem ægtefæller og andre forpligtelser, der udspringer af ægteskab og lignende forhold, samt testamenter og arveret, jf. art. 1, stk. 2, litra a-d. Endvidere anvendes Udkastet ikke på konkurs, akkord og andre lignende ordninger, søret, konkurrenceret, atomansvar, tingsretlige rettigheder over fast ejendom, gyldighed, ugyldighed eller opløsning af juridiske personer og beslutninger knyttet hertil, samt gyldighed af patenter, varemærker og andre immaterielle rettigheder, jf. art. 1, stk. 2, litra e-k.

En sag er ikke udelukket fra konventionens anvendelsesområde, selvom et spørgsmål omfattet af art. 1, stk. 3 opstår som et præjudicielt spørgsmål i sagen, jf. art. 1, stk. 4. En sag er heller ikke udelukket fra anvendelsesområdet, alene fordi en af parterne er en offentlig myndighed, jf. art. 1, stk. 6. Denne regel understreger, at det er sagens indhold, ikke parternes status, der afgør, hvorvidt sagen er civilretlig og dermed omfattet af konventionen.

Udkastet anvendes ikke på voldgift og tvister i forbindelse hermed. Udkastet pålægger heller ikke en stat at anerkende en dom, hvis domstolens kompetence var i strid med en voldgiftsaftale, jf. art. 1, stk. 5. Bestemmelsen sikrer, at voldgift i det hele taget er undtaget fra konventionens anvendelsesområde, således at der ikke kan opstå modstrid med New York-konventionen.

### 3.1.2 Definitioner

Udkastets art. 2, stk. 1 indeholder tre definitioner. En værnetingsaftale er en aftale, hvorved to eller flere parter udpeger en eller flere domstole i en eller flere kontraherende stater til at afgøre allerede opståede tvister eller fremtidige tvister mellem dem i anledning af et bestemt retsforhold, jf. art. 2, stk. 1, litra a. Definitionen svarer til Domskonventionens art. 17, stk. 1.

En eksklusiv værnetingsaftale defineres som en værnetingsaftale, der tildeler kompetence til en bestemt stats domstole og samtidig udelukker kompetence for andre staters domstole. En værnetingsaftale, der udpeger en bestemt stats domstole anses for eksklusiv, medmindre parterne har aftalt andet, jf. Udkastets art. 2, stk. 1, litra b. Denne formodningsregel er hensigtsmæssig, fordi størstedelen af værnetingsaftaler er eksklusive. Såkaldte "asymmetriske" værnetingsaftaler, hvorved en af parterne bevarer en vis valgfrihed, er sjældne i praksis<sup>11</sup>. Endelig

---

<sup>11)</sup> Jf. Rapporten, s. 14.

indeholder art. 2, stk. 1, litra c en definition af en dom, der svarer til Doms-konventionens definition, jf. dennes. art. 25.

Udkastets art. 2, stk. 2 indeholder en definition af sædvanligt opholdssted for juri-diske personer. Dette har betydning i forhold til Udkastets art. 4, stk. 2, art. 5, litra b og art. 16. En juridisk person anses for at have sædvanligt opholdssted i enhver stat, hvor den har sit vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor, eller hoved-virksomhed, eller i den stat, under hvis lov den juridiske person er registreret eller dannet. Valget af organisationsform har således betydning for fastlæggelsen af det sædvanlige opholdssted i konventionens forstand. En tilsvarende løsning er an-vendt i Domsforordningens art. 60.

### **3.1.3 Formkrav til værnetingsaftalen**

Udkastets art. 2, stk. 2 regulerer formkrav til værnetingsaftaler. Bestemmelsen indeholder fire regler om formkrav (litra a-d), og en aftale er formgyldig, blot ét af disse krav er opfyldt. Tilsvarende formkrav stilles i Domskonventionens art. 17, stk. 1.

For det første er en værnetingsaftale formgyldig, såfremt den er indgået skriftligt eller ved brug af anden kommunikationsteknik, som gør det muligt at referere til aftalen. En værnetingsaftale kan således indgås elektronisk. For det andet er aftalen formgyldig, hvis den er indgået mundtligt og bekræftet skriftligt eller ved brug af anden kommunikationsteknik, som gør det muligt at referere til aftalen. For det tredje er en værnetingsaftale formgyldig, hvis den er indgået i overens-stemmelse med den skik og brug, som parterne følger i deres indbyrdes forhold. Endelig kan formkravet være opfyldt, hvis aftalen er indgået i overensstemmelse med en sædvane, som parterne kendte eller burde kende, og som er almindeligt fulgt af parter i kontrakter af samme type i den pågældende branche.

Et vanskeligt spørgsmål er, hvorvidt en værnetingsaftale indgået under iagttagelse af formkrav, der ligger under konventionens krav, skal anses for formgyldigt ind-gået<sup>12</sup>. Af hensyn til dels sagsøgte, dels konventionens globale karakter bør det formentligt sikres, at Udkastets krav er minimumskrav, således at en værne-tingsaftale, der ikke opfylder konventionens krav, men alene mindre strenge krav i forum-staten, ikke er formgyldig.

Udkastet indeholder ikke regler om den materielle gyldighed af værnetingsaftaler. Dette spørgsmål afgøres derfor efter forum-statens lovvalgsregler. Det vil prin-

---

<sup>12)</sup> Jf. Rapporten, s. 15.

cipielt være en fordel, hvis konventionen også kan harmonisere lovvalget for værningsaftalers materielle gyldighed, men det er næppe realistisk at der kan opnås enighed om sådanne regler<sup>13</sup>.

### 3.2 Kompetenceregler

Udkastets kap. II indeholder to kompetenceregler, der sikrer håndhævelse af eksklusive værningsaftaler, jf. art. 4 og 5. Disse to regler er de eneste kompetenceregler i konventionen, og de regulerer alene den internationale kompetence.

Den nationale kompetence afgøres efter forum-statsens egne regler. Parterne kan heller ikke tildele en domstol kompetence, hvis domstolen efter forum-statsens interne regler ikke har materiel kompetence, jf. Udkastets art. 4, stk. 3. Det er ikke afgjort, hvorvidt doktrinen om forum non conveniens kan anvendes i forbindelse med fastlæggelse af en stats interne kompetence. Der er dog næppe noget til hinder herfor, da konventionen alene skal fastlægge den internationale kompetence<sup>14</sup>.

Udkastet indeholder ikke regler, der pålægger domstolene at afvise retssager anlagt i strid med ikke-eksklusive værningsaftaler, da sådanne aftaler netop ikke er eksklusive. Imidlertid bør art. 4 og 5 også omfatte værningsaftaler, hvor domstolene i to eller flere stater tildeles eksklusiv kompetence<sup>15</sup>.

Endelig foreslås i kap. II en bestemmelse om foreløbige retsmidler, jf. Udkastets art. 6.

#### 3.2.1 Prorogation

Har parterne aftalt, at en domstol eller domstolene i en kontraherende stat skal have eksklusiv kompetence til at påkende allerede opståede tvister eller fremtidige tvister i anledning af et bestemt retsforhold, skal den eller de pågældende domstole have eksklusiv kompetence, medmindre domstolen finder, at værningsaftalen er ugyldig, ude af kraft, eller at den ikke kan gennemføres, jf. Udkastets art. 4, stk. 1. Bestemmelsen er formuleret i overensstemmelse med New

---

<sup>13)</sup> Jf. Rapporten, s. 16.

<sup>14)</sup> Jf. Rapporten, s. 17-18.

<sup>15)</sup> Jf. Rapporten, s. 19. Et eksempel på en sådan værningsaftale er denne: "Domstolene i Tokyo og London skal have eksklusiv kompetence til at afgøre tvister mellem A og B, der udspringer af dette retsforhold."

York-konventionens art. II, stk. 3<sup>16</sup>. Værnetingsaftalens materielle gyldighed afgøres efter forum-statens lovvalgsregler.

Udkastets art. 4, stk. 1 suppleres af stk. 2, hvorefter stk. 1 ikke kan anvendes, hvis parterne har sædvanligt opholdssted i den samme kontraherende stat og har aftalt, at domstolene i denne stat skal have kompetence til at afgøre sagen. Formålet med denne regel er at sikre, at Udkastet ikke omfatter sager, der er nationale. Efter ordlyden dækker bestemmelsen også sager, hvor sagens genstand er i udlandet, da det afgørende er parternes sædvanlige opholdssted<sup>17</sup>.

### 3.2.2 Derogation

Mens Udkastets art. 4 sikrer en domstols kompetence på grundlag af parternes eksklusive værnetingsaftale, sikrer art. 5, at domstolene i andre kontraherende stater respekterer denne aftale.

Efter Udkastets art. 5, litra a, skal en domstol i en anden kontraherende stat end den, hvis domstole ved parternes værnetingsaftale har fået tillagt eksklusiv kompetence, afvise eller udsætte søgsmål anlagt i strid med værnetingsaftalen, medmindre domstolen finder, at værnetingsaftalen er ugyldig, ude af kraft, eller ikke kan gennemføres. Værnetingsaftalens materielle gyldighed afgøres efter forum-statens lovvalgsregler.

Udkastets art. 5, litra b regulerer den specielle situation, hvor parterne har sædvanligt opholdssted i samme stat, og sagen har eksklusiv tilknytning til den fælles bopælsstat. Har parterne i en sådan situation aftalt, at domstolene i en anden kontraherende stat skal have eksklusiv kompetence, kan domstolene i den stat, hvor parterne har fælles sædvanligt opholdssted, tilsidesætte værnetingsaftalen. Reglen skal sikre mod omgåelse, således at parterne ikke kan bruge konventionen til at flytte en ren national sag til udlandet<sup>18</sup>.

Endelig kan en domstol uanset en eksklusiv værnetingsaftale til fordel for domstolene i en anden kontraherende stat tiltage sig kompetence, hvis den valgte domstol har afvist sin kompetence, jf. art. 5, litra c.

---

<sup>16)</sup> Jf. Rapporten, s. 16.

<sup>17)</sup> Jf. Rapporten, s. 17. Jf. afsnit 3.4.1.

<sup>18)</sup> Jf. Rapporten, s. 18-19. Jf. afsnit 3.4.2.

### 3.2.3 Foreløbige retsskridt

Udkastet indeholder ikke regler om domstolenes kompetence og anerkendelse og fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler. Imidlertid er det bestemt i art. 6, at Udkastet ikke begrænser en parts adgang til at iværksætte foreløbige retsmidler i en eller flere kontraherende stater.

Baggrunden for denne bestemmelse er, at en værnetingsaftale kan forstås således, at den også regulerer adgangen til at iværksætte foreløbige retsmidler, f.eks. sådan, at kun den aftalte domstol kan iværksætte sådanne retsmidler. Bestemmelsen sikrer derfor, at parterne uanset en værnetingsaftale kan anmode andre kontraherende staters domstole om iværksættelse af foreløbige retsmidler, såfremt de pågældende domstole har international kompetence hertil efter deres egne regler<sup>19</sup>.

Udkastet giver ikke parterne mulighed for ved aftale at udelukke denne mulighed. Hvorvidt dette kan lade sig gøre, beror derfor på national ret i forum-staten<sup>20</sup>.

## 3.3 Anerkendelse og fuldbyrdelse

Udkastets kap. III indeholder reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme under konventionen. I art. 7 fastlægges princippet om anerkendelse og fuldbyrdelse samt de grunde, der kan føre til nægtelse af anerkendelse og fuldbyrdelse. En speciel nægtelsesgrund findes i art. 11, der omhandler domme, hvori der tilkendes "non-compensatory" erstatninger. Regler om procedure, omkostninger mv. for anerkendelse og fuldbyrdelse er fastsat i art. 8 – 10, mens art. 12 og 13 indeholder regler om hhv. opsplitning af domme og anerkendelse og fuldbyrdelse af retsforlig.

### 3.3.1 Anerkendelse og fuldbyrdelse samt nægtelsesgrunde

Ifølge Udkastets art. 7, stk. 1, skal domme afsagt i en kontraherende stat af en domstol, hvis kompetence skyldtes en værnetingsaftale, anerkendes og fuldbyrdes i de øvrige kontraherende stater i overensstemmelse med konventionens regler. Reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse anvendes, hvad enten domstolen havde kompetence på grundlag af en eksklusiv eller ikke-eksklusiv

---

<sup>19)</sup> Jf. Rapporten, s. 19.

<sup>20)</sup> Jf. Rapporten, s. 20.

værnetingsaftale. Også domme afsagt under de i art. 4, stk. 2 nævnte omstændigheder anerkendes og fuldbyrdes under konventionen<sup>21</sup>.

Art. 7, stk. 1 indeholder nægtelsesgrundene for en dom afsagt på grundlag af en eksklusiv værnetingsaftale, mens art. 7, stk. 2 indeholder yderligere nægtelsesgrunde, der kun kan anvendes på domme afsagt på grundlag af en ikke-eksklusiv værnetingsaftale. Udkastets nægtelsesgrunde er udtømmende angivet, og deres anvendelse er fakultativ, jf. ordene "may be refused only if"<sup>22</sup>. Samme ordbrug er anvendt i Domskonventionens art. 27. Domfældte har bevisbyrden for, at en eller flere nægtelsesgrunde foreligger.

Ifølge Udkastets art. 7, stk. 1, litra a, kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis værnetingsaftalen er ugyldig efter anerkendelsesstatens opfattelse. Dette spørgsmål afgøres efter de regler, som anerkendelsesstatens lovvalgsregler udpeger. Bestemmelsen modsvarer art. 4, stk. 1 og art. 5, stk. 1 og er ligeledes "kopieret" fra New York-konventionen<sup>23</sup>.

En dom kan endvidere nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis det indledende processkrift ikke blev forkyndt for sagsøgte i så god tid og på en sådan måde, at denne kunne varetage sine interesser under sagen, jf. Udkastets art. 7, stk. 1, litra b. Bestemmelsen svarer i sit indhold til Domskonventionens art. 27, nr. 2 med den væsentlige forskel, at reglen ikke er begrænset til udeblivelsesdomme, hvilket er unødigt vidtgående.

Endelig kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis dommen er opnået ved processuelt bedrageri, er resultatet af en proces i strid med grundlæggende retsplejprincipper i anerkendelsesstaten, eller dommen er åbenbart uforenelig med grundlæggende retsprincipper i anerkendelsesstaten, jf. Udkastets art. 7, stk. 1, litra c-e. Disse tre nægtelsesgrunde svarer samlet set til Domskonventionens ordre public-begreb, jf. art. 27, nr. 1. At man i Udkastet har opdelt ordre public-forbeholdet i to processuelle og en materiel ordre public-bestemmelse skyldes, at denne opdeling anvendes i f.eks. amerikansk ret<sup>24</sup>.

Udkastets art. 7, stk. 2 indeholder som nævnt to nægtelsesgrunde, der alene relaterer sig til domme afsagt på grundlag af en ikke-eksklusiv værnetingsaftale.

---

<sup>21)</sup> Jf. Rapporten, s. 20.

<sup>22)</sup> Jf. også Rapporten, s. 21.

<sup>23)</sup> Jf. Rapporten, s. 21.

<sup>24)</sup> Jf. Rapporten, s. 22, samt EF-Domstolens afgørelse i Sag C-7/98 (Krombach), Samlingen 2000-I, s. 1935.

For det første kan en sådan dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis der verserer en retssag mellem de samme parter i samme tvist for en domstol enten i anerkendelsesstaten eller en anden kontraherende stat, og denne retssag var anlagt før retssagen i den stat, hvorfra dommen kommer, forudsat der kan forventes afsagt dom i den retssag, der blev anlagt først, jf. art. 7, stk. 2, litra a. Begrundelsen for at give forrang til den først anlagte retssag er, at værnetingsaftalen ikke var eksklusiv, hvorfor det først anlagte søgsmål ikke var i strid med værnetingsaftalen<sup>25</sup>. For eksklusive værnetingsaftaler opstår denne litis pendens-situation ikke.

For det andet kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse efter art. 7, stk. 2, litra b, hvis dommen er i modstrid med en dom afsagt i anerkendelsesstaten eller en tredjestat, i det sidstnævnte tilfælde dog forudsat, at anerkendelsesstaten er forpligtet til at anerkende dommen fra tredjestaten. Denne bestemmelse svarer til Domskonventionens art. 27, nr. 3 og 5. For eksklusive værnetingsaftaler burde denne situation ikke kunne opstå.

Endelig indeholder Udkastets art. 7 tre regler om anerkendelse og fuldbyrdelse, der gælder, hvad enten dommen er afsagt på grundlag af en eksklusiv eller ikke-eksklusiv værnetingsaftale.

For det første kan den udenlandske dom ikke efterprøves med hensyn til dens realitet, bortset fra forhold, som er omfattet af konventionens regler om anerkendelse og fuldbyrdelse, jf. Udkastets art. 7, stk. 3. Et tilsvarende materielt revisionsforbud findes i Domskonventionens art. 29.

For det andet må en domstol i anerkendelsesstaten ikke give dommen flere eller andre retsvirkninger end den har i afsigelsesstaten, jf. Udkastets art. 7, stk. 4. Heri ligger bl.a., at anerkendelsesstaten ikke kan tillægge dommen retskraft, hvis den endnu ikke er retskraftig i afsigelsesstaten<sup>26</sup>.

For det tredje følger det af Udkastets art. 7, stk. 5, at anerkendelse og fuldbyrdelse kan udsættes eller afvises, hvis dommen er under anke i afsigelsesstaten eller den ordinære ankefrist endnu ikke er udløbet<sup>27</sup>. Tilsvarende regler findes i Domskonventionens art. 30, 38 og 39.

---

<sup>25)</sup> Jf. Rapporten, s. 23.

<sup>26)</sup> Jf. nærmere Rapporten, s. 23-24.

<sup>27)</sup> Er den ordinære ankefrist udløbet, men ikke en frist for ekstraordinær anke, kan art. 7, stk. 5 ikke påberåbes af domfældte, jf. Rapporten, s. 24.

### 3.3.2 Dokumentation

Udkastets art. 8 fastsætter, hvilke dokumentationskrav domhaver skal opfylde. Den part, der anmoder om anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom, skal fremlægge en fuldstændig og bekræftet kopi af dommen samt dokumenter, der beviser, at dommen har retskraft i afsigelsesstaten. Er dommen en udeblivelsesdom, kan den anerkendende domstol bede om dokumentation for, at det indledende processkrift er forkyndt for sagsøgte. Endelig kan den anerkendende domstol anmode om oversættelse af dokumenterne, jf. Udkastets art. 8, stk. 1.

Det til Udkastet knyttede bilag, som giver mulighed for gengivelse af dommens centrale dele, kan anvendes af domhaver, men dette er frivilligt, jf. art. 8, stk. 2. Den anerkendende domstol kan ikke kræve legalisering eller opstille andre formmæssige krav for at anerkende dommen, jf. art. 8, stk. 3.

Endelig kan den anerkendende domstol anmode om dokumentation for at dommen er afsagt af en domstol, hvis kompetence grundendes på en værnetingsaftale, hvis dette ikke fremgår af dommen, jf. art. 8, stk. 4.

### 3.3.3 Procedure mv.

Proceduren for anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom er fastlagt i Udkastets art. 9. Efter bestemmelsen er dette reguleret af anerkendelsesstatens regler i det omfang Udkastet ikke bestemmer andet. Den anerkendende domstol skal behandle anmodningen snarest muligt.

Udkastet indeholder et diskriminationsforbud, jf. art. 14, hvorefter processuelle regler i de kontraherende stater ikke må anvendes på en sådan måde, at de diskriminerer parter, der er statsborgere i eller har sædvanligt opholdssted i andre kontraherende stater. Udkastets art. 10 er et udslag af dette princip, da det fastsætter, at en afgørelse om omkostninger i forbindelse med en anmodning om anerkendelse og fuldbyrdelse, som nægtes, skal være eksegitabel under konventionen. Bestemmelsen sikrer, at domfældte kan få de i en ikke-imødekommet sag om anerkendelse og fuldbyrdelse påløbne omkostninger tvangsfuldbyrdet, typisk i domhavers land<sup>28</sup>.

---

<sup>28)</sup> Jf. nærmere Rapporten, s. 25.

### 3.3.4 Visse erstatningsudmålinger

Udkastets art. 11 regulerer det vanskelige spørgsmål, hvorledes der skal forholdes med domme, hvori der tilkendes eksorbitant store erstatninger, som kendes fra f.eks. amerikansk ret. Bestemmelsen er dog begrænset til kun at angå domme, hvor der udmåles "non-compensatory" erstatninger, dvs. erstatninger, som har et afskrækkende eller straffende formål og dermed skal virke adfærdsregulerende. Eksorbitante erstatninger, der alene er "compensatory", er således ikke omfattet af art. 11, og skal derfor anerkendes og fuldbyrdes under konventionen. Det kan dog ikke udelukkes, at sådanne domme kan omfattes af ordre public-forbeholdet, jf. art. 7, stk. 1, litra e<sup>29</sup>.

Ifølge Udkastets art. 11, stk. 1, skal en dom, hvori der gives "non-compensatory" erstatning, i hvert fald anerkendes og fuldbyrdes i det omfang en lignende eller tilsvarende erstatning kunne være blevet udmålt i den stat, som anmodningen om anerkendelse og fuldbyrdelse rettes til. Reglen indebærer, at en stat, hvis lov ikke hjemler "non-compensatory" erstatning, ikke er forpligtet til at anerkende og fuldbyrde den fremmede dom. Hvis anerkendelsesstatens lov derimod hjemler "non-compensatory" erstatning, skal den fremmede dom anerkendes i det omfang, erstatningsudmålingen efter anerkendelsesstatens regler ville have ført til samme erstatningsudmåling.

Den domstol, som behandler anerkendelsessagen, skal ved vurderingen af erstatningsudmålingen tage hensyn til, i hvilket omfang sagsomkostninger er indeholdt i den tilkendte erstatning. Denne regel skyldes principperne om "no cure – no pay" og "good cure – good pay", som kendes i navnlig amerikansk ret.

### 3.3.5 Delvis anerkendelse og fuldbyrdelse

Udkastets art. 12 angår delvis anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom under Udkastet. Efter bestemmelsen skal en selvstændig del af dommen anerkendes og fuldbyrdes, hvis der alene anmodes om delvis anerkendelse og fuldbyrdelse, eller hvis kun den pågældende del af dommen omfattes af konventionen.

### 3.3.6 Retsforlig

Formålet med Udkastets art. 13 er at sikre anerkendelse og fuldbyrdelse af retsforlig på samme måde som domme omfattet af konventionen. Ifølge bestem-

---

<sup>29)</sup> Jf. Rapporten, s. 26.

melsen skal retsforliget dog være indgået for en domstol, hvis kompetence beror på en værnetingsaftale. Værnetingsaftalen kan indgås før og efter tvistens opståen. Det er forudsat, at et udenretligt forlig, som parterne indbringer for en domstol for at få det bekræftet, skal ses som en værnetingsaftale til fordel for den pågældende domstol<sup>30</sup>.

### **3.4 Generelle bestemmelser**

Udkastets kap. IV indeholder seks bestemmelser, hvoraf diskriminationsforbudet, jf. art. 14, er omtalt ovf<sup>31</sup>. Enkelte andre af disse generelle bestemmelser skal omtales.

#### **3.4.1 Forbehold for visse værnetingsaftaler**

Ifølge Udkastets art. 15 kan en stat ved ratifikation af konventionen erklære, at statens domstole kan nægte at afgøre tvister omfattet af en værnetingsaftale, såfremt der, bortset fra værnetingsaftalen, ikke er nogen forbindelse mellem forum-staten og parterne eller tvisten. Reglen skal ses i sammenhæng med art. 4 og skyldes, at visse stater kræver en vis tilknytning mellem tvisten eller parterne og den valgte domstol<sup>32</sup>. Erklæringen kan kun afgives i forbindelse med ratifikationen, ikke senere.

#### **3.4.2 Forbehold for visse domme**

Udkastets art. 16 indeholder også mulighed for de kontraherende stater til at afgive en erklæring. Ifølge art. 16 kan en stat ved ratifikationen erklære, at statens domstole kan nægte at anerkende og fuldbyrde en dom fra en anden kontraherende stat, hvis parterne har sædvanligt opholdssted i anerkendelsesstaten og samtlige tilknytningsmomenter i sagen, bortset fra værnetingsaftalen, kan henføres til anerkendelsesstaten. Bestemmelsen supplerer Udkastets art. 5, litra b, således at en stat heller ikke i relation til anerkendelse og fuldbyrdelse skal respektere en værnetingsaftale i et rent nationalt retsforhold<sup>33</sup>. Også denne erklæring kan kun afgives i forbindelse med ratifikationen, ikke efter.

---

<sup>30)</sup> Jf. Rapporten, s. 27.

<sup>31)</sup> Jf. afsnit 3.3.3.

<sup>32)</sup> Jf. Rapporten, s. 28. Jf. afsnit 3.2.1.

<sup>33)</sup> Jf. Rapporten, s. 28. Jf. afsnit 3.2.2.

### 3.4.3 Fortolkning

For at sikre, at konventionen så vidt muligt anvendes ensartet i de kontraherende stater, er det i Udkastets art. 17 bestemt, at der ved fortolkning af konventionen skal tages hensyn til dens internationale karakter og det ønskelige i ensartet anvendelse af konventionen. Tilsvarende fortolkningsregler kendes fra andre konventioner, jf. f.eks. Romkonventionens art. 18 og CISG art. 7, stk. 1<sup>34</sup>.

## 4. Quo Vadis?

Haagerkonferencens udkast til prorogationskonvention er resultatet af langvarige og vanskelige forhandlinger. Fra arbejdets begyndelse har formålet været at skabe global "fri bevægelighed" for domme i civile sager. Afgørende uenighed om valget af konventionsmodel og kompetencereglerne indhold har imidlertid ført til et konventionsudkast med et betydeligt snævrere anvendelsesområde end oprindeligt tilsigtet.

Ikke desto mindre har Udkastet, som er begrænset til erhvervsmæssige tvister, kompetence baseret på værnetingsaftaler, og anerkendelse og fuldbyrdelse af sådanne domme, gode muligheder for at blive tiltrådt af medlemsstaterne. Dette skyldes netop, at konventionen er begrænset til de tvister, hvor behovet for et verdensomspændende instrument er mest påtrængende, og hvor der globalt set er grundlæggende enighed om respekt for den internationale handels behov for processuel partsautonomi. Hermed har Haagerkonferencen måske lagt kimen til en succes på linie med New York-konventionen om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser.

---

<sup>34)</sup> Jf. hhv. konvention af 19. juni 1980 med senere ændringer og konvention af 11. april 1980.

# Kønsligestilling i kontraktretten

af

Ruth Nielsen

## 1. Emne og problemstilling

Europæisk kontraktret er under debat i disse år, bla som led i den høring, Europa Kommissionen lancerede i 2001.<sup>1</sup> I denne artikel diskuterer jeg mainstreaming strategien og forbudet mod diskrimination pga køn i relation til kontraktretten. Artiklen bevæger sig i grænseområdet mellem gældende ret og retspolitik, idet jeg udover de allerede gældende regler behandler aktuelle forslag, navnlig det kommende art 13 direktiv om forbud mod kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenester.

Inden for nugældende ret findes de fleste og mest præcise og detaljerede regler om kønsligestilling i forhold til arbejdsmarkedet. I denne artikel lægges hovedvægten på andre kontraktforhold end de arbejdsretlige, men der trækkes på de erfaringer, navnlig mht begrebsudvikling, der er indvundet på det arbejdsretlige område.

## 2. Mainstreaming strategien

Mainstreaming strategien er primært adresseret til dem, der udstikker regler, politikker og praksis på alle niveauer i samfundet, fx lovgivere, dommere, organisations- og virksomhedsledere, og opfordrer dem til (evt kræver), at kønsdi-

---

<sup>1)</sup> KOM(2001)398. Se Kommissionens Contract Law webpage, [http://europa.eu.int/comm/-consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/-consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm).

mensionen skal integreres i design og implementering af regler, politikker og praksis, således at kønsdiskrimination forebygges. I mainstreaming strategien anlægges et ex ante perspektiv.

## 2.1. Begreb og metoder

Begrebet kønsmainstreaming er ikke klart defineret. Mainstreaming er et engelsk ord, der betyder, at man tænker køn ind i hovedstrømmen. Mange<sup>2</sup> har brugt billedet af ligestilling som noget, der flyder i sin egen biflod. Ligestilling får med en mainstreamingsstrategi et løft ind i hovedstrømmen, forstået som den ordinære organisatoriske, (rets)politiske og retsanvendende indsats. I Europarådets rapport om mainstreaming fra 1998 defineres det på følgende måde:<sup>3</sup>

Gender mainstreaming is the (re)organisation, improvement, development and evaluation of policy processes, so that a gender equality perspective is incorporated in all policies at all levels and at all stages, by the actors normally involved in policy-making.

Kønsmainstreaming indebærer, at kønsdimensionen gøres synlig og tages i betragtning i en tidlig fase af planlægning og udformning af regler, politikker og praksis, således at det forebygges at der sker kønsdiskrimination (direkte, indirekte, chikane og seksuel chikane).

Der er ikke nogen klar fællesopfattelse af, hvordan mainstreaming kan/skal gennemføres. Forskellige aktører benytter forskellige metoder, ofte af socio-økonomisk art. I Sverige har den såkaldte 3R metode været meget diskuteret. Det er en analysemetode,<sup>4</sup> der tjener som hjælp til systematisk at samle informationer og facts om kvinders og mænds situationer i relation til en given virksomhed eller transaktion. De tre R'er står for Repræsentation (hvor mange kvinder og hvor mange mænd?), Ressourcer (hvordan er ressourcerne – penge, rum og tid – fordelt mellem kvinder og mænd?) og Realia (hvordan kan det være, at repræsentations- og ressourcefordelingen mellem kønnene er, som den er?).

---

2) Se fx forslaget til LO's kongres oktober 2003 om ligestilling i fagbevægelsen 2003 - 2007 på <http://www.lo.dk/>

3) Gender Mainstreaming. Conceptual framework, methodology and presentation of good practices, Strasbourg, May 1998, <http://www.humanrights.coe.int/equality/>

4) Se nærmere Just Progress! Applying gender mainstreaming in Sweden, [http://naring.regeringen.se/pressinfo/infomaterial/pdf/N2001\\_052.pdf](http://naring.regeringen.se/pressinfo/infomaterial/pdf/N2001_052.pdf)

På EU Kommissionens hjemmeside om mainstreaming anfører den, at dens mainstreamingmetode(r) omfatter følgende:<sup>5</sup>

- Dual approach = gender mainstreaming + specific actions
- Gender impact assessment & gender proofing
- Mobilising all Commission services
- Anchoring responsibility
- Training for & awareness raising among key personnel
- Monitoring, benchmarking and break down of data and statistics by sex
- Structures: Group of Commissioners on Equal Opportunities, Inter-service Group on Gender Equality, Advisory Committee on Equal Opportunities for women and men

## 2.2. Er der pligt til at integrere kønsligestilling i kontraktretten?

Mainstreamingprincippet blev først udviklet i forbindelse med internationalt udviklingsarbejde i midten af 1980'erne. I FN regie er der soft law, der opfordrer til mainstreaming af køn på alle områder i FN arbejdet.<sup>6</sup>

FN har bidraget væsentligt til internationalisering af kontraktretten, fx gennem UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), der blev oprettet af FN's generalforsamling i 1966. UNCITRAL har udarbejdet traktattekster, bla CISG. UNCITRAL har også udarbejdet modellove, fx om electronic commerce og electronic signatures samt kontraktvilkår, fx UNCITRAL-reglerne om voldgift fra 1976. Disse direkte kontraktrettede initiativer i FN regie bærer ingen spor af mainstreaming strategien.

På EU niveau har der været soft law erklæringer om mainstreaming siden begyndelsen af 1990'erne. I den aktuelle EU handlingsplan om kønsligestilling siges det, efter at det er konstateret, at der stadig er strukturel uligestilling, at:<sup>7</sup>

Denne situation kan takles effektivt ved at integrere målsætningen om ligestilling mellem mænd og kvinder i de politikker, som har en direkte eller indirekte betydning for kvinders og mænds tilværelse. Der bør ved udformningen og gennemførelsen af disse politikker tages hensyn til kvinders interesser, behov og ønsker, og disse bør tillægges samme vægt som mænds interesser. **Det er en sådan integrering af**

---

<sup>5)</sup> [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/equ\\_opp/gms\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/gms_en.html).

<sup>6)</sup> Se generelt om mainstreaming i FN regie <http://www.unhchr.ch/women/genderequality.html>.

<sup>7)</sup> Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget 'På Vej mod en EF-rammestrategi for Ligestilling mellem Mænd og Kvinder (2001-2005)', KOM(2000) 335 p 3.

ligestillingsaspektet ("gender mainstreaming" - en fremgangsmåde som Kommissionen vedtog i 1996<sup>8)</sup>), som Kommissionen har til hensigt at gennemføre og konsolidere med dette forslag.

Alle Kommissionens generaldirektorater skal i 2003 inkorporere kønsmainstreaming moduler i sine kompetenceudviklingsplaner for personale på alle niveauer, især management niveauet.<sup>9)</sup>

Ved Amsterdam-Traktaten, der trådte i kraft 1.5.1999, blev mainstreaming-strategien løftet op i retskildehierarkiet fra soft law til traktatniveau, idet princippet om mainstreaming blev traktatfæstet i art 3, stk 2 EF. I præamblen til 2002 ændringen af ligebehandlingsdirektivet<sup>10)</sup> siges det i pkt 4 (min kursivering):

4) Ligestilling mellem mænd og kvinder er et grundlæggende princip i EF-traktatens artikel 2 og artikel 3, stk. 2, og i Domstolens retspraksis. Disse traktatbestemmelser gør ligestilling mellem mænd og kvinder til en opgave for Fællesskabet og noget, det tilstræber, og pålægger Fællesskabet en *positiv forpligtelse* til i alle sine aktiviteter at fremme denne ligestilling.

De nugældende (2003) regler om ligebehandling i forhold til andre kriterier end køn (race, mv) indeholder ikke tilsvarende mainstreaming bestemmelser. I udkastet til forfatningstraktat fra sommeren 2003<sup>11)</sup> afløses art 3, stk 2 EF af art III-3, der ud over køn også handler om race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Mainstreamingprincippet gælder efter art 3, stk 2 EF inden for hele Fællesskabets kompetenceområde, det vil bla sige i forhold til stort alle aspekter af kontraktforhold.

På nationalt niveau varierer reglerne om mainstreaming meget fra land til land. Der er brede mainstreamingpligter for offentlige aktører på næsten alle samfundsområder i de nordiske lande.<sup>12)</sup> Det indebærer bla pligt til at integrere

---

<sup>8)</sup> KOM(96)67.

<sup>9)</sup> Se nærmere COM(2003) 98 p 25.

<sup>10)</sup> 2002/73/EF.

<sup>11)</sup> Se <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.da03.pdf>.

<sup>12)</sup> Se § 1 a i den norske ligestillingslov, <http://www.ligestillingsombudet.no/likestillingsloven/likestillingsloven.html#1a>, § 4 i den finske Jämställdhetslag, på svensk på <http://www.-tasa-arvo.fi/www-sve/lagstiftning/lagstiftning3.html>, og § 4 i den danske ligestillingslov. Se om Sverige, hvor regler findes spredt, Just Progress! Applying gender mainstreaming

kønsligestilling i juridisk forskning og undervisning i offentligt regie, fx i kontraktretten. Ved Oslo Universitet arbejder man aktivt med 'integrasjon av kvinne- og kjønnsperspektivet i de obligatoriske fag ved gjennomføringen av ny studieordning' for jurastudiet.<sup>13</sup>

Private virksomheder i andre roller end arbejdsgiverrollen er derimod meget frit stillede mht, om de vil integrere køn i deres forretningsstrategier med henblik på at forebygge kønsdiskrimination. Mange virksomheder med en professionel afsætningsstrategi foretager markedssegmentering og deler deres potentielle kunder op i kundesegmenter. Det er formentlig almindeligt, at køn indgår som kriterium til afgrænsning af kundesegmenter, hvilket kan føre til, at man tværtimod at forebygge kønsdiskrimination, forskelsbehandler kvindelige og mandlige kundesegmenter, jf nedenfor i afsnit 7 om forskellige kontraktvilkår for kvinder og mænd.

### **3. Forbud mod kønsdiskrimination**

Forbud mod diskrimination pga køn retter sig primært til dem, der anvender regler, og forbyder som hovedregel direkte og indirekte forskelsbehandling, herunder chikane pga køn og seksuel chikane. I retspraksis om diskrimination anlægges ofte et ex post perspektiv.

#### **3.1. Begreb**

Begrebet forskelsbehandling pga køn er udviklet gennem retspraksis, litteraturen og lovgivning i løbet af de sidste 20-30 år, primært i relation til arbejdsmarkedet. I 2002 definerede det ændrede kønsligebehandlingsdirektiv begrebet som omfattende 4 varianter: direkte og indirekte forskelsbehandling og chikane og seksuel chikane.<sup>14</sup>

---

in Sweden, [http://naring.regeringen.se/pressinfo/infomaterial/pdf/N2001\\_052.pdf](http://naring.regeringen.se/pressinfo/infomaterial/pdf/N2001_052.pdf). Se om tysk ret Schiek, Dagmar et al: Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Frankfurt am Main 2002.

<sup>13)</sup> Se nærmere [http://www.jus.uio.no/studier/kvalitetsreform/Kvinne\\_kjonnsperspektiv.doc](http://www.jus.uio.no/studier/kvalitetsreform/Kvinne_kjonnsperspektiv.doc)

<sup>14)</sup> Direktiv 2002/73/EF, der ændrer direktiv 76/207/EØF.

Direkte forskelsbehandling er det forhold, at en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.

Indirekte forskelsbehandling er det forhold, at en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Chikane er det forhold, at der udvises en uønsket adfærd i relation til en persons køn med det formål eller den virkning at krænke denne persons værdighed og skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

Sexchikane er det forhold, at der udvises enhver form for uønsket verbal, ikke-verbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

Efter art 2, stk 8 i 2002 versionen af ligebehandlingsdirektivet kan medlemsstaterne opretholde eller vedtage foranstaltninger i overensstemmelse med art 141, stk. 4, for i praksis at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder. Art 141, stk 4 handler om positiv særbehandling, som har givet anledning til en del domme, og er et meget omdiskuteret emne. Nogle forfattere anser det for en undtagelse fra forbudet mod diskrimination, mens andre betragter det som en afklaring af diskriminationsbegrebet.<sup>15</sup>

---

<sup>15)</sup> Se fx Hellum, Anne og Ruth Nielsen: Menneskerettighederne og EØS-retten på kollisionskurs? - Om adgangen til å øremerke professorater og post doc-stipend for kvinder ved UiO, Kritisk Juss, nr. 1-3 (29), 2002 og Caruso, Daniela: Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives, Jean Monnet Working Paper 10/02, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/021001.pdf>.

## 3.2. Er det forbudt at kønsdiskriminere i kontraktretten?

### 3.2.1. CEDAW

De vigtigste folkeretlige regler om køns kontraktretlige betydning findes i FN's kvindekonvention, CEDAW fra 1979.<sup>16</sup> CEDAW er i dag (pr 30.9.2003) ratificeret af 174 lande, dvs ca 90% af FN's medlemslande, heriblandt alle EU lande. Danmark ratificerede konventionen i maj 1983 og udsendte i den anledning en bekendtgørelse med en dansk oversættelse af konventionen.<sup>17</sup> FN's generalforsamling vedtog i oktober 1999 en optionel (dvs valgfri) protokol til CEDAW,<sup>18</sup> der etablerer individuel klageadgang til et overvågningsorgan (en kvindekomité). I de seneste EU direktiver om diskrimination<sup>19</sup> henvises der til CEDAW i præamblerne. Af disse direktiver er det kun det etniske ligebehandlingsdirektiv, der omfatter visse kontraktforhold uden for arbejdsmarkedet, navnlig adgang til varer og tjenester. De vigtigste kontraktrelevante bestemmelser i CEDAW er, bortset fra art 11 om arbejdsmarkedet, følgende:

Art 5 (a) i CEDAW forpligter de deltagende stater til at tage alle passende forholdsregler for at afskaffe 1) adfærd, som hviler på den opfattelse, at det ene køn er mere eller mindre værd end det andet og 2) adfærd, som hviler på stereotypiske roller for mænd og kvinder.

Art 13 (b) i CEDAW forpligter de deltagende stater til at sikre kvinder de samme rettigheder som mænd, især retten til at optage banklån, belåne fast ejendom og opnå andre former for økonomisk kredit.

Efter art 15, stk 2 og 3 i CEDAW skal de deltagende stater i borgerlige retsforhold tilstå kvinder samme retlige handleevne som mænd og samme muligheder for at udøve denne. De skal især give kvinder ligeret mht at indgå aftaler

---

<sup>16)</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, findes på engelsk, fransk og spansk på <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/e1cedaw.htm>. Status for ratifikationer kan ses på <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>.

<sup>17)</sup> Bekendtgørelse nr 83 af 9.9.1983.

<sup>18)</sup> [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/opt\\_cedaw.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/opt_cedaw.htm). Protokollen trådte i kraft 22.12.2000. Danmark ratificerede protokollen den 31. maj 2000. Se bekendtgørelse nr 5 af 22.2.2001 af valgfri protokol af 6. oktober 1999 til konventionen om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder.

<sup>19)</sup> 2000/43/EF (etnisk ligebehandling), 2000/79/EF (beskæftigelsesdirektivet, ligestilling uanset religion, alder og seksuel orientering) og 2002/73/EF (kønligestilling).

og råde over ejendom, og de skal behandle dem lige på alle processtadier ved domstolene. De deltagende stater er enige om, at alle kontrakter og alle andre private dokumenter, hvis retsvirkning tager sigte på at indskrænke kvinders retlige handleevne, skal anses for ugyldige.

### 3.3.2. EU regler

Der findes omfattende EU regulering af kønsligestilling på arbejdsmarkedet, herunder adgang til at være selvstændig erhvervsdrivende.<sup>20</sup> I forhold til kontraktforhold uden for arbejdsmarkedet findes der kun fragmentariske regler.

EU Domstolen har længe antaget, at retten til ikke at blive diskrimineret pga køn er en grundlæggende ret.<sup>21</sup> I udkastet til EU's forfatningstraktat fra 2003<sup>22</sup> styrkes reglerne om kønsligestilling. Dels optages ligestilling i del I art 2 om Unionens værdier, dels traktfæstes Chartret om grundlæggende rettigheder. Chartrets art 21 indeholder et generelt diskriminationsforbud på alle Fællesskabets områder, der bestemmer, at enhver forskelsbehandling pga køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt. Art 23 handler om kønsligestilling. Der skal sikres ligestilling mellem mænd og kvinder på alle områder.

Der er forbud mod kønsdiskriminerende fjernsynsreklamer og teleshopping i direktivet om 'fjernsyn uden grænser' fra 1989 med ændringer i 1997, der bla

---

20) Se for en liste over og links til de relevante bestemmelser på EU niveau Kommissionens web side om gender equality legislation på [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/equ\\_opp/rights\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/rights_en.html) og for detaljer om medlemslandene General reports of the Legal Experts' Group on Equal Treatment of Men and Women 1997 og 1998 og for de følgende år Bulletin - Legal issues in Equality, der publiceres tre gange årligt på [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/equ\\_opp/rights\\_en.html#let](http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/rights_en.html#let). Se også Nielsen, Ruth: European Labour Law, Copenhagen 2000 Chapter V, Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Ligestillingslovene med kommentarer, Kbhvn 2001, navnlig kap II og Nielsen, Ruth: Europæisk Arbejdsret, Kbhvn 2003 kap VIII med yderligere henvisninger.

21) Se sag 149/77, *Defrenne* (3), Saml 1978 p 1365, forenedesager 75/82 og 117/82, *Razzouk and Beydoun* mod *Kommissionen*, Saml 1984 p 1509, sag C-13/94 *P* mod *S*, *Cornwall County Council*, Saml 1996 I-2143, og sag C-50/96 *Deutsche Telekom AG* mod *Lilli Schröder*, Saml 2000 I-743.

22) <http://european-convention.eu.int/DraftTreaty.asp?lang=EN>.

tilføjede teleshopping, hvorved forstås udsendelse af direkte tilbud til offentligheden med henblik på levering mod betaling af varer eller tjenesteydelser, herunder fast ejendom, rettigheder og forpligtelser.<sup>23</sup>

Kommissionen bebudede i 2000, at den havde til hensigt at foreslå et direktiv, der forbyder kønsdiskrimination på andre områder end arbejdsmarkedet baseret på art 13 EF, der giver EU hjemmel til at vedtage nærmere regler om afskaffelse af diskrimination pga køn (og en række andre kriterier).<sup>24</sup> Et forslag, der oprindeligt skulle dække et bredt spektrum af emner, har været diskuteret i et par år.<sup>25</sup> Under en høring den 10.9.2003<sup>26</sup> tilsluttede Europa Parlamentets udvalg om kvinders rettigheder sig et sådant forslag, mens navnlig medieindustrien og forsikrings- og pensionsbranchen har lobbyet kraftigt imod det.

Den 2.10.2003 meddelte kommissæren for Beskæftigelse (Anna Diamantopoulou) over for medlemmer af Europa Parlamentet, at hun vil fremsætte et forslag til direktiv, der forbyder kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenester, mens andre emner som stereotype kønsroller i medierne, uddannelse, sociale fordele, skat mv foreløbig ikke tages op.<sup>27</sup> Der foreligger ikke i skrivende stund et officielt forslag.

I forhold til kontraktretten er det de emner - handel med varer og tjenester - der står umiddelbart foran et kommissionsforslag, der er mest relevante. Nogle vil måske finde det overraskende, at det er kommissæren for Beskæftigelse, der udarbejder forslag til direktiv om forbud mod kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenester, og ikke fx DG Sanco, der har forbrugerret under sit ressort, eller DG Markt, der har det indre marked som sit område. Det hænger formentlig sammen med, at generaldirektoratet for Beskæftigelse er den af

---

<sup>23)</sup> 89/552/EØF om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv- radiospredningsvirksomhed som ændret ved direktiv 97/36/EF.

<sup>24)</sup> Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget 'På Vej mod en EF-rammestrategi for Ligestilling mellem Mænd og Kvinder (2001-2005)', KOM(2000) 335 afsnit 3.3.1.

<sup>25)</sup> Bla i Kommissionens Network of Legal Experts on the application of Community Law on Equality Between Women and Men, som jeg er dansk medlem. Se om Netværket [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/equ\\_opp/rights/experts\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/rights/experts_en.html).

<sup>26)</sup> Se [http://www.europarl.eu.int/hearings/20030910/femm/pressrelease\\_en.pdf](http://www.europarl.eu.int/hearings/20030910/femm/pressrelease_en.pdf).

<sup>27)</sup> Se nærmere <http://europa.eu.int/comm/commissioners/diamantopoulou/doc/eis02102003.pdf>.

Kommissionens tjenestegrene, der har mest ekspertise i spørgsmål om kønsligestilling og diskrimination. De øvrige art 13 direktiver, herunder det etniske ligebehandlingsdirektiv,<sup>28</sup> der også bla omfatter handel med varer og tjenester, er ligeledes udarbejdet i generaldirektoratet for Beskæftigelse.

### 3.2.3. Nationale regler

I de fleste EU lande er der regler om kønsligestilling, navnlig forbud mod diskrimination, i grundloven. Det er uklart og varierer fra land til land, i hvilken udstrækning forfatningsretlige forbud mod kønsdiskrimination kan gøres gældende mellem private kontraktparter.<sup>29</sup>

Specifikke ligestillingslove, der forbyder diskrimination i forskellige kontraktretlige situationer uden for arbejdslivet, navnlig mht varer og tjenester findes i en række EU lande.

I Danmark findes en sådan regel i ligestillingslovens § 2, der under overskriften 'Forbud mod forskelsbehandling på grund af køn (kønsdiskrimination)' bestemmer, at enhver arbejdsgiver, myndighed eller organisation skal behandle kvinder og mænd lige inden for offentlig forvaltning og erhvervsmæssig og almen virksomhed. Personer, hvis rettigheder efter foranstående krænkes, kan tilkendes en godtgørelse. Der er kun sparsom praksis om bestemmelsens anvendelse uden for arbejdsmarkedet, se nedenfor i afsnit 7 om forskellige kontraktvilkår for kvinder og mænd. Ligestillingsloven er dårligt integreret i hidtidig dansk kontraktretlig litteratur, der forbigår/overser bestemmelsen. Mads Bryde Andersen nævner fx i en generel fremstilling af aftaleretten<sup>30</sup> forbudet mod racediskrimination,<sup>31</sup> men ikke den parallelle regel om kønsdiskrimination i ligestillingslovens § 2.

---

28) 2000/43/EF.

29) Se om tysk ret, hvor den såkaldte Drittwirkung der Grundrechte har spillet en særlig rolle Schiek, Dagmar: Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000.

30) Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende Aftaleret, Kbhvn 2002 s 240.

31) I lbkg nr 626 af 1987 § 1.

Foruden i Danmark findes der forbud mod kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenester i Belgien,<sup>32</sup> Finland,<sup>33</sup> Holland,<sup>34</sup> Irland<sup>35</sup> og England.<sup>36</sup> Udover disse udtrykkelige forbud mod kønsdiskrimination kan en række formelt køns-neutrale kontraktregler formentlig fortolkes som indeholdende forbud mod køns-diskrimination. I de fleste lande er der dog stort set hverken praksis eller litteratur herom.<sup>37</sup>

#### 4. Rets- og handleevne

CEDAW indeholder som nævnt i art 15 en regel om, at kvinder skal have samme retlige handleevne som mænd og samme muligheder for at udøve den. Kvinder skal have ligeret med mænd mht at kunne indgå aftaler og råde over ejendom.

I de nugældende EU regler er spørgsmålet om rets- og handleevne kun marginalt reguleret. Det vil formentlig stride mod direktivet om ligebehandling for selvstændige,<sup>38</sup> hvis kvinder, der ønsker at drive selvstændig erhvervsvirksomhed, afskæres fra at indgå de i den sammenhæng relevante kontrakter, herunder vedrørende fast ejendom.

I Danmark (og nogenlunde tilsvarende i de fleste europæiske lande) blev kvinder

---

32) Lov af 25.2.2003. Loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des changes et la lutte contre le racisme. § 4 bestemmer: Toute discrimination directe ou indirecte est interdite, lorsqu'elle porte sur la fourniture ou la mise à la disposition du public de biens et de services.

33) Se 7 § i den finske Jämställdhetslag.

34) En uofficiel oversættelse til engelsk af den hollandske ligestillingslov findes på <http://www.cgb.nl/english/asp/awgb.asp>.

35) Equal Status Act 2000, <http://www.odei.ie/Web-Images/EqualStatusAct2000.pdf>.

36) Se Section 29 on Discrimination in provision of goods, facilities or services i Sex Discrimination Act 1975 (as amended), på <http://www.eoc.org.uk/cseng/legislation/sda.pdf>.

37) Se for en diskussion i forhold til tysk ret Schiek, Dagmar: Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000.

38) 86/613/EØF.

myndige i 2. halvdel af det 19. og første halvdel af det 20. århundrede.<sup>39</sup> Som en grov hovedregel er kravene i CEDAW art 15, stk 2 herefter opfyldt i moderne europæisk aftaleret. På delområder er der dog stadig problemer.

Den danske landbrugslovs § 16, stk 3 bestemmer, at det maksimale antal landbrugsejendomme, som kan erhverves af 'erhververen, dennes ægtefælle eller børn under 18 år', er tre. De fleste, der afskæres fra at kunne købe landbrugsejendomme, fordi deres ægtefælle allerede ejer tre ejendomme, er gifte kvinder, hvilket er indirekte kønsdiskrimination i den betydning begrebet har i køns-ligestillingsdirektivene. Direktivet om ligebehandling for selvstændige<sup>40</sup> gælder bla landbruget, der eksplicit er nævnt i direktivet. Den nugældende danske landbrugslov strider både mod CEDAW art 15 og mod dette direktiv.<sup>41</sup> I 2003 udarbejdede et udvalg under Fødevareministeriet forslag<sup>42</sup> til forenklinger i jordlovgivningen. Her foreslås den indirekte diskrimination af gifte kvinder i den nugældende landbrugslov afskaffet.

## **5. Stereotype kvindebilleder i den prækontraktuelle fase**

### **5.1. Det kommende art 13 direktiv om forbud mod kønsdiskrimination og andre EU regler**

Spørgsmålet, om det er eller bør være tilladt at benytte stereotype kvindebilleder i opfordringer til at gøre tilbud (i reklamer mv) og i tilbud, fx i forbindelse med teleshopping eller på internettet, har været et af de mest kontroversielle i den hidtidige debat om Kommissionens planer om et nyt art 13 direktiv om forbud mod kønsdiskrimination uden for arbejdsmarkedet. Advisory Committee on Equal Opportunities for women and Men udtalte herom i februar 2002.<sup>43</sup>

---

<sup>39)</sup> Ugifte kvinder blev myndige i Danmark i 1859, gifte kvinder i 1899, men ægtemanden rådede over hele fællesboet indtil Retsvirkningsloven af 1925. Se nærmere Dübeck, Inger: Kvinder, familie og formue, Kbhvn 2003.

<sup>40)</sup> 86/613/EØF.

<sup>41)</sup> Se for samme opfattelse vedr sidstnævnte Neergaard, Ulla: Landbrugsloven på kant med EU retten?, U 2002 B 213.

<sup>42)</sup> Betænkning nr 1429, juli 2003. Forenklinger i jordlovgivningen, Betænkning fra Udvalget vedrørende forenklinger i jordlovgivningen.

<sup>43)</sup> Se [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/equ\\_opp/strategy/advcom05.pdf](http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/strategy/advcom05.pdf).

The new Directive should require Member States to:  
take appropriate measures to promote diversity and a realistic picture of the skills and potential of men and women in society;  
prohibit all commercial advertising that conflicts with the inherent equality between women and men, and ensure, that commercial advertisements do not imply any derogatory judgement or degrading sexual images of either sex or portray a woman or a man in an offensive manner.

Som nævnt meddelte kommissæren for Beskæftigelse den 2.10.2003, at hun droppede medieaspektet af det kommende art 13 direktiv, jf følgende:<sup>44</sup>

Employment and Social Affairs Commissioner, Anna Diamantopoulou confirmed to MEPs on October 2 that she would be going ahead with her controversial proposal on gender equality. However, much to the disappointment of women's rights groups, she will limit the draft legislation to access to goods and services. This means that the law will not cover advertising or images of women in the media. "Mrs Diamantopoulou recognises that there are many different forms of discrimination, but there is no legal basis to propose a law banning sexual stereotyping", said her spokeswoman. "However, the Commissioner is happy to have provoked debate on the subject."

Kommissionen valgte således at anse brug af stereotype kønsroller i forbindelse med salg for at falde uden for diskriminationsbegrebet i den betydning, det har i art 13 EF. Hvis brug af stereotype kønsroller ikke anses for diskrimination, er der ikke hjemmel i art 13 EF til at vedtage et direktiv om eliminering af stereotype kønsroller, men muligvis i andre bestemmelser, fx art 95 EF.

Der er som nævnt forbud mod kønsdiskriminerende fjernsynsreklamer og tele-shopping i direktivet om 'fjernsyn uden grænser'.<sup>45</sup> Direktivets art 12 bestemmer, at fjernsynsreklamer og teleshopping ikke må a) krænke den menneskelige værdighed eller b) være diskriminerende med hensyn til race, køn, religion eller nationalitet. Efter art 22a skal medlemsstaterne sørge for, at udsendelserne ikke på nogen måde tilskynder til had pga race, køn, religion eller nationalitet. Der pågår en høring om revision af fjernsynsdirektivet.<sup>46</sup> Europa Parlamentet vedtog

---

<sup>44)</sup> Se nærmere <http://europa.eu.int/comm/commissioners/diamantopoulou/doc/eis02102003.pdf>.

<sup>45)</sup> 89/552/EØF om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv- radiospredningsvirksomhed som ændret ved direktiv 97/36/EF.

<sup>46)</sup> Se nærmere [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/review-twtf2003/consult\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/review-twtf2003/consult_en.htm).

i 1997 en resolution om 'discrimination against women in advertising'.<sup>47</sup> Kønsskridisrimination i andre medier er ikke eksPLICIT forbudt i gældende EU ret. E-handelsdirektivets<sup>48</sup> art 3, stk 4-6 indeholder dog en regel, hvorefter modtagerlandet har en vis mulighed for at nægte at acceptere en onlinetjeneste, selv om den opfylder etableringslandets krav, hvis det er nødvendigt for at bekæmpe enhver tilskyndelse til had pga bla køn.

## 5.2. CEDAW

Kommissionens ovennævnte fortolkning, hvorefter der ikke er hjemmel i art 13 EF til at forbyde brug af stereotype kønsroller i salgsmateriale, er snæver i lyset af CEDAW, som alle EU lande er bundet af. Efter CEDAW art 5 skal kontraherende stater som nævnt tage alle egnede midler i anvendelse for at afskaffe 1) adfærd, som hviler på den opfattelse, at det ene køn er mere eller mindre værd end det andet og 2) adfærd, som hviler på stereotype roller for mænd og kvinder. Efter CEDAW er der pligt til at eliminere stereotype kønsroller, uanset om disse kan opfattes som ringeagtende over for det ene eller det andet køn, og dermed har karakter af chikane i ligebehandlingsdirektivets forstand, jf foran, eller om de, som led i en moderne kvinderettet markedsføringsstrategi giver et smukt, positivt, måske idealiseret, men stereotyp, billede af kvinder.

I den danske oversættelse af CEDAW, der ikke har nogen retlig gyldighed, da dansk ikke er autentisk FN-sprog,<sup>49</sup> er udtrykket stereotype roller for mænd og kvinder ('stereotyped roles for men and women'), der benyttes i originalversionerne, ændret til 'fastlåste kønsroller', der i mine øjne giver noget andre associationer end 'stereotype roller'.<sup>50</sup> En stereotypi er beregnet til at fremstille et større antal eksemplarer. Hvis kvinder eller mænd henføres under stereotype roller, får de ikke en individuel behandling, se også nedenfor om individuelle

---

47) Europa Parlamentet vedtog i 1997 A4-0258/1997. Resolution on discrimination against women in advertising.

48) 2000/31/EF. Se generelt om direktivet Nielsen, Ruth: E-handelsret, Kbhvn 2001.

49) CEDAW's autentiske tekst er - ligesom det gælder for andre FN konventioner - den engelske, franske, spanske, arabiske, kinesiske og russiske version.

50) I den grafiske industri brugte man indtil for få år siden stereotypier af bly ved trykning af aviser, tryksager mm. Når dagens avis var produceret, smeltede man stereotypien, og brugte det samme bly til at lave en ny stereotypi til næste dags avis. Stereotype roller er i en teknologinær forståelse af udtrykket letomsmeltelige roller. De er - ligesom blystereotypier - ikke fastlåste eller uforanderlige over tid.

eller kønsbestemte vilkår i pensions- og forsikringskontrakter. Udvalget af stereotype roller er mindre mangfoldigt end udvalget af individualiserede roller. I forslaget om eliminering af kønsrollestereotyper fra Advisory Committee on Equal Opportunities for women and Men, der er citeret foran, fremhæver man, at der bør tages 'appropriate measures to promote diversity and a realistic picture of the skills and potential of men and women in society.'

Inkorporering af CEDAW i national ret diskuteres i disse år. I Danmark drøftedes det i betænkningen om inkorporering af menneskerettighedskonventioner fra 2001.<sup>51</sup> Udvalget foreslog, at CEDAW ikke for tiden bør inkorporeres. Det forhold, at konventionen indeholder bestemmelser, der i vidt omfang pålægger medlemsstaterne positive pligter taler efter udvalgets opfattelse imod en inkorporering. Som eksempel på en positiv forpligtelse, man anser for uegnet til inkorporering, nævner udvalget art 5 (a).

I Norge har barne- og familiedepartementet udsendt et høringsnotat om indarbejdning af CEDAW i norsk ret.<sup>52</sup> Her anbefales lovgivning mod kønsstereotype reklamer til gennemførelse af art 5(a) i CEDAW,<sup>53</sup> og man rejser spørgsmålet, om kønsdiskriminerende reklamer bør flyttes fra markedsføringslovgivningen til ligestillingslovgivningen for at sikre, at CEDAW art 5(a) overholdes mere effektivt.

### 5.3 Dansk ret

I dansk ret kan brug af stereotype kønsroller i salgsøjemed være i strid med markedsføringslovens § 1, ligestillingslovens § 2 eller, hvis der er tale om fjernsynsreklamer, bekendtgørelsen om reklame og sponsorering i radio og fjernsyn.<sup>54</sup>

Der foreligger ingen praksis om overtrædelse af ligestillingsloven i denne sammenhæng. Forbrugerombudsmanden har udsendt retningslinier vedrørende køns-

---

<sup>51)</sup> Betænkning 1407/2001, justitsministeriet oktober 2001, findes på justitsministeriets hjemmeside på <http://www.jm.dk/wimdoc.asp?page=document&objno=61608>.

<sup>52)</sup> <http://odin.dep.no/bfd/norsk/publ/hoeringsnotater/004051-080017/index-dok000-b-n-a.html>.

<sup>53)</sup> Det siges i pkt 3.4.2.1 Kvinnekonvensjonen artikkel 5 – Spørsmål om innføring av lovgivning mot kjønnsstereotyp reklame: Barne- og familiedepartementet ønsker å transformere/synliggjøre kvinnekonvensjonen artikkel 5 i likestillingsloven.

<sup>54)</sup> Bkg nr 194 af 20.3.2003.

diskriminerende reklame.<sup>55</sup> Reklamer, der på nedsættende eller ringeagtende måde afbilder kvinder eller mænd, herunder reklamer, hvor personer reduceres til sexobjekter, eller hvor kønnet i øvrigt anvendes på en nedværdigende eller kønsdiskriminerende måde, er ifølge Retningslinierne i almindelighed uforenelige med god markedsføringsetik. Hvis køn bruges på den måde, er der tale om chikane i ligebehandlingsdirektivets forstand, se om begrebet kønsdiskrimination foran i afsnit 3.1. Forbrugerombudsmanden og radio- og tv-nævnet har taget stilling til nogle enkeltsager.<sup>56</sup> Tendensen i praksis er i overensstemmelse med ovennævnte retningslinier, at brug af stereotype kvinde billeder kun anses for stridende mod markedsføringsloven eller reklamebekendtgørelsen vedrørende fjernsyn, hvis de virker nedsættende eller ringeagtende. Selv om Danmark har valgt ikke at inkorporere CEDAW i dansk ret, er der efter fortolkningsreglen<sup>57</sup> pligt til i videst muligt omfang at fortolke dansk ret i overensstemmelse med den. CEDAW kræver både, at det skal være forbudt at nedværdige det ene eller det andet køn, og at stereotype roller for kvinder og mænd skal elimineres. Markedsføringslovens § 1 og reklamebekendtgørelsen vedrørende fjernsynsreklamer skal fortolkes i lyset af CEDAW art 5(a), således at de bidrager til at eliminere stereotype kvinderoller. Det sker i praksis formentlig kun i relation til negative og nedværdigende varianter af stereotype kønsroller, men ikke i forhold til smukke, positive og anerkendende fremstillinger af stereotype kvinderoller.

Stereotype kvinde billeder er formentlig stort set kun relevante i forbindelse med forbruger køb og ikke i Business to Business handel. I marketing litteratur skønnes det, at op mod 85% af beslutningerne om køb i forbruger køb træffes af kvinder.<sup>58</sup> Et af midlerne er at vise smukke, halvpornografiske billeder af kvinder, der stimulerer kvindelige køberes lyst - til at købe og til at ligne billederne. Hirdman<sup>59</sup> fremhæver om brugen af erotiserede kvinde billeder i medierne således:

---

<sup>55)</sup> [http://www.fs.dk/jura/loveregl/mfl/rt\\_koens.htm](http://www.fs.dk/jura/loveregl/mfl/rt_koens.htm).

<sup>56)</sup> Se nærmere på [www.fs.dk](http://www.fs.dk) og [www.mediesekretariat.dk](http://www.mediesekretariat.dk).

<sup>57)</sup> Se om denne fx Nielsen, Ruth: Retskilderne, Kbhvn 202 s 56.

<sup>58)</sup> Se fx Quinlan, Mary Lou: Just Ask a Woman - cracking the code of what women want and how they buy, New York 2003 p 1. Se også <http://www.ewowfacts.com>.

<sup>59)</sup> Citeret fra omtalen af et conferenceindlæg af Anja Hirdman om pornografisering af det offentlige rum på <http://www.genus.gu.se/aktuellt/porr.htm>. Hele indlægget Anja Hirdman: Medialiseret seksualitet kan læses på <http://www.nikk.uio.no/porno-grafisering-hirdman.html>.

‘Den mjuka pornografin har till syfte att sexualisera konsumtionen, att skapa ett begär efter konsumtion .. Mjukpornografins erotiska kvinnokropp framställs som en idealiserad bild av kvinnor, för kvinnor. Med sin förmåga att väcka begär lockar hon både till varuköp och till efterliknelse.’

Sådanne framställningar strider formentlig mod CEDAW, men behandles i Forbrugerombudsmandens og radio- tv-nævnets praksis normalt som om, de er lovlige.

## 6. Kontraktindgåelse

Den ligeret mht at indgå aftaler, kvinder skal have efter CEDAW art 15, indebærer, at kontraktindgåelsesprocessen skal være baseret på kønsligestilling. Det betyder, at der skal tages hensyn til køn, i den udstrækning det er nødvendigt, for at kvinder og mænd får reelt lige muligheder for at indgå kontrakter og derudover handles uden forskelsbehandling pga køn (direkte, indirekte, chikane og seksuel chikane).

### 6.1. Tvang

Den italienske Civillovbog (Codice Civile) indeholder bestemmelser om tvang (Violenza) ved indgåelse af kontrakter i art 1434 og 1435. Her tages der eksplisit hensyn til normale kønsforskelle i reglen. Efter art 1435 i Civil Code er tvang karakteriseret på følgende måde (min kursivering):

Duress must be of such a nature as to impress a reasonable person and to cause him to fear that he or his property will be exposed to an unjust and considerable injury. In this respect, the age, sex and condition of the persons shall be considered.<sup>60</sup>

Det samme gælder formentlig i lande som fx Danmark, hvor tvangsreglerne i aftalelovens §§ 28 og 29 er formuleret uden at nævne køn.

---

<sup>60)</sup> Den engelske oversættelse er taget fra Gordley, James(Editor). Enforceability of Promises in European Contract Law. Port Chester, NY, USA: Cambridge University Press, 2001, p 228. Den italienske original lyder: Art 1435 Caratteri della violenza. La violenza deve essere di tal natura da far impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre se o i suoi beni a un male ingiusto è notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone, se [http://www.jus.unittn.it/-cardozo/Obiter\\_Dictum/home.html](http://www.jus.unittn.it/-cardozo/Obiter_Dictum/home.html)

## 6.2. Udnyttelse. Forbrugerkredit. Kautitionerende hustruer

Problemer vedr kautitionerende hustruer har været behandlet både i litteraturen<sup>61</sup> og i domspraksis i de senere år. I *Royal Bank of Scotland v Etridge (AP)*<sup>62</sup> opstillede House of Lords procedurer, der skal følges af banker og andre udlånere, hvis de ikke vil mødes med indsigelser fra en hustru om, at kontrakten skal sættes til side, fordi den er blevet til ved 'undue influence'<sup>63</sup> fra ægtemanden. House of Lords fastslog, at når relationen mellem en låntager og en kautionist er 'non-commercial', som fx når en hustru kautionerer for ægtemandens gæld, skal hustruen modtage uafhængig rådgivning for, at udlåneren kan undgå tilsidesættelse af kontrakten pga 'undue influence'.

I nugældende ret er forbrugerkaution rent nationalt anliggende. Kommissionen fremsatte imidlertid i 2002 forslag til direktiv om forbrugerkredit,<sup>64</sup> som vil harmonisere reglerne om forbrugerkaution i EU. Uanset Kommissionens mainstreamingpligt efter art 3, stk 2 EF, er kønsperspektivet ikke integreret i forslaget. Den informationspligt for kreditgivere, der foreskrives i art 6 i forslaget til direktiv om forbrugerkredit omfatter ikke - som krævet af House of Lords i forhold til engelsk ret - er krav om uafhængig rådgivning. Forslaget vil derfor, hvis det gennemføres, sænke standarden for beskyttelse af kautitionerende hustruer sammenlignet med den standard, der er udviklet i engelsk retspraksis uden nogen diskussion af, hvorfor denne gruppe skal stilles dårligere end den tidligere har været. Forslaget til direktiv om forbrugerkredit er baseret på total harmonisering. Det vil derfor ikke være muligt for medlemslande som fx England at fastholde et højere niveau for beskyttelse af forbrugerkautionister.

---

<sup>61)</sup> Se fx Debra Morris: *Surety Wives in the House of Lords: Time for Solicitors to 'Get Real'?* *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No. 2)* [2001] 4 All E.R. 449, *Feminist Legal Studies* 2003 p 57, Geary, David: *Notes on Family Guarantees in English and Scottish Law - A Comment*, *European Review of Private Law* 2000 p 25 og Fehlberg, Belinda: *Sexually transmitted debt - Surety experience and English law*, Oxford 1997.

<sup>62)</sup> <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011011/etridg-1.htm>, 11 October 2001 [2001] UKHL 44

<sup>63)</sup> I dansk ret er det nærmest aftalelovens § 31, der svarer til det engelske begreb 'undue influence'.

<sup>64)</sup> KOM(2002)443.

### 6.3. Referenceforbruger (almindelig, oplyst forbruger, mfl)

EU Domstolen har i relation til de forbrugerretlige direktiver udviklet et begreb om den gennemsnitlige, almindelige oplyste forbruger. Forslaget til direktiv om urimelig handelspraksis<sup>65</sup> anvender dette begreb, der anses for udtryk for proportionalitetsprincippet, frem for den udsatte eller atypiske forbruger i situationer, hvor en handelspraksis er rettet mod eller når ud til forbrugere i almindelighed. Det justeres, når en handelspraksis er særligt målrettet efter en speciel gruppe (fx børn), idet referenceforbrugeren i sådanne tilfælde vil være et gennemsnitsmedlem af en sådan gruppe. Det forventes at sikre et redskab, i kraft af hvilket der kan tages højde for målgruppernes sociale, kulturelle eller sproglige karakteristika. I tilfælde, hvor virksomheder markedssegmenterer efter køn, vil det betyde, at der ved vurderingen af, hvad der kan forventes af en forbruger skal tages hensyn til køn.

### 6.4. Adgang til kredit

CEDAW art 13 (b) kræver som nævnt eksplicit, at de kontraherende stater skal sikre kvinder samme adgang til kredit som mænd har.

I lande som fx Danmark, hvor der i ligestillingsloven er forbud mod kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenester, er det forbudt at forskelsbehandle pga køn ved erhvervsmæssig kreditgivning. Hvis en sådan forskelsbehandling foreligger, vil den i Danmark stride mod ligestillingslovens §2 og også mod god skik reglen i § 43 i lov om finansiel virksomhed.

Det forekommer formentligt sjældent eller aldrig, at kreditgivning åbent knyttes til kønskriterier, men de kreditvurderinger, der ligger til grund for afgørelse af, om der skal tilbydes kredit fx til opstart af virksomheder, beror på en flerhed af forhold, der kan rumme skjult diskrimination. Transparensen - gennemskueligheden - i kreditvurderingsprocessen er ofte lav.

Navnlig på forbrugerkreditområdet er der transparenskrav,<sup>66</sup> der skal sikre, at

---

<sup>65)</sup> Forslag til direktiv om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af direktiverne 84/450/EØF, 97/7/EF og 98/27/EF, KOM(2003) 356.

<sup>66)</sup> Se 87/102/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forbrugerkredit som ændret ved 90/88/EØF 98/7/EF og for Danmarks vedkommende kreditaftaleloven

forbrugeren kan overskue, hvor byrdefuld kreditten bliver, men der er ikke transparenskrav, der sikrer mod diskrimination ved adgangen til kredit. Også på erhvervskreditområdet gælder visse transparenskrav efter lov om finansiel virksomhed og bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder.<sup>67</sup>

Det er en ofte fremsat formodning, at der skjuler sig en vis indirekte kønsdiskrimination i uigennemskuelige kreditvurderinger. Denne formodning er blevet bekræftet ved en undersøgelse af en række professionelle rådgiveres erfaringer på området, som Erhvervsfremme Styrelsen har gennemført.<sup>68</sup> Undersøgelsen er baseret på interview dels med nogle banksatte, fx kreditchefer, dels nogle rådgivere, der er uafhængige af bankerne, fx revisorer mfl. Det nævnes i rapporten, at nogle kvindelige iværksættere stilles spørgsmål om familie og private forhold af bankerne, som de mandlige aldrig bliver stillet. Begge grupper af interviewpersoner var enige om, at der på nogle af de centrale områder for at opnå finansiering af virksomhedsstart er forskel på kvindelige og mandlige iværksættere. De kvindelige iværksætteres branchevalg stiller dem mindre fordelagtigt i finansieringssituationen. Kvinderne vælger brancher inden for typiske servicefag, som ofte ikke har noget særligt vækstpotentiale. Det kom også frem, at kvinder ofte er et ukendt ansigt i banken og af den grund kan have sværere ved at opbygge den nødvendige tillid. Bankrådgiverne mener, at personlig kontakt, netværk og dermed evnen til at skabe tillid er det væsentligste kriterium for finansiering. Sammenfattende var rådgivernes vurdering, at kvinderne faktisk bliver behandlet anderledes end mænd under mødet med banken, samt at bankerne ikke udviser den samme tillid og tro på kvindernes forretningsmuligheder af såvel branchemæssige som personlige og familiemæssige årsager.

Under overskriften barrierer for kvindelige iværksættere fremhæves i rapporten, at kvinder er ukendte ansigter i bankerne, samt at de søger om mindre lån end mænd, og derfor er mindre interessante. Endelig nævnes, at en ung mandlig erhvervsrådgiver i banken kan have svært ved at forstå de ofte 10 til 20 år ældre kvindelige iværksætteres projekter. Hvis der sker diskrimination, kan det være en kombination af alders- og kønsdiskrimination.

Rapporten diskuterer ikke mainstreaming af kønsligestilling i bankernes kreditgivningspolitik, således at bankerne tilpasser deres tilbud til kvindelige iværk-

---

<sup>67)</sup> Bkg nr 604 af 26.6.2003.

<sup>68)</sup> Bankers relationer til iværksætterkvinder. Erhvervsfremme Styrelsens analyse Iværksætterkvinder nu og i fremtiden, Kbhvn september 2000, på <http://www.efs.dk/publikationer/rapporter/bankers.dk/index.html>.

sættere i samme grad som til mandlige. Efter gældende dansk ret er det tvivlsomt, om der er pligt hertil. Der er som nævnt foran i afsnit 2 ingen eksplicit mainstreamingpligt for private virksomheder, men kravet i § 43 i lov om finansielle virksomheder om, at finansielle virksomheder skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet indebærer formentlig, at køn i rimeligt omfang skal medtænkes i bankernes forretningspraksis. Der er desuden en flydende overgang mellem forbud mod indirekte kønsdiskrimination og pligt til at mainstreame køn med henblik på at forebygge diskrimination.

## **7. Forskellige kontraktvilkår for kvinder og mænd**

### **7.1. Generelt**

I Danmark følger det af ligestillingslovens § 2, at kontraktvilkår som udgangspunkt skal være lige for kvinder og mænd. Ligestillingsnævnet har fundet,<sup>69</sup> at en teletjenestes forskellige takster bestemt efter køn ved formidling af telefonkontakt var i strid med ligestillingslovens § 2.

I lande, som fx Sverige, hvor der ikke er en specifik ligestillingslov om emnet, kan samme resultat formentlig nås ved anvendelse af generelle aftaleretlige regler. I Sverige vil et kønsbestemt kontraktvilkår formentlig ofte kunne tilsidesættes efter aftalelovens § 36.

### **7.2. Pension og forsikring**

Både det europæiske<sup>70</sup> og det danske pensionssystem består af tre dele: 1) Sociale ordninger (i Danmark folkepension, førtidspension, ATP, SP (Den Særlige Pensionsopsparing), LD (Lønmodtagernes Dyrtdsfond) og efterløn), 2) Arbejdsmarkedspensioner, herunder firmapensioner (disse pensionsordninger er aftalt mellem parterne på arbejdsmarkedet som led i kollektive overenskomster eller mellem en virksomhed og dens ansatte) og 3) private ordninger, den enkelte

---

<sup>69)</sup> Afgørelse nr 1/2002, på [http://www.ligenaevn.dk/afgoerelser/afgoerelse\\_1\\_2002.htm](http://www.ligenaevn.dk/afgoerelser/afgoerelse_1_2002.htm).

<sup>70)</sup> Se nærmere Kommissionens web site om Adequate and Sustainable Pensions, [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/soc-prot/pensions/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-prot/pensions/index_en.htm).

selv opretter i forsikringsselskaber og pengeinstitutter. De individuelle ordninger er ofte kapital- eller ratepensionsordninger, men kan også være løbende livsvarige pensioner.<sup>71</sup>

Kønsligstilling i arbejdsmarkedspensioner er reguleret i direktiver<sup>72</sup> og lovgivning. I Danmark blev der fra 1999<sup>73</sup> indført tvungent unisex-grundlag for arbejdsmarkedspensioner, således at de pensionsydelse, kvinder modtager, ikke påvirkes negativt af, at kvinder som gruppe har en højere forventet levealder end mænd.

Som omtalt foran definerer ligebehandlingsdirektivet direkte forskelsbehandling som det forhold, at *en person* (min kursivering) behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation. I forhold til arbejdsmarkedet er det fast antaget i retspraksis, at det indebærer et krav om individuel behandling. Ifølge bemærkningerne til den oprindelige danske ligebehandlingslov<sup>74</sup> er det et grundlæggende princip i ligebehandlingen, at ethvert individ skal vurderes ud fra sine egne forudsætninger, uanset hvilket køn det tilhører. Dette medfører eksempelvis, at det vil være i strid med loven, hvis man, når et job kræver stor fysisk styrke, foretrækker mænd ved ansættelsen, fordi disse gennemsnitlig måske er stærkere, eller når man foretrækker kvinder til et job, der kræver fingerfærdighed, fordi mænd gennemsnitligt er ringere i denne henseende end kvinder. En individuel vurdering er i sådanne situationer nødvendig.

På pensions- og forsikringsområdet er der en del virksomheder, der tager hensyn til statistiske forskelle mellem kvindegruppen og mandsguppen, og sætter kontraktvilkårene for en individuel kvinde eller mand på grundlag af deres kønstilhørsforhold. Hvis en kvinde fx vil købe en livrente i et forsikringsselskab, vil hun typisk ikke kunne opnå samme vilkår som en mand. Det vil sige, at der

---

71) Redegørelse om kvinders pensionsmæssige stilling, Økonomi- og Erhvervsministeriet, Beskæftigelsesministeriet, Finansministeriet, Social- og Ligestillingsministeriet, september 2003, hvor det s 28 oplyses, at i 2001 gik knap 82 procent af de individuelle indbetalinger til kapital eller -ratepension.

72) Ligebehandling med hensyn til erhvervstilknyttet social sikring (86/378/EØF med ændringer 96/97/EF).

73) Lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger, Lbkg nr 775 af 29.8.2001.

74) Folketingstidende 1977-78, Tillæg A sp 3087.

begås direkte kønsdiskrimination som defineret i ligebehandlingsdirektivet.<sup>75</sup> Det er muligt, at det i Danmark vil blive anset for stridende mod ligestillingsloven, hvis spørgsmålet bliver forelagt domstolene. Der foreligger ingen praksis. Problemet var kendt ved vedtagelsen af ligestillingsloven i 2000, da det parallelle problem om indførelse af unisex-beregninger i arbejdsmarkedspensioner kort før var afgjort ved lov. Man undlod at tage stilling både i ligestillingslovens tekst og i forarbejderne. Diskriminationsbegrebet er ikke nærmere defineret i den danske ligestillingslov.

Tilsvarende problem foreligger fx med hensyn til bilforsikringer, hvor ulykkesstatistik viser, at unge mænd forårsager flere ulykker end andre køns- og aldersgrupper, hvilket får mange selskaber til at pålægge enhver ung mand at betale mere i præmie for en bilforsikring end en hvilken som helst ung kvinde.

I forhold til det kommende art 13 direktiv om forbud mod kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenester har kommissæren for Beskæftigelse (Anna Diamantopoulou) som nævnt den 2.10.2003 meddelt, at hun vil fremsætte forslag til direktiv, og hun har klart bebudet, at det skal bygge på samme definition af diskrimination som ligebehandlingsdirektivet fra 2002, og at det skal omfatte pension og forsikring. I presseomtalen fremhæves da også disse områder.<sup>76</sup>

The proposal in its current form is likely to have a particular effect on access to pensions and insurance. However, it may also mean that women and men could end up paying the same amount for things such as haircuts.

## 8. Ansvar

### 8.1. Culpastandarden (bonus pater mfl)

Culpareglen er stadig i mange sammenhænge den grundlæggende ansvarsregel såvel i som uden for kontrakt. Historisk er den begyndt med udgangspunkt i en mandlig standard (en bonus pater familias). I litteraturen har der været udtrykt forskellige vurderinger af, om standarden er (blevet) den samme for kvinder og

---

<sup>75)</sup> 2002/73/EF.

<sup>76)</sup> Se nærmere <http://europa.eu.int/comm/commissioners/diamantopoulou/doc/eis02102003.pdf>.

mænd. Henry Ussing antog i sin disputats Skyld og Skade fra 1914,<sup>77</sup> at culpa-standarden (primært uden for kontrakt) må tilpasses normale forskelle mellem kvinder og mænd, således at der gælder forskellig culpamålestok for de to køn. Han argumenterede på følgende måde:

Normalt ville Ansvarsreglen sikkert blive uden Virkning, hvor den stillede Krav, der gik udover, hvad der er det sædvanlige for Mennesker ... af det pågældende Køn. .... Heller ikke den anden Betragtning - om Reglens generelt opdragende Betydning - gælder her; man kan dog ikke gøre Kvinde til Mand eller omvendt...

Tilsvarende besvarede Gomard (uden at sondre mellem erstatning i og uden for kontrakt) i 1958<sup>78</sup> spørgsmålet, om culpareglen skærer alle mennesker over en kam, på følgende måde:

Dette går næppe altid an. Man kan ikke på grundlag af en antagelse om, at en bonus pater ville have optrådt anderledes, fastslå at der foreligger uagtksomhed, dersom en kvinde snubler på vej nedad en stige eller en stejl trappe med højhælede sko eller besvimer ved synet af en mus.

Borum tog i 1953 afstand fra Ussings syn på kønnets betydning i erstatningsretten, jf følgende citat:<sup>79</sup>

Kønnet tror jeg ikke har nogen betydning i erstatningsretten. Efter den frihed og selvstændighed som kvinder har under nutidens samfundsliv, kan jeg vanskelig tænke mig, at den omstændighed at skadevolderen er en kvinde, skulle kunne føre til en anden bedømmelse end hvis det var en mand.

## 8.2. Chikane og seksuel chikane

Kønsdiskrimination omfatter som nævnt, som det defineres i ligebehandlings direktivet,<sup>80</sup> direkte og indirekte diskrimination, chikane og seksuel chikane. I litteraturen behandles chikane og seksuel chikane ofte som spørgsmål om erstat-

---

77) Ussing, Henry: Skyld og skade, Kbhvn 1914 p 48 ff. Citatet er fra s 49.

78) Gomard, Bernhard: Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktforhold, Kbhvn 1958 p 408.

79) Borum, O A: Personretten, Kbhvn 1953 s 34.

80) 2002/73/EF.

ning uden for kontrakt snarere end som et kontraktspørgsmål.<sup>81</sup> Seksuel chikane er formentlig et emne, hvor der ofte er forskel på, hvad en almindelig fornuftig kvinde og mand anser for rimeligt. I anglo-amerikansk litteratur og praksis har man diskuteret en 'reasonable woman' standard i sådanne sager.<sup>82</sup>

---

<sup>81)</sup> Se fx Conaghan, Joanne and Wade Mansell: *The wrongs of tort*, London 1999, især Chapter 7 om *Feminist Perspectives on Tort Law: Remediating Sexual Harassment and Abuse*.

<sup>82)</sup> Se fx Robert S Adler and Ellen R Peirce: *The legal, ethical, and social implications of the "reasonable woman" standard in sexual harassment cases*, *Fordham Law Review* 1993 p 773 og Steven P Scalet: *Fitting the People They are Meant to Serve: Reasonable Persons in the American Legal System*, *Law and Philosophy* 2003 p 75.



# Lovvalg i ophavsretstvister

af

Thomas Riis

Ophavsretten er ligesom de øvrige immaterialrettigheder territorielt afgrænset. Det fremgår af Bernerkonventionens art. 5, stk. 2, at

“... the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed.”<sup>1</sup>

Derfor siges der at gælde et *territorialitetsprincip* i ophavsretten.<sup>2</sup> Udtrykket “country where protection is claimed” kan dels henvises til forumstaten, dels til det land hvor den påståede krænkelse har fundet sted. Det er bredt accepteret at det er den sidstnævnte fortolkning der er den rette,<sup>3</sup> og det betyder at den danske ophavsretslov udelukkende er anvendelig på ophavsretlig relevante handlinger der finder sted i Danmark. Dvs. at det er *udnyttelsesstedets* lov der finder anvendelse.<sup>4</sup>

---

<sup>1)</sup> Jf. den tilsvarende bestemmelse i konventionens art. 6bis, stk. 3, om ideelle rettigheder, art. 7, stk. 8, om beskyttelsestidens længde og art. 14bis, stk. 2, litra a, om filmværker.

<sup>2)</sup> F.eks. *Stig Strömholm*: “Upphovsrätt och internationell privaträtt”, Norstedts Juridik 2001, s. 55, 96, 146, 173 ff og 221.

<sup>3)</sup> F.eks. *Andreas P. Reindl*: “Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks”, 19 Michigan Journal of International Law (1998), s. 799-871, s. 805 f.

<sup>4)</sup> F.eks. *Peter Schønning*: “Ophavsretsloven med kommentarer”, 3. udg., Thomson. GadJura 2003, s. 685, *Strömholm* (2001), op. cit., s. 270, og *James J. Fawcett & Paul Torremans*: “Intellectual Property and Private International Law”, Clarendon Press, Oxford 1998, s. 467.

Til gengæld er medlemmer af Bernerunionen og lande som er tilsluttet TRIPs-aftalen, forpligtet til at anvende princippet om national behandling og dermed beskytte værker af udenlandske ophavsmænd på lige fod med værker af nationale ophavsmænd. Det betyder at tilknytningsmomenterne der er nævnt i ohl. kap. 8, i realiteten gælder i relation til alle lande der er tilsluttet Bernerkonventionen og TRIPs-aftalen<sup>5</sup> hvilket indebærer at der er ganske få værker der er udelukket fra ophavsretsbeskyttelse i medfør af bestemmelserne i kap. 8.

Spørgsmålet om hvilken lov der gælder for ophavsrettigheders eksistens og indhold, må holdes adskilt fra lovvalget ved aftaler om ophavsrettigheder, f.eks. licensaftaler (*lex contractus*), der principielt ikke adskiller sig fra andre aftaletyper, og derfor må afgøres på grundlag af de internationalt private retlige regler. I praksis kan der imidlertid opstå komplekse og vanskelige afgrænsningsproblemer.<sup>6</sup>

## 1. Den digitale udfordring

Ved online-transmission på Internettet transmitteres materialet gennem en række servere (centrale computere der betjener mindre computere) som ofte vil være placeret i flere forskellige lande. Teknisk set foregår transmissionen ved at materialet kopieres fra en server til en anden, og det kan hævdes at kopiering i hver enkelt server udgør en ophavsretlig relevant handling. Endvidere er det en forudsætning for at brugeren i det hele taget kan iagttage transmitterede værker ved en visualisering på computerskærmen, at der sker en reproduktion i den modtagende computers arbejdshukommelse, RAM-lageret, og denne reproduktion vil ligeledes kunne hævdes at udgøre en ophavsretlig relevant handling. Endelig anvender en stor andel af internetbrugere World Wide Web, og til det formål bruges sædvanligvis et browser-program, og der sker i almindelige browser-programmer i standardopsætning automatisk downloading (reproduktion) af transmitteret materiale i cache-filer.<sup>7</sup> Man vil således kunne argumentere for at en ophavsretlig relevant handling finder sted i alle lande hvor transmitterede værker modtages, og i alle lande hvor der befinder sig servere der videretransmitterer

---

<sup>5)</sup> Jf. anordning nr. 1213 af 17. december 2002 (Udlandsanordningen).

<sup>6)</sup> Se f.eks. *Ole Lando*: "Kontraktstatutet", 3. udg., Juristforbundets Forlag 1981, s. 310 f, samt *Strömholm* (2001), op. cit., s. 196 ff og 316 f.

<sup>7)</sup> Denne automatiske funktion kan ganske vist deaktiveres, men det vil i givet fald reducere den praktiske anvendelighed af programmet.

værker - og det vil potentielt sige alle verdens lande - og hvert enkelt lands ophavsretslovgivning vil kunne finde anvendelse på en transmission af et ophavsretligt beskyttet værk.<sup>8</sup>

Den traditionelle regel for ophavsretligt lovvalg udfordres i det digitale netværksmiljø idet forskellige forhold tyder på at reglen er utilstrækkelig. For det første er der det lige nævnte problem med at et stort antal forskellige landes regler vil kunne finde anvendelse på en bestemt værksudnyttelse i det digitale netværksmiljø. For det andet kan der ved nye typer af udnyttelsesformer opstå tvivl om hvor den ophavsretlig relevante handling finder sted<sup>9</sup> - i hvert fald indtil denne tvivl reduceres efterhånden som de materielle ophavsretsregler præciseres, som det f.eks. er sket med implementeringen af Infosoc-direktivet.<sup>10</sup> Hvis en rettighedshaver kan vælge mellem domstolene i en række forskellige lande og har en rimelig forventning om at domstolene i alle landene ved anvendelse af den nationale ophavsret vil konstatere krænkelse, opstår der mulighed for *forum shopping*. Dette skal sammenholdes med at eftersom ophavsretskrænkelse typisk finder sted i et større antal lande taler praktiske og procesøkonomiske hensyn for en fastere og mere entydig lovvalgsregel.<sup>11</sup>

Disse forhold kan begrunde at lovvalgsspørgsmålet må afgøres ved hjælp af almindelige international privatretlige principper med henblik på at understøtte generelle retspolitiske hensyn. Det måske stærkeste argument for at acceptere at lovvalget må bestemmes ved hjælp af almindelige international privatretlige principper i stedet for en stringent anvendelse af princippet om udnyttelsesstedets lov, er at førstnævnte mulighed i videre udstrækning antages at kunne udpege én bestemt lov og dermed bidrage til sikkerhed og forudsigelige i græn-

---

<sup>8)</sup> F.eks. *Silvia Plenter*: "Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure: A Never-ending Story?", [2001] EIPR 313-320, s. 317, *André Lucas*: "Private International Law Aspects of the Protection of Works and of the Subject Matter of Related Rights Transmitted over Digital Networks", WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property Right, Geneva January 30 to 31, 2001, s. 19, og *Reindl* (1998), op. cit., s. 808. Se også KOM(97) 628 endelig udg., s. 11.

<sup>9)</sup> Se blandt andre *Silke von Lewinski* (1999): "Proposed EC Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society as it Progresses", IIC 1999.767-782, s. 781 f.

<sup>10)</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF, EFT 2001 L 197/10.

<sup>11)</sup> *Rochelle C. Dreyfuss & Jane Ginsburg*: "Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgements in Intellectual Property Matters", WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property Right, Geneva January 30 to 31, 2001, s. 2.

seoverskridende retsforhold - sammenlignet med sidstnævnte mulighed der typisk vil resultere i en mangfoldighed af potentielt anvendelige love.<sup>12</sup>

## 2. Løsningsmodeller ved grænseoverskridende værksudnyttelse

Problemerne med lovvalg ved grænseoverskridende værksudnyttelse kan løses med vedtagelse af særlige lovvalgsregler hvilket giver anledning til overvejelser om hvilket indhold sådanne regler kunne have.

Problemet med at enkelte brugshandlinger vedrørende ophavsretsbeskyttede værker har virkning i flere lande var ikke ukendt i ophavsretslitteraturen før udbredelsen af de digitale netværk. Ved radio- og tv-programmer udsendt via satellit må der tages stilling til hvilket lands regler der finder anvendelse. Umiddelbart står valget mellem det land hvorfra programmerne sendes op til satellitten (uplink), eller det land hvor programmerne modtages (downlink) - typisk kan programmerne modtages i flere lande (man taler i den forbindelse om satellittens footprint). I Europa valgte man med vedtagelsen af Satellit og kabeldirektivet<sup>13</sup> den første løsning. Ifølge direktivets art. 1, stk. 2, litra b), finder "tilgængeliggørelse for almenheden via satellit" kun sted i den medlemsstat hvor de programbærende signaler under radio- og tv-selskabets kontrol og ansvar introduceres i en ubrudt sendekæde der fører op til satellitten og ned mod jorden. Reglen er teknisk set ikke en lovvalgsregel, men den virker som sådan ved at forudsætte anvendelsen af udnyttelsesstedets lov og definere den ophavsretlig relevante handling til at finde sted dér hvor satellittransmissionen udspringer. Fra en praktisk synsvinkel er den primære betænkelighed ved denne løsningsmodel at den giver satellitbaserede radio- og tv-foretagender mulighed for at spekulere i nationale forskelle i beskyttelsesniveauet og etablere sig i lande med et lavt beskyttelsesniveau. Direktivet stiller imidlertid minimumskrav til ophavsretsbeskyttelsens indhold, og tillader medlemsstaterne at anvende deres nationale ophavsretslovgivning i forhold til satellitudsendelser fra tredjelande hvor beskyttelsesniveauet ikke er i overensstemmelse med direktivets standarder, og hvor der ikke eksisterer en særlig forbindelse til en medlemsstat. Herved reduceres risikoen for en udhuling af beskyttelsen ved etablering i lande med et lavt be-

---

<sup>12)</sup> Graeme Austin: "Private International Law and Intellectual Property Rights. A Common Law Overview", WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property Right, Geneva January 30 to 31, 2001, s. 13.

<sup>13)</sup> Rådets direktiv 93/83/EØF, EFT 1993 L 248/15.

skyttelsesniveau, og løsningsmodellen må anses som velegnet i sammenhæng med en harmonisering af den materielle ret.

I grønbogen om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder i informations-samfundet præsenterede Kommissionen da også den mulighed at ved online-transmission kunne ophavsretslovgivningen i det land hvorfra transmissionen udspringer, finde anvendelse - suppleret med sikkerhedsklausuler for så vidt angår transmissioner fra tredjelande. Høringssvarene til grønbogen afslørede imidlertid stor tvivl om det hensigtsmæssige ved en sådan løsning. For det første kan der være tekniske vanskeligheder med at konstatere ét enkelt sted hvorfra transmissionen udgår. Og for det andet vil en sådan regel (hvis de supplerende sikkerhedsklausuler ikke er tilstrækkelig effektive) kunne resultere i en alvorlig udhuling af ophavsmændenes retsbeskyttelse da teknologien uden nævneværdige omkostninger og besvær muliggør flytning af online-aktiviteter til lande med et lavt beskyttelsesniveau hvorefter disse landes lovgivning ville finde anvendelse. Størstedelen af de berørte kredse som havde afgivet høringssvar, foretrak derfor den nuværende situation hvor der i de fleste tilfælde vil gælde forskellige nationale regler for en given form for udnyttelse.<sup>14</sup> På dette grundlag valgte Kommissionen at foretage en afklaring af de nationale regler om hvilken lovgivning der finder anvendelse på internetrelaterede aktiviteter, inden der bliver taget initiativ til en harmonisering af disse regler.

Oprindelseslands-/afsendelseslandsprincippet er imidlertid blevet vedtaget på en række andre harmoniserede retsområder,<sup>15</sup> således optræder det i e-handels-direktivet,<sup>16</sup> direktivet om behandling af personoplysninger<sup>17</sup> og fjernsyn-uden-grænser-direktivet.<sup>18</sup>

---

<sup>14)</sup> Jf. COM(96) 568 endelig udg., s. 23, og KOM(97) 628 endelig udg., s. 11.

<sup>15)</sup> Princippet er i god harmoni om EF-traktatens bestemmelser om produktionsfaktorenes fri bevægelighed. På det selskabsretlige område har EF-Domstolen i den kongeniale afgørelse i Sag C-212/97 "Centros" accepteret at enhver unionsborger eller selskab har ret til at stifte sit selskab i den medlemsstat hvis selskabsretlige regler findes mest attraktive for derefter at drive erhvervsvirksomhed i sin egen hjemstat gennem en dér oprettet filial.

<sup>16)</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF, EFT 2000 L 178/1.

<sup>17)</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF, EFT 1995 L 281/31.

<sup>18)</sup> Rådets direktiv 89/552/EØF, EFT 1989 L 298/23, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF, EFT 1997 L 202/60.

Den alternative løsningsmodel hvor også modtagerlandenes ret finder anvendelse, blev på satellitområdet knyttet til den såkaldte *Bogsch*-teori opkaldt efter den daværende Director General for WIPO. Modellen forhindrer en udhuling af den nationale beskyttelse ved at brugere etablerer deres ophavsretlige aktiviteter i lande med et lavt beskyttelseniveau, men pålægger til gengæld brugerne den byrde at skulle undersøge i hvilke lande udnyttelsen har ophavsretlige konsekvenser og den nærmere betydning heraf. Løsningsmodellen er mere omkostningsfuld og risikobetonet og lægger alt andet lige en dæmper på den relevante erhvervsaktivitet.

Med hensyn til online-transmission af værker mener *Schønning* at der er flere forhold som taler for at anvende reglerne i det land hvor transmissionen modtages, frem for transmissionens oprindelsesland. For det første er modtagerlandet det sted hvor effekterne af en ophavsretlig relevant handling viser sig. Ved krænkelse er modtagerlandet således stedet hvor den skade som ophavsmanden lider, manifesteres. Synspunktet kan omskrives til at modtagerlandet er stedet hvor det transmitterede værk forbruges. For det andet undgås udhuling af beskyttelsen ved at udbydere flytter deres servere til lande med ingen eller svag ophavsret.<sup>19</sup>

Hvorvidt en eventuel lovvalsregel bør formes efter et oprindelseslandsprincip eller et modtagerlandsprincip, beror på en afvejning af på den ene side hensynet til rettighedshaverne i at brugere kan etablere sig i lande med et lavt beskyttelseniveau, og på den anden side hensynet til brugerne og branchen som helhed i at ophavsretten ikke virker som en urimelig byrde for den pågældende erhvervsaktivitet ved at brugerne bliver mødt med krav der udspringer af ophavsretslovgivningen i en række forskellige lande. Mens oprindelseslandsprincippet er hensigtsmæssigt i en europæisk sammenhæng, er det betydelig mere problematisk i et globalt perspektiv da det er vanskeligt at enes om fælles (rimelige) standarder for beskyttelse, og selv når det lykkes, er det svært at sikre en effektiv retshåndhævelse heraf i alle lande.

### 3. International privatret: *Lex loci delicti* og den individualiserende metode

Ved en undersøgelse af international privatretlige princippers indflydelse på lovvalget i ophavsretssager er det nærliggende at tage udgangspunkt i deliktstatut-

---

<sup>19)</sup> Jf. *Peter Schønning*: "Internet and the Applicable Copyright Law: A Scandinavian Perspective", [1999] EIPR 45, s. 48. Se også *Peter Schønning*: "Applicable Law in Transfrontier On-line Transmission", NIR 1996.266-273, s. 266 ff.

tet. I europæiske ret har det været hovedreglen at en erstatningssag skulle afgøres efter reglerne i det land hvor den skadegørende handling blev foretaget eller hvor skaden indtrådte (*lex loci delicti*). Men domstolene antages dog også at have mulighed for at anvende den *individualiserende metode* som udtrykker et af de vigtigste retspolitiske hensyn i den internationale privatret: At en sag bør afgøres efter reglerne i det land som sagen har nærmest tilknytning til.<sup>20</sup> Ifølge *Arnt Nielsen* bør den individualiserende metode betragtes som det generelle udgangspunkt i dansk ret i forbindelse med deliktstatuttet.<sup>21</sup> Ved anvendelse af den individualiserende metode vil stedet for den skadegørende handling og for skadens indtræden høre til blandt de væsentlige tilknytningsmomenter. Grænseoverskridende og ophavsretlig relevante handlinger på digitale netværk, vil ofte kunne karakteriseres som distancedelikter - dvs. at den skadegørende handling foretages i et land, mens skaden indtræffer i et andet land. *Lex loci delicti* anses for vanskelig at anvende ved distancedelikter og vil angiveligt i mange af disse tilfælde blive fortrængt af den individualiserende metode.<sup>22</sup>

#### 4. Udnyttelsesstedets lov kombineret med international privatret

Princippet om udnyttelsesstedets lov og international privatretlige principper fører ofte til samme resultat<sup>23</sup> - men ikke altid. Ved internetaktiviteter kan man forestille sig ophavsretskrænkelser der finder sted i ét land, men skaden opstår i et andet land. Princippet om udnyttelsesstedets lov vil pege på reglerne i det første land, mens international privatretlige principper (den individualiserende metode) efter omstændighederne vil pege på reglerne i det sidste land. I et sådant tilfælde må det overvejes i hvilket omfang almindelige international privatretlige principper må accepteres at gribe ind i den ophavsretlige regel. Hvis de to lande indrømmer nogenlunde ensartet beskyttelse, spiller det ingen større praktisk rolle, men i modsat fald, og hvis krænkelsen bevidst foretages i et land udelukkende med det formål at nyde godt af en ikke-eksisterende eller svag ophavsretsbeskyttelse med henblik på at udbrede værket til et land med et højere beskyttelsesniveau, bør det international privatretlige princip, den individualiserende

---

<sup>20)</sup> Se i det hele *P. Arnt Nielsen*: "International privat- og procesret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997, s. 28 f og 600 f.

<sup>21)</sup> *Arnt Nielsen* (1997), op. cit., s. 596 og 601 f.

<sup>22)</sup> *Arnt Nielsen* (1997), op. cit., s. 597 f.

<sup>23)</sup> *Schønning* (2003), s. 685 f, og *Strömholm* (2001), op. cit., s. 151.

metode, finde anvendelse,<sup>24</sup> og den vil almindeligvis pege på loven i landet med det høje beskyttelsesniveau.

Man kan forestille sig en erhvervsdrivende i land A på sin hjemmeside uploader ophavsretsbeskyttede værker hvilket er i overensstemmelse med ophavsretten i land A (f.eks. i medfør af en særlig indskrænkning i beskyttelsen), men i strid med ophavsretten i land B. Da værkerne herved er tilgængeliggjort for almenheden i både land A og B, vil den erhvervsdrivende i kraft af princippet om udnyttelsesstedets lov have foretaget en krænkelse ifølge ophavsretten i land B. I den ophavsretlige bedømmelse (udnyttelsesstedets lov) spiller det principielt ingen rolle om tilgængeliggørelsen på nogen måde er målrettet mod land B. Ved fastlæggelsen af udnyttelsesstedet bør der således ikke skeles til konkrete omstændigheder som domicil, sprog, valuta, målrettede ydelser, markedsføringsforanstaltninger, domænenavne etc.<sup>25</sup> som det ville være tilfældet ved anvendelse af den internationale privatrets individualiserende metode. Hvis derimod international privatretlige principper antages at gribe ind i den ophavsretlige regel som beskrevet ovenfor - ud fra den betragtning at den påståede krænker har tilrettelagt sine aktiviteter for at kunne udnytte forskelle i beskyttelsesniveauet - får disse konkrete omstændigheder (tilknytningsmomenter) imidlertid betydning for hvilket lands ophavsret der finder anvendelse.

Derudover er der et tungtvejende argument for en mere entydig lovvalgsregel hvor princippet om udnyttelsesstedets lov resulterer i at et stort antal landes regler er anvendelige. Den individualiserende metode giver ikke nødvendigvis et helt entydigt lovvalg, men den er ikke desto mindre i så henseende mere hensigtsmæssige end udnyttelsesstedets lov idet den udelukker anvendelsen af reglerne i de lande som f.eks. en ophavsretlig relevant internettjeneste *ikke* er rettet mod.

Det er imidlertid tvivlsomt om de danske domstole mener at have hjemmel til at følge denne løsning. I de nævnte konfliktsituationer der formentlig udgør et særdeles stort antal af de ophavsretligt relevante handlinger der foretages på Internettet, er der ikke tale om at anvendelsen af princippet om udnyttelsesstedets lov ses og forstås i lyset af de internationale privatretlige principper. Løsningen inde-

---

<sup>24)</sup> Se i den retning *Strömholm* (2001), op. cit., s. 232, og *Lydia Lundstedt & Ulf Maunsbach*: "Jurisdiction and Applicable Law: A Swedish Perspective on Cross-border Enforcement of Intellectual Property Rights", NIR 2003.212-225, s. 221 f.

<sup>25)</sup> Se tilsyneladende modsat *K. Heine, M. von Haller Grønbaek & J. Trzaskowski*: "Internettjura", 2. udg. Thomson. GadJura 2002, s. 421 ff. Se dog s. 422: "...det må som udgangspunkt antages, at det er udnyttelses- og virksomhedsstedet, der afgør lovvalget."

bærer fra en praktiske betragtning at princippet om udnyttelsesstedets lov helt og aldeles erstattes af den individualiserende metode. Afgørelser i sager om international privatretlige problemer er tit motiveret af pragmatiske (modsat principielle) hensyn - domstolene strækker sig således vidt for at finde en rimelig og velfabulanceret konkret løsning. De her behandlede problemer er imidlertid ikke i udgangspunktet af international privatretlige karakter. Ophavsrettens offentligretlige oprindelse, det konventionsbundne territorialitetsprincip og regelsættets abstrakte beskaffenhed er baggrunden for at løsningen nok vil kræve at der bliver vedtaget nye udtrykkelige regler om ophavsretligt lovvalg.

## 5. Lovvalget

Det følger af ovenstående at domstolene må antages at anvende princippet om udnyttelsesstedets lov. Det betyder at lovvalget beror på den materielle ophavsret der afgør hvor den ophavsretlig relevante handling finder sted. Et værk der er gjort almindelig tilgængeligt på et website e.l., er omfattet af retten til overføring til almenheden, jf. ohl. § 2, stk. 4. Bestemmelsen implementerer Infosoc-direktivets art. 3. Om begrebet eneret til overføring til almenheden hedder det i betragtningerne til direktivet, nr. 25:

“Denne ret skal opfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted. Denne ret omfatter enhver sådan form for trådbunden eller trådløs transmission eller retransmission af et værk til almenheden”.

Det fremgår heraf at den ophavsretlig relevante handling ikke blot finder sted i det land hvor værket rent faktisk er gjort tilgængeligt (serveren hvorpå værket er uploadet), men også i de lande hvor almenheden har adgang til værket.

Værker der kan tilegnes ved hjælp af Internettet, er almindeligvis lagret på en værtscomputer, en såkaldt host.<sup>26</sup> Denne lagring af et værk er en ophavsretlig relevant handling, men er ikke specielt knyttet til internetteknologien eftersom den i princippet er identisk med enhver anden situation hvor ophavsretligt beskyttede værker downloades i en computer, og skal naturligvis bedømmes efter reglerne i det land hvor computeren er placeret.

---

<sup>26)</sup> Lagring af mere permanent karakter finder imidlertid ikke sted ved visse former for internetradio og transmission af f.eks. live koncerter.

Ifølge *Schønning*<sup>27</sup> kan den danske ophavsretslov finde anvendelse på ophavsretskrænkende transmissioner der hidrører fra Danmark. Hvis transmissionen indebærer en overføring til almenheden i Danmark, er der ikke tvivl herom. Det kan der derimod være hvis der ikke transmitteres til almenheden, men f.eks. hvor en privat person via email sender en fil med et ophavsretskrænkende værkseksemplar til en anden privatperson. Online-transmission er ikke i sig selv en ophavsretlig relevant handling - kun hvis det sker til almenheden. Handlinger på Internettet (og andre steder) der *ikke* på en eller anden måde indebærer at værker gøres tilgængelige for almenheden (som omhandlet i ohl. 2, stk. 3 og 4), er kun ophavsretlig relevante hvis de så i stedet indebærer eksemplarfremsættelse i medfør af § 2, stk. 2. I eksemplet med en privat person der via email sender en fil med et ophavsretskrænkende værkseksemplar til en anden privatperson, må eventuelt lovvalg bero på om der er foretaget eksemplarfremsættelse i ophavsretlig forstand, og i givet fald hvor denne har fundet sted.<sup>28</sup> Bemærkningerne til lovforslaget der havde til formål at implementere Infosoc-direktivet, s. 17, antyder en del tvivl om hvorvidt teknisk betinget midlertidige reproduktionshandlinger er ophavsretlig relevante.<sup>29</sup> Under hensyn til formuleringen af ohl. § 2, stk. 2, Infosoc-direktivets art. 2 sammenholdt med direktivets betragtning nr. 33, ligger det lige for at konkludere at disse handlinger er ophavsretlig relevante, og derfor må de også antages at kunne begrunde lovvalg.

## 6. Aftaler om ophavsrettigheder

Værksudnyttelsen i det digitale miljø er kendetegnet ved at mulighederne for aftaleindgåelse mellem rettighedshavere og brugere er blevet bedre. Efterhånden som effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger tages i anvendelse, er det forventeligt at værksudnyttelsen i videre udstrækning bliver aftalereguleret - enten ved enkeltstående aftaler eller ved abonnementsordninger. Med effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger er potentielle brugere nødt til at have kontakt til udbyderen af værket for at kunne udnytte dette. I disse tilfælde har parterne mulighed for at vedtage bestemmelser om lovvalg hvilket er både naturligt og fornuftigt. Såfremt dette ikke er sket, må lovvalget som hovedregel afgøres

---

<sup>27)</sup> *Schønning* (2003), op. cit., s. 686.

<sup>28)</sup> Der ses her bort fra at afsenderen allerede ved frembringelsen eller erhvervelsen af det ulovlige værkseksemplar har foretaget en krænkelse.

<sup>29)</sup> Se *Thomas Riis*, "Ophavsretlige selvhjælpsforanstaltninger" i "Festskrift til Mogens Koktvedgaard", Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003, s. 437.

efter bestemmelsen i Kontraktlovvalgskonventionens (Romkonventionen) art. 4, stk. 1,<sup>30</sup> hvorefter aftalen er underkastet loven i det land som den har sin nærmeste tilknytning til; sammenholdt med reglen i art. 4, stk. 2, der skaber en formodning for at aftalen har sin nærmeste tilknytning til det land hvor den part som skal præstere den for aftalen karakteristiske ydelse, på tidspunktet for aftalens indgåelse har sin bopæl/hovedsæde.

I en licensaftale er det langt fra altid åbenbart hvilken part som skal præstere den for aftalen karakteristiske ydelse. Dette beror i særdeleshed på at licenstagere ofte i aftalen pålægges en række pligter, f.eks. pligt til at udnytte den licenserede frembringelse i et nærmere bestemt omfang eller pligt til markedsføring af den licenserede frembringelse. Da licensaftaler således kan være meget forskelligartede, skal man være varsom med at opstille en generel formodningsregel for at det er enten licensgivers eller licenstagers lov der finder anvendelse. Udgangspunktet må dog være at det er licensgiver som skal præstere den for aftalen karakteristiske ydelse. Såfremt der ikke påhviler licenstagere andre pligter end at betale licensvederlag, er der næppe tvivl om at dette er tilfældet.<sup>31</sup> Hvor der gives licens til en slutbruger af en standardiseret ydelse, vil der typisk ikke påhvile licenstagere andre pligter end betalingsforpligtelsen.

Hvis det ikke kan afgøres hvad der er den for aftalen karakteristiske ydelse, eller hvis det af omstændighederne som helhed fremgår at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land, finder formodningsreglen i art. 4, stk. 2, ikke anvendelse, jf. art. 4, stk. 5. Lovvalget må således afgøres efter den individualiserende metode som den kommer til udtryk i art. 4, stk. 1, under anvendelse af de konkrete tilknytningsmomenter. Det kan overvejes om udnyttelsesstedet bør tillægges særlig vægt som tilknytningsmoment i et forsøg på at tilstræbe overensstemmelse med den lov der regulerer aftalen og den der regulerer ophavsrettens eksistens og indhold. Der er imidlertid næppe støtte for et sådant synspunkt.<sup>32</sup>

---

<sup>30)</sup> CISG og løsøre købslovsvalgsloven finder ikke anvendelse, se f.eks. *Kim Østergaard*: "Elektronisk handel og international proces- og privatret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003, s. 258.

<sup>31)</sup> *Østergaard* (2003), op. cit., s. 287 f, *Lucas* (2001), op. cit., s. 6, *Siröholm* (2001), op. cit., s. 327 ff, *Fawcett & Torremans* (1998), op. cit., s. 559 ff, *Arnt Nielsen* (1997), op. cit., s. 627, og *Lando* (1981), op. cit., s. 314 ff,

<sup>32)</sup> Se i det hele *Østergaard* (2003), op. cit., s. 261 og 288 f.

## 7. Rettens indehaver i ansættelsesforhold

Der opstår et særligt problem vedrørende rettighedssubjektet. I *common law*-retssystemer sker der typisk en videregående rettighedsovergang til arbejdsgiveren i ansættelsesforhold sammenlignet med *civil law*-retssystemer. I en række situationer vil det således forekomme at arbejdstagerens ophavsrettigheder efter f.eks. engelsk ret er overgået til arbejdsgiveren, mens dette ikke er tilfældet efter f.eks. dansk ret. Det forudsættes her og i det følgende at der ikke mellem arbejdsgiver og arbejdstager er indgået aftale om rettighedsoverdragelse. Det er en udbredt opfattelse at en arbejdsgiver der efter dansk ret ikke har erhvervet ophavsretten til en arbejdstagers værk, ikke kan tiltage sig retten til værket i England når værket udnyttes der - selvom dette ville være resultatet efter engelske regler. Stedet for arbejdsgiverens virksomhed tillægges således stor betydning. Herved fraviges territorialitetsprincippet der ellers kendetegner ophavsretten, typisk til fordel for den lov som regulerer arbejdsforholdet.<sup>33</sup> Betragtningen fører til at i den modsatte situation hvor den engelske ophavsmands rettigheder der i England uden videre er overgået til arbejdsgiveren, forbliver hos arbejdsgiveren når udnyttelsen af værket finder sted i Danmark selvom ligeartede danske ophavsmænd i Danmark bevarer deres rettigheder i den samme situation. Ophavsmanden får således ikke i Danmark tilbageført de rettigheder der i England er overgået til arbejdsgiveren. Argumentet for dette resultat beskriver *Eugen Ulmer* som udtalt pragmatiske eftersom det beror på hensynet til samhandlen.<sup>34</sup> Den engelske arbejdsgiver der mener at være indehaver af ophavsretten, får meget vanskeligt ved at drive sine erhvervsmæssige aktiviteter i Danmark hvis ophavsretten dér tilkommer arbejdstageren.

På trods af synspunktets stærke indarbejdelse i doktrinen, er der så vidt ses ikke støtte for det i praksis. Man kan forsøge at begrunde en sådan regel i reale hensyn - såsom et særligt beskyttelseshensyn til den originære rettighedshaver og arbejdstager samt arbejdsgiverens åbenbare kommercielle interesse i at kunne anvende de beskyttede frembringelser der skabes i hans virksomhed, men forsoget virker ikke overbevisende.

---

<sup>33)</sup> *Strömholm* (2001), op. cit., s. 198, og 239 ff, *Koktvedgaard* (2002), s. 385 (der dog peger på "ophavsmandens domicilland"), *Fawcett & Torremans* (1998), op. cit., s. 512, og *Arnt Nielsen* (1997), s. 626. *Schønning* (2003), s. 485, er i tvivl om dette resultat, og dette er tilsyneladende også konsekvensen af synspunkterne hos *Lucas* (2001), s. 6 og 12.

<sup>34)</sup> *Eugen Ulmer*: "Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht", Max-Planck-Institut, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, nr. 38, 1975, s. 41 f.

Princippet om udnyttelsestedets lov fremgår som nævnt af Bernerkonventionens art. 5, stk. 2, der i den forbindelse vedrører "the extent of protection" og "the means of redress afforded to the author to protect his rights". Selvom det (måske med rimelighed) kan hævdes at "rettens indehaver" ikke er omfattet af disse udtryk,<sup>35</sup> medfører dette ikke at loven der gælder på stedet for ansættelsesforholdet, eksporteres til andre lande hvor værket udnyttes. Hvis forholdet ikke er omfattet af Bernerkonventionens art. 5, stk. 2, må det antages at ophavsrettens traditionelle offentligretlige karakter slår igennem, og lovvalget bestemmes i overensstemmelse med principperne for offentligretligt lovvalg. Offentligretlige regler finder anvendelse hvis det omtvistede forhold har virkning i forumstaten. En ophavsretlig relevant handling har virkning på udnyttelsestedet, og principperne for offentligretligt lovvalg vil derfor typisk føre til samme resultat som princippet om udnyttelsestedets lov. Konventionens art. 5, stk. 2, er således en præcisering af en almindelig offentligretlig lovvalgsregel der i store træk kun får selvstændig betydning hvis udnyttelsen finder sted i et andet land end forumstaten. Kun i disse tilfælde synes der at være belæg for eventuelt at fravige princippet om udnyttelsestedets lov, men i givet fald må dette være undtagelsen og ikke hovedreglen.

Den væsentligste årsag til at tvivle på den herskende opfattelse om at loven på stedet for arbejdsgiverens virksomhed finder anvendelse på spørgsmål om ophavsrettens indehaver, er imidlertid at en sådan regel må antages at være i strid med princippet om national behandling. Den engelske ophavsmand hvis rettigheder i England uden videre er overgået til arbejdsgiveren og forbliver hos arbejdsgiveren når udnyttelsen af værket finder sted i Danmark, opnår en ringere beskyttelse i Danmark end danske ophavsmænd i en tilsvarende situation.<sup>36</sup> En konflikt med princippet om national behandling undgås hvis reglen om at spørgsmål om ophavsrettens indehaver afgøres efter reglerne på stedet for ansættelsesforholdet alene antages at gælde når arbejdstageren og ophavsmanden på ansættelsestedet indrømmes en stærkere beskyttelse end på udnyttelsestedet - det ville betyde at den danske arbejdstager og ophavsmand kunne nyde godt af sin forholdsvis stærke beskyttelse også i England, og den engelske arbejdstager og ophavsmand blev indrømmet samme forholdsvis stærke beskyttelse når hans værk blev udnyttet i Danmark. Dette er muligt fordi princippet om national behandling ikke udelukker en stærkere beskyttelse af udlændinge end indlændinge, og fordi arbejdsgiveren som erhverver af rettigheder ikke er omfattet af prin-

---

<sup>35)</sup> Der er således den udtrykkelige regel med samme indhold i konventionens art. 7, stk. 8, om beskyttelsestidens længde.

<sup>36)</sup> *Reindl* (1998), op. cit., s. 808 n23.

cippet om national behandling. Der savnes dog stadig en bærekraftig begrundelse for en sådan asymmetrisk regel ud over et evt. særligt beskyttelseshensyn til den originære rettighedshaver og arbejdstager.

## 8. Konklusion

Der synes i doktrinen at være en tendens til uden videre (og navnlig uden begrænsninger) at anvende international privatretlige regler til løsning af ophavsretlige lovvalgsproblemer. Herved fraviges det traditionelle ophavsretlige udgangspunkt om at det udnyttelsesstedets lov der finder anvendelse.

Der må vælges mellem enten anvendelsen af princippet om udnyttelsesstedets lov eller international privatretlige principper (den individualiserende metode). Den individualiserende metode er så rummelig at udnyttelsesstedet naturligt ville være et vigtigt tilknytningsmoment. Hvis den individualiserende metode anvendes - og udnyttelsesstedet herigennem tillægges vægt som et blandt flere momenter - giver det ikke længere mening at tale om udnyttelsesstedets lov som et princip. Der ville ikke mere være brug for et sådant princip - den individualiserende metode ville have taget over. Dette er retspolitisk set ikke nødvendigvis en dårlig løsning, men det indebærer en forkastelse af det konventionsbundne territorialitetsprincip i ophavsretten samt et skridt bort fra ophavsrettens offentligretlige oprindelse. Skønt skandinavisk praksis på området er sparsom, tyder de foreliggende afgørelser da heller ikke på at domstolene skulle være tilbøjelige til at fravige det principielle udgangspunkt om udnyttelsesstedets lov.<sup>37</sup>

---

<sup>37)</sup> I den svenske højesteretsafgørelse refereret i NIR 1999.427 (*Mein Kampf*) var baggrunden den at ophavsretten til Adolf Hitlers bog "Mein Kampf" i kraft af konfiskation var overgivet til delstaten Bayern. En svensk forlægger udgav i 1992 en svensk oversættelse af værket. På grundlag af Bayerns ophavsret til værket blev der forsøgt nedlagt forbud med udgivelsen. Den svenske højesteret fandt ikke at den i Tyskland foretagne konfiskation var i overensstemmelse med svensk ophavsretslovgivning. Retten fandt derfor at Bayern ikke havde erhvervet ophavsretten i Sverige til værket og konstaterede i øvrigt at det var uklart hvem der var den rette rettighedshaver i Sverige. Se også *U 1997.975/2Ø* (Three Days of the Condor) om en spillefilm der med henblik på tv-fremvisning var blevet beskåret i strid med ophavsmandens ideelle rettigheder. I den amerikanske instruktørkontrakt mellem den amerikanske instruktør og den amerikanske filmproducent havde instruktøren (ophavsmanden) accepteret et vilkår om at producenten var berettiget til at beskære filmen, og der var ingen tvivl om at producenten efter amerikansk ret ikke krænkede instruktørens ophavsret. Ifølge den danske ophavsretslovs § 3, stk. 3, kan ophavsmanden ikke frafalde sine ideelle rettigheder, medmindre det gælder en efter art og omfang afgrænset brug af værket. Landsretten antog at den pågældende

Årsagen til at der ikke tidligere har været et stort og påtrængende behov for detaljerede ophavsretlige lovvalgsregler, er strukturen i de internationale ophavsretlige konventioner der har løst de praktiske problemer på tilfredsstillende vis. Princippet om national behandling sammenholdt med krav til minimumsbeskyttelse har sikret de værnede interesser inden for konventionernes anvendelsesområde. De digitale distributionsformers mulighed for hurtig og billig global udbredelse af værker har ændret dette. Problemer med ophavsretligt lovvalg har været kendt i længere tid end den digitale teknologi, men problemernes omfang og betydning er øget drastisk.

Løsning af de ophavsretlige lovvalgsproblemer der opstår i det digitale netværksmiljø, ved hjælp af de almindelige international privatretlige regler vil i et vis omfang bidrage til større forudsigelighed, men er næppe den optimale løsning da de ikke tager højde for ophavsrettens offentligretlige karakter.<sup>38</sup> Derfor er der behov for eksplicitte ophavsretlige lovvalgsregler.

---

bestemmelse i den amerikanske instruktørkontrakt angik en efter art og omfang afgrænset brug af filmen, og da den var accepteret af instruktøren, kunne sagsøgtes frifindelsespåstand tages til følge.

<sup>38)</sup> S. Strömholm: "Upphovsrätten och den internationella privaträtten - ett sent men ofrånkomligt möte", NIR 2003.199-211, s. 208.



# Anvendelse af ligebehandlingsprincippet på optagelse af partnere i advokatvirksomheder

af

Lynn Roseberry

Indenfor de sidste cirka fem år har et flertal af kvindelige cand.jur.'er valgt advokatbranchen fra. 64% kvinder med fire til fem års anciennitet som advokat forlod branchen i 2000<sup>1</sup>. I skrivende stund, har jeg ikke kunnet finde statistik over andelen af mænd med tilsvarende anciennitet som forlod branchen, men DJØF'en undersøgelse viser, at der er forholdsvis flere kvinder end mænd, der "vandrer" fra advokatbranchen til det offentlige<sup>2</sup>. Den samme undersøgelse viser, at det afgørende for kvinder, der forlader branchen, er, at lønvilkårene under barsel er for dårlige, og familieliv og ansættelse i advokatbranchen er for svært forenelige<sup>3</sup>. Det bør bekymre advokatkontorerne, da samtidig med mindre årgange og faldende arbejdsløshed er procenten af kvindelige jura-studerende vokset betydeligt.<sup>4</sup>

Der er flere grunde til, at den offentlige sektor er bedre stillet i konkurrencen for dygtige, kvindelige jurister, der gerne vil stifte familie og have et godt familieliv. For det første er arbejdstiden i det offentlige typiske mindre og placeret på mere

---

<sup>1)</sup> Tallene er citeret af Maiken Engsbye og Anja Janum, "Kvindelige partnere som 'rolle modeller'", Advokaten 5/2002, fra Advokatsamfundets "Best Practice Guide – Leder du en moderne advokatvirksomhed?"

<sup>2)</sup> DJØF undersøgelse "Vandringen fra advokatbranchen til offentlig ansættelse", DJØF Online 26.08.03.

<sup>3)</sup> 54% af de adspurgte kvinder svarede at hovedårsagen til skiftet var, at lønvilkår under barsel var for dårlige. 46% svarede, at familieliv og ansættelse i advokatbranchen for svært forenelige.

faste tidspunkter. For det andet sikrer de gældende kollektive overenskomster i det offentlige fuld løn under barselsorlov<sup>5</sup>, mens der ikke er tilsvarende kollektive overenskomster eller lovbestemmelser, der gælder for advokat-fuldmægtige eller ansatte advokater. For det tredje, selvom advokat fuldmægtige og ansatte advokater har den samme ret til fravær i forbindelse med barsels-, forældre-, og børnepasningsorlov efter ligebehandlingsloven, er der i advokatbranchen opfattelsen af et underforstået pres på nybagte forældre om at komme tilbage på arbejde snarest muligt. Et sådant pres kan hænge sammen med, at advokatbranchen lever af arbejdstimerne, som kan skrives på klienternes regning. Medmindre advokatvirksomhederne gør en væsentlig aktiv indsats for at overbevise dem om det modsatte, kan advokatfuldmægtige og ansatte advokater, der går på barsels- eller forældreorlov, desuden få en fornemmelse af, at de forringer deres chancer for at blive optaget som partnere<sup>6</sup> i forhold til dem, der ikke går på barsels- eller forældreorlov. For det fjerde: lovbestemmelserne om barsels- og forældreorlov omfatter ikke en advokat, der bliver partner i en advokatvirksomhed. De danske lovbestemmelser om fraværsretten i forbindelse med barselsorlov og forældreorlov gælder nemlig kun for ansatte advokater (lønmottagere), men ikke for partnere (selvstændige erhvervsdrivende). Selvstændige erhvervsdrivende har dog ret til dagpenge i forbindelse med afholdelse af barsels- og børnepasningsorlov<sup>7</sup>. Med andre ord har kvindelige partnere ingen ret til fravær fra arbejde. De har kun ret til dagpenge, hvis det lykkes dem at holde fri fra arbejde i forbindelse med barsel og/eller børnepasning.

Både kvindelige advokater og partnere i advokatvirksomheder bør dog være opmærksomme på, at selvom der ikke er specifikke lovregler om selvstændige erhvervsdrivendes ret til fravær (i modsætning til retten til dagpenge), findes der stadig et generelt princip om kønsligestilling, der kunne finde anvendelse i relation til optagelse af kvindelige partnere i den fødedygtige alder og deres ret til fravær i forbindelse med barsel. At de generelle regler om forbud mod kønsdiskrimination kunne være af betydning, skal ses i lyset af, at det meste af EU-domstolens retspraksis om beskyttelsen af gravide før vedtagelsen af gravi-

---

<sup>5)</sup> Ved gennemførelsen af de kollektive overenskomster i 1989 fik alle offentligt ansatte ret til fuld løn under hele barselsorlovsperioden og de efterfølgende overenskomster har bevaret denne ret. Se, f.eks., Aftale om fravær af familiemæssige årsager i kommuner, amter og Hovedstadens Sygehusfællesskab, fra 2002, tilgængelig på KL's hjemmeside, <http://www.kl.dk/293322>.

<sup>6)</sup> Jeg vil bruge "partner" som betegnelse for advokaterne, der deler ejendomsret over advokatvirksomheden, ligegyldigt om advokatvirksomheden er et advokataktieselskab eller et interessentskab.

<sup>7)</sup> Selvstændige erhvervsdrivende kan få udbetalt ydelse under barsels orlov og orlov til børnepasning, hvis den pågældende opfylder beskæftigelseskravet i kapitel 2 eller 6 i lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel, jf. Lov om børnepasningsorlov § 2, stk. 3.

ditetsdirektivet i 1992 alene beroede på de generelle regler om forbud mod kønsdiskrimination, som fandtes i traktaten<sup>8</sup>, ligelønsdirektivet<sup>9</sup> og ligebehandlingsdirektivet<sup>10</sup>.

I denne artikel ville jeg prøve at svare på spørgsmålet: gælder der en regel om forbud mod kønsdiskrimination ved afgørelsen om optagelse af partnere i en advokatvirksomhed? Et bekræftende svar vil betyde, at advokatvirksomheder er forpligtet til at behandle deres kvindelige og mandlige ansatte advokater lige med hensyn til optagelse som partner, inklusiv de kvindelige advokater, for hvem der er store sandsynlighed for, at de får børn bagefter optagelsen. *A fortiori* vil det også betyde, at kvindelige partnere ikke må blive bedt om at forlade partnerskabet, blot fordi de bliver gravide eller føder og skal blive væk fra arbejde i et stykke tid, efter fødslen for at komme sig over de fysiske påvirkninger af fødselen.

Da denne artikels formål alene er at påvise, om de generelle regler om ligebehandling gælder for optagelse af kvindelige partnere i advokatvirksomheder, ville jeg ikke kommentere ønskeligheden i at bruge ligebehandlingsprincippet for at fremme ligestilling i advokatbranchen. Her bemærkes blot, at der er store begrebsmæssige vanskeligheder ved at fremstille problematikken om tilpasning af arbejdslivet til kvinders biologiske egenskaber som et problem om ligestilling mellem mænd og kvinder. Disse vanskeligheder har været genstand for en betydelig årelang debat i artikler i juridiske tidsskrifter og bøger<sup>11</sup>. Denne artikel er ikke en del af den debat.

## **1. Er der en generel regel om forbud mod kønsdiskrimination, der gælder afgørelser om optagelse af partnere i en advokatvirksomhed?**

I Danmark er hovedlovene om kønsligestilling: ligelønsloven, ligebehandlingsloven, ligestillingsloven og lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger. Afgørelser om optagelse af partnere i advokatvirksomheder falder ikke indenfor anvendelsesområderne af ligelønsloven

---

<sup>8</sup>) art. 141 EF om ligeløn

<sup>9</sup>) 75/117/EØF

<sup>10</sup>) 76/207/EØF

<sup>11</sup>) Se f.eks. L. M. Finley, "Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate," *Columbia Law Journal*, 86, 1986; Sandra Fredman, "A Difference with Distinction: Pregnancy and Parenthood Reassessed," *Law Quarterly Review*, 1994.

eller loven om erhvervstilknyttede sikringsordninger, da sådanne afgørelser ikke handler om løn eller sikringsordninger.

Efter ligestillingslovens § 2, stk. 4 finder ligebehandlingsloven på dens område anvendelse i stedet for bestemmelserne i ligestillingsloven og er således at betragte som "*lex specialis*" i forhold til ligestillingsloven<sup>12</sup>. Derfor skal denne artikel først svare på spørgsmålet: finder ligebehandlingsloven anvendelse på afgørelser om optagelse af partnere i advokatvirksomheder?

Ligebehandlingsloven er overvejende en arbejdsretlig lov, dvs. den handler om ansættelser, forflytninger, forfremmelser, afskedigelser, samt om indgåelse af kollektive overenskomster og individuelle ansættelsesaftaler. Alle bestemmelserne handler om *lønmodtageres* retsstilling, bortset fra § 5, der bestemmer:

§ 5. Pligt til ligebehandling gælder også enhver, der fastsætter bestemmelser og træffer afgørelse om adgang til at udøve et selvstændigt erhverv. Dette gælder også oprettelse, indretning eller udvidelse af en virksomhed samt påbegyndelse eller udvidelse af enhver anden form for selvstændig virksomhed, herunder finansiering heraf.

Stk. 2 Pligt til ligebehandling gælder enhver, der fastsætter bestemmelser og træffer afgørelse om erhvervsuddannelse mv. og om vilkår for udøvelse af et sådant erhverv.

Uafhængig af, om man opfatter partnere i advokatvirksomheder som selvstændige erhvervsdrivende, må udgangspunktet være, at bestemmelsen ikke omfatter en advokatvirksomheds politik eller enkelte afgørelser om optagelse af partnere. En afgørelse om optagelse af en advokat som partner er nemlig ikke "en afgørelse om adgang til at udøve et selvstændigt erhverv" som advokat. En advokat der ikke bliver optaget som partner, bliver ikke generelt afskåret fra udøvelse af selvstændigt erhverv som advokat. Han eller hun kan i princippet udøve et selvstændigt erhverv andetsteds<sup>13</sup>. Bestemmelsen forpligter derimod organisationer, laug, foreninger og andre, der faktisk fastsætter bestemmelser og træffer afgørelser om, bl.a. adgang til at udøve et erhverv<sup>14</sup>.

Når man stadig kan rejse spørgsmålet om anvendelse af ligebehandlingsloven på afgørelse om optagelse af en ny partner, skyldes det, at mange advokatvirksom-

---

<sup>12)</sup> Ligestillingslovene med kommentarer af Agnete Andersen, Ruth Nielsen, Kirsten Precht, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2001) s. 314.

<sup>13)</sup> Se *ibid.*, s. 314, hvor der står "bestemmelsen omfatter ikke den situation, ... hvor en selvstændig erhvervsdrivende ønsker optagelse af en kompagnon" i en virksomheden

<sup>14)</sup> *Ibid.*

heder optager partnere fra deres ansatte advokater, og at de gør det klart over for de ansatte advokater, at hvis de klarer sig godt i udøvelse af erhvervet og arbejder i virksomheden i et antal år, ville de blive taget i betragtning som partneremner. Mange gør det også klart over for de ansatte advokater, at afgørelsen om optagelse handler om mere end faglige evner. Den ansatte advokat skal også generelt være vel set af de andre partnere. De andre partnere skal kunne stole på den pågældende. Disse subjektive overvejelser er af betydning for at få advokatvirksomheden til at køre uden lammende strid mellem partnerne. I mange advokatvirksomheder er et negativt svar på spørgsmålet om optagelse samtidig ensbetydende med afskedigelse. Ansatte advokater, der ikke bliver optaget, bliver bedt om at finde et andet arbejde indenfor en rimelig tid. Gode grunde taler derfor for, at den omstændighed, at man bliver taget i betragtning for optagelse som partner efter man har været ansat advokat i nogle år, er et arbejdsvilkår på lige fod med andre personalegoder som f.eks. fri rejser til ansattes ægtefæller og børn. Ligebehandlingslovens § 4 bestemmer: "Enhver arbejdsgiver, der beskæftiger mænd og kvinder, skal behandle dem lige for så vidt angår arbejdsvilkår".

En afgørelse af USA's højesteret fra 1984<sup>15</sup> illustrerer spørgsmålet og kan samtidig tjene som inspiration for et argument for anvendelse af § 4 på advokatvirksomhedernes afgørelser om optagelse af ansatte advokater som partnere. Sagen angik USA's forbud mod kønsdiskrimination på arbejdsmarkedet<sup>16</sup>. En kvindelig advokat, (Ms. Hishon), som havde været ansat i syv år som advokat i en anerkendt advokatvirksomhed (King & Spalding) i delstaten Georgia, blev afskediget i henhold til virksomhedens praksis, da hun ikke blev optaget som partner. Da virksomheden havde rekrutteret hende, forklarede partnerne, at de træffer afgørelser om advokaters optagelse som partnere efter de har arbejdet hos dem i fem eller seks år, og at afgørelsen bliver truffet på en "fair and equal" måde. Indtil Ms. Hishon indklagede sin arbejdsgiver, var ingen kvindelige advokater blevet optaget som partner i virksomheden.

Forbudet mod kønsdiskrimination (42 U.S.C. § 2000e-2(a)), der dannede grundlag for Ms. Hishons klage, bestemmer:

It shall be an unlawful employment practice for an *employer*—

(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex or national origin<sup>17</sup>.

---

<sup>15)</sup> *Hishon v. King & Spalding*, 467 U.S. 69 (1984).

<sup>16)</sup> *Hishon v. King & Spalding*, 467 U.S. 69 (1984).

<sup>17)</sup> 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(min fremhævelse).

Den føderale domstole i den nordlige del af Georgia afviste Hishons klage og lagde til grund, at § 2000e-2(a) ikke finder anvendelse på optagelse af partnere, fordi advokatvirksomheden ikke agerer som arbejdsgiver, når den optager en ny partner. Dommen blev anket til United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, som gav den lavere instans medhold. USA's højesteret indvilligede i at høre sagen ("granted certiorari").

Højesteretten omstødte de lavere instansers domme, da den fandt, at § 2000e-2(a) finder anvendelse på optagelse af partnere, fordi § 2000e-2(a) dækker både ansættelses- og arbejdsvilkår, og at blive taget i betragtning som partneremne var et arbejdsvilkår (privilege of employment). Selvom ansatte advokater ikke har noget retskrav på at blive taget i betragtning som partneremne, når en advokatvirksomhed gør det, må virksomheden ikke træffe beslutningen på en måde, der strider mod forbudet i § 2000e-2(a). Højesteretten fandt endvidere, at advokatvirksomheden fremhævede vigtigheden af spørgsmålet om optagelse som partner ved at afskedige de ansatte advokater, som ikke blev optaget som partnere.

Den indklagede virksomhed påståede forgæves, at optagelse som partner aldrig kan være en arbejdsvilkår ("term, condition, or privilege of employment"), fordi optagelse som partner ændrer den ansatte advokats retsstilling fra arbejdstager til arbejdsgiver. Højesteretten afviste synspunktet med den begrundelse, at en begunstiggelse ikke behøver at opstå under et ansættelsesforhold, for at det betragtes som et arbejdsvilkår. Den behøver kun at opstå på grund af ansættelsesforholdet. Til støtte herfor henviste Højesteretten til dens tidligere afgørelser om pensionsydelse.

Den amerikanske højesterets afgørelse i *Hishon v. Spalding & King* er relevant ved fortolkningen af den danske ligestillingslov af flere grunde. For det første, fordi den amerikanske lovbestemmelse, ligesom ligestillingsloven, gælder både ansættelses- og arbejdsvilkår. For det andet ligger den amerikanske højesterets svar i tråd med EF-domstolens restpraksis i ligestillingsområdet. EF-domstolens retspraksis i ligestillingsområdet har betydning for fortolkningen af den danske ligestillingslov, allerede fordi ligestillingsloven blev vedtaget i 1978 til gennemførelse af ligestillingsdirektivet fra 1976<sup>18</sup>. De danske

---

<sup>18)</sup> Rådets Direktiv 75/117/EEC. Til udfyldning af ligestillingsdirektivet er også udstedt direktiv 86/613/EØF, om anvendelse af princippet om ligestilling af mænd og kvinder i selvstændigt erhverv, herunder i landbrugserhverv, samt om beskyttelse af kvinder i selvstændigt erhverv i forbindelse med graviditet og barsel. Dette direktiv medførte en lovændring i 1989 til gennemførelse af art. 4 af direktivet. Der blev indsat en præcisering af reglerne om udøvelse af selvstændigt erhverv i § 5, stk. 1, 2. pkt. Det vil herefter være tale om en overtrædelse af ligestillingslovens § 5, i det omfang mænd opnår finansiel støtte lettere end kvinder.

domstole er derfor forpligtet til at fortolke ligebehandlingsloven i overensstemmelse med både direktivet og EF-Domstolens retspraksis på området<sup>19</sup>.

Der er endnu ingen EF-domme, der afgør, om ligebehandlingsprincippet i direktivet finder anvendelse på optagelse af partnere, men der har været nogle afgørelser indenfor ligelønsområdet, der minder om den amerikanske højesterets måde at fortolke § 2000e-2(a) på. I Sag 12/81 *Garland mod British Rail*<sup>20</sup>, fastslog EF-Domstolen, at når en arbejdsgiver, uden at være kontraktmæssigt forpligtet hertil, yder tidligere mandlige ansatte særlige befordringsgoder, efter at de er gået på pension, foreligger der en forskelsbehandling i Artikel 119's (nu art 141) forstand af tidligere kvindelige ansatte, som ikke har adgang til de samme goder. De to fremhævede elementer svarer til de afgørende punkter i den amerikanske højesterets fortolkning af § 2000e-2(a) i *Hishon*-sagen. At blive taget i betragtning som partneremne behøvede ikke at være en kontraktmæssig forpligtelse for at være et arbejdsvilkår i § 2000e-2(a)'s forstand. Samtidig var det forhold, at begunstigelsen ved at blive partner skete efter ansættelsesforholdets ophør, uden betydning for lovbestemmelsens anvendelse, ligesom var det uden betydning i de amerikanske ligelønssager om pensionsydelse. Det afgørende i både *Garland*-sagen<sup>21</sup> og *Hishon*-sagen var, at den omstridte begunstigelse var en følge af arbejdsforholdet.

Selvom *Garland*-sagen angår ligeløn og ikke ligebehandlingsprincippet, er der gode grund til at tro, at EU-domstolen vil fortolke ligebehandlingsdirektivet på en måde, der ligner den amerikanske højesterets fortolkning af § 2000e-2(a) i *Hishon*-sagen. I Sag C-189/91 *Kirshammer-Hack mod Sidal*<sup>22</sup> spurgte Kommissionen, om EU-domstolens retspraksis om indirekte kønsdiskrimination, som blev udviklet på grundlag af art 119's ligelønsprincip, kunne anvendes på sager indenfor ligebehandlingsdirektivets område. Advokat General Darmon argumenterede for, at begrebet "indirekte kønsdiskrimination" skulle anvendes, da EU-domstolen havde gjort det indenfor socialsikringsdirektivets<sup>23</sup> anvendelsesområde. Uden at tage stilling til Kommissionens spørgsmål eller Advokat Generalens argument

---

<sup>19)</sup> Der henvises til EF-Domstolens faste praksis om konform fortolkning, som oprindeligt fastlagt i sag 14/83, *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Saml 1984 s. 1891 og Sag 79/83 *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* Saml 1984 s. 1921. Se desuden navnlig de senere afgørelser i sag C-106/89 *Marleasing* Saml. 1990 I, s. 4135, præmis 8 og sag C-91/92, *Faccini Dori* Saml. 1994- I, s. 3325, præmis 26.

<sup>20)</sup> Sag 12/81, Saml 1982 s. 0359.

<sup>21)</sup> Ibid., jf. præmis 7.

<sup>22)</sup> Sag C-189/91 Saml 1993 I-6185.

<sup>23)</sup> 79/7/EØF.

anvendte EU-domstolen begrebet ”indirekte kønsdiskrimination” og henviste til dens retspraksis indenfor ligelønsområde.<sup>24</sup>

Ved fortolkningen af ligestillingsdirektivet skal man samtidig huske på, at ligestilling mellem mænd og kvinder er et grundlæggende princip i EF-retten, jf. EF-traktatens artikel 2 og artikel 3, stk. 2, og i Domstolens retspraksis. I henhold til artikel 6 i Traktaten om Den Europæiske Union bygger Unionen på respekt for menneskerettighederne, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder. Alle menneskers ret til lighed for loven og beskyttelse mod forskelsbehandling er en universel rettighed. I lyset heraf forekommer det sandsynligt, at EF-Domstolen ville være positivt indstillet på at fortolke ligestillingsdirektivet bredt, og derved gøre det muligt, at anvende ligestillingsprincippet på advokatvirksomheders afgørelser om optagelse af nye partnere blandt deres ansatte advokater.

Sandsynligheden for, at EF-Domstolen vil anvende ligestillingsprincippet på optagelse af partnere, øges yderligere efter implementeringsfristen for det nye ligestillingsdirektiv<sup>25</sup> udløber den 5 oktober 2005. Ved det nye direktiv, ændres art 3, stk. 2(b), således, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre ”at alle bestemmelser, der strider mod princippet om ligestilling, og som indgår i kontrakter eller kollektive overenskomster,... [etc.] erklæres eller kan erklæres ugyldige eller ændres.” I det nugældende direktiv (76/207/EØF) anvendes den snævrere formuleringen: ”bestemmelser i kollektive overenskomster eller *individuelle arbejdskontrakter*.” 2002-versionen af direktivet dækker langt flere kontrakter, f.eks. også kontrakter om partnerskab.

## 2. Ligestillingsloven § 2

Selvom ligestillingsloven ikke måtte finde anvendelse på afgørelser om optagelse af partnere, er der stadig væk ligestillingsloven § 2, der bestemmer: ”Enhver arbejdsgiver, myndighed eller organisation skal behandle kvinder og mænd lige inden for offentlig forvaltning og erhvervsmæssig og almen virksomhed.” Indenfor bestemmelsens anvendelsesområde skal kvinder og mænd behandles på lige vilkår. Efter § 1 er lovens formål at modvirke direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af køn. Det betyder, ifølge lovens bemærkninger, at loven omfatter beslutninger, handlinger, begrundelser og valg af kriterier mv.,

---

<sup>24</sup>) Sag C-189/91, Præmis 22.

<sup>25</sup>) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23. september 2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF.

hvor motivet er at forskelsbehandle kvinder og mænd eller hvor disse beslutninger, handlinger, begrundelser mv. har en kønsskæv effekt<sup>26</sup>. Udtrykket "erhvervsmæssig virksomhed" skal forstås bredt og omfatter ikke kun egentlige forretningsdrivende, men også fx udbydere af tjenesteydelser, herunder advokater<sup>27</sup>.

Ligestillingsloven § 2 har et langt bredere anvendelsesområde end ligebehandlingsloven. Det må derfor antages, at denne bestemmelse finder anvendelse på beslutninger om optagelse af partnere i advokatvirksomheder.

### **3. Hvad indebærer anvendelse af ligebehandlingsprincippet på afgørelser om optagelse af partnere?**

Ligestillingsloven definerer ikke ligebehandlingsprincippet eller ligestilling men ifølge lovens bemærkninger omfatter direkte forskelsbehandling beslutninger, handlinger, begrundelser og *valg af kriterier* mv., hvor motivet er at forskelsbehandle kvinder og mænd. Omfattet af forbudet er således ikke kun tilfælde, hvor der udtrykkeligt lægges vægt på den pågældendes køn, men også tilfælde, hvor der lægges vægt på andre "kønsspecifikke" forhold, fx graviditet.

Ligebehandlingslovens § 1, stk. 1 beskriver ligebehandlingsprincippet som følger: "Ved ligebehandling af mænd og kvinder forstås i denne lov, at der ikke finder forskelsbehandling sted på grund af køn. Dette gælder både direkte forskelsbehandling og indirekte forskelsbehandling, *navnlig under henvisning til graviditet eller til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.*"

Denne definition stemmer overens med definitionen i Ligebehandlingsdirektivets artikel 2, dog nævner direktivets definition ikke graviditet. I den danske lovs § 1, stk. 3 er der svarende til direktivets artikel 2, stk. 3, en undtagelse for bestemmelser om beskyttelse af kvinder, navnlig i forbindelse med graviditet og fødsel.

EF-Domstolen har udviklet en omfattende retspraksis om anvendelse af ligebehandlingsprincippet ved graviditet, barsel, eller adoption. Der foreligger direkte forskelsbehandling, hvis en beslutning er motiveret af hensyn til biologisk køn, hvad enten man åbent indrømmer det kønsdiskriminerende motiv eller forsøger at skjule dette. EU Domstolen anser forskelsbehandling af kvinder pga. graviditet, barsel eller adoption som direkte forskelsbehandling i ligebehandlings-

---

<sup>26)</sup> Andersen, Nielsen og Precht, *Ligestillingslovene*, s. 311.

<sup>27)</sup> Ibid.

direktivets forstand. At forskelsbehandling af kvinder pga. graviditet skal anses som direkte forskelsbehandling er første gang fastslået i *Dekker-sagen*<sup>28</sup> fra 1990. I denne sag havde en arbejdsgiver nægtet at ansætte en gravid kvinde, fordi hendes fravær i forbindelse med barselsorlov ville have været økonomisk byrdefuld. Arbejdsgiveren slog fast, at beslutningen kun var begrundet i de økonomiske vanskeligheder, som knyttede sig til kvindens forestående fravær, og ikke ansøgerens køn eller graviditet i sig selv. Domstolen afviste arbejdsgiverens synspunkt ved at fastslå, at de økonomiske vanskeligheder, der dannede grundlaget for arbejdsgiverens beslutning, var uløseligt forbundet med ansøgerens graviditet. Da graviditet er en tilstand kun kvinder oplever, måtte enhver beslutning, som bliver truffet på grundlag af graviditet og de hertil knyttede omkostninger, udgøre direkte forskelsbehandling på grund af køn. Senere afgørelser af EU-domstolen har anvendt den samme analyse på afskedigelse pga. graviditet og graviditetsrelaterede sygdomme.

Hvis ligebehandlingsprincippet skal anvendes på afgørelser om optagelse af partnere i advokatvirksomheder, betyder det derfor, at en advokatvirksomhed, der beslutter sig for ikke at optage en kvindelig advokat som partner, fordi hun er gravid eller er bare i den fødedygtige alder og beregner fremtidige økonomiske tab pga. barselsbetinget fravær og forbigående indtjeningsmuligheder, forskelsbehandler direkte pga. køn.

#### **4. Hvad er den praktiske betydning af et forbud mod forskelsbehandling i forbindelse med optagelse af partnere i advokatvirksomheder?**

Hvis ligebehandlingslovens § 4 gælder i sådanne sager, foreskriver § 19 straf (bøde) for overtrædelse af § 2-6 og § 14, 15, og 16 hjemler godtgørelse for ikke økonomisk skade. Lovens § 14 indeholder ikke noget maksimum for godtgørelsens størrelse. Den maksimale godtgørelse for ulovlig forskelsbehandling ved en afgørelse om optagelse af partnere, vil dog næppe overstige 6 måneders løn. Det ligger under det maksimum (39 ugers løn) for godtgørelse i tilfælde af viktimisering (§ 15). Og over de 3 måneders løn, der har været accepteret i retsforlig<sup>29</sup>.

Ligestillingslovens § 2 hjemler også en godtgørelse svarende til § 14 i ligebehandlingsloven.

---

<sup>28)</sup> Sag C-177/88, Saml 1990-I s.3941.

<sup>29)</sup> Se Andersen, Nielsen og Precht, *Ligestillingslovene*, s. 246.

I betragtning af hvor ubehageligt det kan være at indbringe ens arbejdsgiver for ulovlig kønsdiskrimination, hvor lille den danske advokatbranche er, og hvor små godtgørelserne kan være, er det usandsynligt, at advokatvirksomheder bliver indklagede for forskelsbehandling i forbindelse med partner afgørelser.

Det skal dog ikke være et signal for advokatvirksomheder til at forholde sig passive. Som et minimum bør advokatvirksomheder leve op til de krav loven stiller. Baseret på erfaringerne fra USA er det nok kun et spørgsmål hvornår, og ikke hvis, EF-Domstolen får stillet et præjudicielt spørgsmål om diskrimination ved optagelse af partnere. I mellemtiden fortsætter kvindelige advokater deres søgninger væk fra advokatbranchen.



# Begrebet "anbringender"

## reglerne om grundlaget for sagernes behandling og afgørelse i civilprocessen

af

Bjørn Ryberg

### 1. Indledning

Emnet for denne artikel er de civilprocessuelle regler om grundlaget for rettens behandling og afgørelse af sager. Begrebet "anbringender" spiller en central rolle i de civilprocessuelle fremstillingers traditionelle lære, idet "anbringenderne" ifølge denne er afgørende for, hvilke spørgsmål retten skal tage stilling til i en konkret retssag.

### 2. Retsplejelovens hovedbestemmelse om grundlaget for sagernes behandling

Retsplejelovens 338 har siden 1979 sagt følgende om grundlaget for en sags afgørelse det vil sige om afgrænsningen af de spørgsmål, som retten skal tage stilling til, og om afgrænsningen af det, som retten skal basere sin afgørelse på:

"Retten .... kan kun tage hensyn til anbringender, som parten har gjort gældende, eller som ikke kan frafalde".

Før 1979 var den relevante bestemmelse retsplejelovens 293, stk. 2. Den havde følgende ordlyd:

"Der må ved afgørelsen ikke tages hensyn til søgsmålsgrunde eller indsigelser, som ikke er gjort gældende af parterne, og som disse er berettigede til at frafalde, om det end af sagens forhandling kan ses, at de kunne have været benyttede".

Den betydelige forskel i de 2 bestemmelsers ordlyd afspejler alene en "redaktionel ændring".<sup>1</sup> Begrebet "anbringender" i § 338 svarer med andre ord til "søgs-målsgrunde og indsigelser" i den gamle 293, stk. 2.<sup>2</sup>

Da der ikke er tilsigtet nogen realitetsforskel mellem den gamle 293, stk. 2, og den nugældende § 338, har praksis fra før 1979 bevaret sin fulde præjudikats-værdi, ligesom relevansen af litteratur fra før 1979 må anses for upåvirket.

For så vidt angår den nærmere forståelse af § 338 er der ikke noget at hente i motiverne til retsplejeloven, som alene indeholder en helt generel henvisning til forhandlingsmaksimen. Det følger dog ret klart af 338, at dommerne kun kan tage visse synspunkter i betragtning, i det omfang de er "*gjort gældende*", og at en part derfor må gøre sådanne synspunkter gældende, hvis parten vil have dem taget i betragtning ved sagens afgørelse. I øvrigt er det værd at bemærke, at selve bestemmelsens ordlyd ikke lægger op til, at anbringender skulle være et særligt begreb, som på en eller anden måde skyder sig ind mellem såkaldte "støttefakta" og de materielle retsregler.

### 3. Den traditionelle lære

#### 3.1 Teorien og begrebsapparatet

De grundlæggende synspunkter i den traditionelle læres fortolkning af retspleje-lovens § 338 går i hovedtræk ud på følgende:<sup>3</sup>

- 1) Retten er bundet af parternes anbringender og kan således ikke tage hensyn til andre anbringender end de af parterne påberåbte.
- 2) Det er unødvendigt for parterne i en sag at påberåbe sig de retsregler, sagen skal afgøres efter, idet retten, der ifølge grundsætningen *jura novit curia* per defi-

---

<sup>1)</sup> Betænkning nr. 698/1973 om behandling af borgerlige sager s. 121.

<sup>2)</sup> I overensstemmelse hermed er det s. 96 i 1899-betænkningen om en ny retsplejelov anført, at ordet "anbringender" omfatter "søgsmålsgrunde, benægtelser og ekseptioner".

<sup>3)</sup> Bernhard Gomard, *Civilprocessen* 5. udg. (2000) s. 430, 443 ff og 452 ff og Eva Smith, *Civilproces* 4. udg. (2000) s. 115 og 123 f.

nition kender gældende ret, ex officio skal bringe de relevante retsregler i anvendelse med deres fulde og korrekte indhold.<sup>4</sup>

3) Tilsvarende er retten frit stillet med hensyn til, hvilke konkrete støttefakta den vil inddrage i sagens afgørelse.

Som det fremgår, er det karakteristisk for den traditionelle lære, at støttefakta og materielle retsregler er genstand for én form for behandling, mens anbringenderne, er genstand for den diametralt modsatte form for behandling. Det nærmere indhold af begreberne støttefakta, retsregler og anbringender er derfor af stor betydning i den traditionelle lære. Om definitionen af begrebet anbringender og dette begrebs afgrænsning over for begreberne, støttefakta og retsregler siger den traditionelle lære følgende:<sup>5</sup>

a) De for sagen relevante *retsregler* udgør ikke en del af de anbringender, som parterne i medfør af retsplejelovens 338 skal påberåbe sig, for at få dem taget i betragtning, idet dommeren ifølge den traditionelle lære ex officio skal bringe de relevante retsregler i anvendelse med deres fulde og korrekte indhold.

b) Der foreligger et anbringende, når 1) "*bestemte forhold*" / "*nøgne kendsgerninger*" / "*rene kendsgerninger*" er fremhævet som et led i begrundelsen for en parts påstand, og 2) der er sket en vis præcisering af *deres mulige retlige betydning*.

c) Et anbringende består *kun* af *retsfaktum*, det vil sige af de kendsgerninger, som af en retsregel er knyttet sammen med retsfølgen.

d) En parts påberåbelse af *konkrete oplysninger* med henblik på at overbevise retten om, at retsfaktum foreligger, *udgør ikke et anbringende*.

e) *Konkrete oplysninger* - såsom oplysningen om en skadelidts egen beruselse - *udgør støttefakta*, som dommerne frit kan basere deres afgørelse på, selv om oplysningerne ikke er blevet påberåbt af nogen af parterne.

---

<sup>4</sup>) S. 452 i Bernhard Gomard, Civilprocessen, 5. udgave (2000) er følgende således anført: "Retten afgør sagen, således som den er forelagt af parterne, på grundlag af gældende ret, uanset om de regler, der kommer i betragtning er blevet gjort gældende under sagen, jfr. UfR 1988.1 H. Retten anvender den gældende rets regler, således som de virkelig er."

<sup>5</sup>) Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (2000) s. 443 ff og 454 ff. Se også Eva Smith, Civilproces 4. udg. (2000) s. 114 ff, 123 og 141 samt Ole Unmack Larsen s. 67 f i Proceduren 2. udg. (1980).

f) Sondringen anbringender-støttefakta korresponderer med sondringen jursfaktum.

Når de enkelte udsagn om begrebernes indhold og indbyrdes relationer læses isoleret, giver udsagnene ikke umiddelbart anledning til de store problemer. Visse af udsagnene kan endog kombineres på en meningsfuld måde. Andre udsagn er imidlertid temmelig inkompatible, hvilket afspejler nogle grundlæggende problemer i den traditionelle lære.

Hvis man begrænsede den traditionelle lære til udsagn *b)* om, at et anbringende består af bestemte nøgne/rene kendsgerninger og en vis retlig kvalificering deraf, og udsagn *a)* om, at det er op til dommeren at udvælge de anvendelige retsregler, ville man opnå det for så vidt harmoniske resultat, at det var op til parterne at bestemme, hvilke bestemte nøgne kendsgerninger dommeren skulle bedømme, hvorefter det var op til dommeren at anvende retsreglerne med deres fulde og korrekte indhold på disse kendsgerninger.

Hvis man omvendt begrænsede den traditionelle lære til udsagn *c* og *d)* om, at et anbringende alene består i retsfaktum i henhold til en eller flere retsregler og udsagn *e)* om, at det er op til dommeren at finde ud af, hvilke af de nøgne/rene kendsgerninger, der er relevante for den eller de pågældende retsregler, ville man på tilsvarende vis opnå det ligeledes harmoniske resultat, at det var op til parterne at bestemme, hvilke retsregler de ville have bragt i anvendelse, hvorefter det var op til dommeren at afgøre, om den af dommeren valgte antagelse om sagens nøgne kendsgerninger kunne føre til anvendelse af de af parterne påberåbte retsregler.

Hvis man derimod forsøger at kombinere udsagn *e)* om at det er op til dommeren at finde ud af, hvilke af de nøgne/rene kendsgerninger, der er relevante for den eller de pågældende retsregler, og udsagn *a)* om at det også er op til dommeren at udvælge de anvendelige retsregler, er det svært at se, hvor anbringenderne skulle kunne komme ind i billedet. Endvidere fører denne kombination af elementer fra den traditionelle lære til resultater, der er svært forenelige med tanken bag forhandlingsmaksimen, ifølge hvilken det er op til parterne at bestemme blandt andet, hvilke spørgsmål, der skal afgøres af retten.

Da dommeren ifølge den traditionelle lære kun må tage hensyn til de af parterne påberåbte anbringender, er der heller ikke megen harmoni mellem udsagn *c)* om, at et anbringende alene består i retsfaktum i henhold til en eller flere retsregler, og udsagn *a)* om at det er op til dommeren *ex officio* at udvælge de anvendelige retsregler, idet retsfaktum som bekendt rent begrebsmæssigt udgør betingelserne for de relevante retsreglers anvendelse.

Endnu værre går det, hvis man forsøger at kombinere på den *ene side* udsagn *c* og *d*) om, at et anbringende består af bestemte (nøgne/rene) kendsgerninger, som har været udsat for en vis retlig kvalificering, og på den *anden side* udsagn *f*) ifølge hvilken anbringender ikke er fakta men kun jus og udsagn *b*) ifølge hvilken et anbringende udelukkende består af retsfaktum, og påberåbelsen af bestemte kendsgerninger (støttefakta) med henblik på at overbevise retten om, at et retsfaktum foreligger, ikke er at anse for anbringender.<sup>6</sup>

Det hjælper ikke at henvise til, at anbringender er jus, mens støttefakta er faktum, jf. udsagn *f*). Sondringen jus-faktum er nemlig mindst lige så problematisk som den traditionelle læres egne sondringer mellem anbringender og støttefakta.<sup>7</sup>

Som det fremgår, kan der være grund til at anskue den traditionelle lære som et ikke særlig vellykket forsøg på at udføre det gamle kunststykke: at blæse og have mel i munden. Begrebsapparatet er mildest talt problematisk, og doktrinen består af regler, som i vidt omfang er indbyrdes uforenelige.

## 3.2 Den traditionelle læres forhold til retspraksis

### 3.2.1 Anbringendernes betydning

I den traditionelle lære er de materielle retsregler og støttefakta som tidligere nævnt genstand for procesretlige regler, der har det diametralt modsatte indhold af de procesretlige regler, som anbringender er genstand for. Spørgsmålet om grundlaget for sagernes afgørelse er endvidere af væsentlig praktisk betydning for

---

<sup>6)</sup> Se i samme retning Per Augdahl, TfR 1942 s. 222, *hvor* det er anført, at det er forunderligt, at dansk procesretlig teori "uden at blinke" kan *a*) docere en doktrin, ifølge hvilken der ikke må tages hensyn til anbringender, som ikke er gjort gældende, og *b*) samtidig hævde, at retten ex officio skal anvende gældende ret, og *hvor* det uddybende er anført, at et udsagn om, at en dommer ex officio skal anvende gældende forældelsesregler, er det modsatte af et udsagn om, at dommeren ikke kan frifinde på grund af forældelse, når forældelsesindsigelsen ikke er gjort gældende, idet det forhold, at en forældelsesindsigelse er gjort gældende jo netop indebærer, at forældelsesreglerne begæres bragt til anvendelse. Side 221 har Augdahl mere generelt kritiseret den traditionelle lære for at være udtryk for en forældet doktrin, som til stadighed har været teoriens kælebarn. Umiddelbart kan det undre, at Augdahls betragtninger ikke har givet anledning til en højere grad af selvansøgelse i dansk procesretlig teori i de forløbne 60 år.

<sup>7)</sup> Se for eksempel Poul Spleth i Retsplejeloven gennem 50 år (1969), hvor følgende er anført om sondringen jus-faktum: "I borgerlige sager er det helt klart, at sondringen i mange tilfælde ikke lader sig drage." Om sondringen se i øvrigt Henrik Zahle, Om det juridiske bevis s. 15 ff, hvor man af gode grunde ikke finder nogen operationel påvisning af grænsen mellem jus og faktum. En ligeledes kritisk og mere udførlig analyse af jus-faktum sondringen finder man i kapitel 5 i min afhandling Beskyttelsesomfanget i dansk patentret (2002).

retssagers tilrettelæggelse, behandling og afgørelse. Dersom den traditionelle lære rent faktisk afspejlede det, der foregår ved domstolene, skulle man derfor forvente, at den præcise afgrænsning af anbringender over for retsregler og støttefakta ville være genstand for en betydelig interesse i de forskellige materielle retsdiscipliner. Man måtte med andre ord forvente, at den traditionelle læres *almindelige del*, der opdyrkes i den procesretlige litteratur, havde ført til udvikling af en tilsvarende *speciel del* inden for den materielle retsdogmatiks forskellige discipliner - erstatningsretten, aftaleretten, varemærkeretten etc. Den traditionelle læres problemstillinger har imidlertid ikke tiltrukket sig nævneværdig interesse uden for den procesretlige litteratur.<sup>8</sup> Dette i sig selv et kraftig vink med en vognstang om, at den traditionelle læres udsagn om begrebet "anbringender" og deres betydning for retssagers behandling og afgørelse ikke er i harmoni med det praktiske retsliv. Denne formodning for, at den traditionelle lære er ude af trit med det praktiske retsliv bekræftes på 2 måder.

For det 1. kan proceslitteraturens meget få udtalelser om de konkrete konsekvenser af den traditionelle lære give anledning til betydelig skepsis med hensyn til den traditionelle læres overensstemmelse med det praktiske retsliv. At det forholder sig sådan burde fremgå med fornøden klarhed af det følgende eksempel, der tager udgangspunkt i et af de meget få tilfælde, hvor den traditionelle lære har dristet sig til at pege på, hvad der inden for et materielt retsområde konkret skal anses for at udgøre henholdsvis et anbringende og et støttefaktum.

Ifølge den traditionelle lære skal "umyndighed" og "forældelse" anses for at udgøre anbringender, mens sagsøgte's unge alder og forpligtelsens ælde kun kan have karakter af støttefakta.<sup>9</sup> I en sag, hvor sagsøgte påberåber sig, at han kun var et barn på 9 år, da han indgik den aftale, som sagsøgers krav er baseret på, og hvor sagsøgte derudover gør gældende, at der er tale om et 40 år gammelt krav, vil den traditionelle lære derfor føre til, at sagsøgte ikke kan anses for at have fremført nogen anbringender (kun støttefakta). Konsekvensen heraf skulle ifølge den traditionelle læres grundsætninger være, at den påståede skadevolder i medfør af retsplejelovens 338 må dømmes af rent processuelle årsager, idet sagsøgte ikke kan anses for at have fremført et anbringende, som retten kan tage stilling til. Dette ville imidlertid - heldigvis - være udtryk for en formalisme, som ligger

---

<sup>8)</sup> I de meget få tilfælde, hvor man inden for den materielle retsdogmatik rent faktisk har interesseret sig for den traditionelle læres betydning for retsområdet, syntes den traditionelle lære i øvrigt ikke at have ført til praktisk anvendelige resultater. Se for eksempel Bernhard Gomard "Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold" (1958) s. 78 f, hvor der blandt andet er anført, at det ikke er klart, hvad der skal forstås ved "søgsmålsgrund", og at der hersker uklarhed med hensyn til forhandlingsmaksimens rækkevidde.

<sup>9)</sup> Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (2000) s. 445.

langt fra det, som man i praksis kan oplever ved de danske domstole. Selv i de ganske få tilfælde, hvor den traditionelle lære giver et klart svar på, hvad der skal anses for henholdsvis anbringender og støttefakta, fører den traditionelle lære således ikke til pålidelige konklusioner.

For det 2. er der ikke harmoni mellem den traditionelle lære og det forhold, at retsordenen af karakter er dynamisk og under konstant udvikling. Den traditionelle lære forudsætter, at der kan påvises *bestemte grænser* mellem anbringender og retsregler og mellem anbringender og støttefakta. Den traditionelle lære forudsætter med andre ord, at retsordenen har en statisk karakter. Dette giver den traditionelle lære et anstrengt forhold til det faktum, at retsordenen - også uden lovgivers indblanding - løbende udvikler sig, hvilket som bekendt mest markant - men langt fra udelukkende - kommer til udtryk derved, at det forekommer, at der træffes *a)* (pioner)afgørelser inden for områder, hvor der ikke på forhånd findes anerkendte retsregler, eller *b)* afgørelser, hvor Højesteret klart og abrupt ændrer den retsopfattelse, som hidtil er blevet fulgt i Højesteret.<sup>10)</sup>

Sammenfattende kan man sige, at det må have formodningen mod sig, at den traditionelle læres doktrin om anbringenderne og deres betydning afspejler det praktiske retsliv, *a)* fordi den traditionelle læres almindelige regler ikke har givet anledning til opdyrkning af dertil svarende specielle regler i de forskellige materielle retsdiscipliner, hvor den almindelige læres doktrin ellers skulle formodes at have stor praktisk betydning, *b)* fordi proceslitteraturens egne bud på doktrinens konkrete konsekvenser ikke forekommer overbevisende, og *c)* fordi den traditionelle læres forudsætning om, at retsordenen er statisk, er vanskelig at forene med retsordenens dynamiske karakter.

---

<sup>10)</sup> Om sådanne afgørelser se Bernhard Gomard, Højesteret 1661-1986 (1986) s. 56 note 28 og s. 63. Den traditionelle læres statiske opfattelse af, at man løse retssager kan kategorisere bestemte fænomener som værende retsregler, anbringender og støttefakta, afspejler i det hele taget, en indendørs retslære for længst vrødet ide, ifølge hvilken retsordenen udgør et udtømmende og på forhånd givet normsystem, jf. Bernhard Gomard, Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold (1958) s. 79 (min kursivering): "På grundsætningen *jura novit curia* er også den traditionelle sætning, at retssætninger ikke kan være genstand for bevis, opstillet. Usikkerheden om grundlagets bærekraft fører til usikkerhed om gyldigheden af de regler, der bygger derpå. Tankegangen bag sætningen *jura novit curia* hænger sammen med opfattelsen af retsordenen som et udtømmende, på forhånd givet normsystem. Den kan ikke opretholdes, når det erkendes, at reglerne indhold påvirkes af hensigtsmæssighedsovervejelser." Det af Gomard anførte må forstås således, at visse regler er baseret på grundsætningen *jura novit curia*, at tankegangen bag grundsætningen ikke kan opretholdes, og at dette må skabe usikkerhed om de regler, der bygger på denne uholdbare tankegang. De regler, der ifølge Gomard skulle anses for at være genstand for den nævnte usikkerhed - og som derfor også afspejler den tankegang, ifølge hvilken retsordenen er et udtømmende og på forhånd givet normsystem - må formodes at være den traditionelle læres grundsætninger, idet det af Gomard anførte optræder i forbindelse med en omtale af den dagældende retsplejelovs § 293, stk. 2, og idet han i den forbindelse karakteriserede det deri anvendte udtryk "søgsmålsgrund" som uklart.

### 3.2.2 Grundsætningen om, at retten ex officio skal anvende gældende rets regler med deres fulde og korrekte indhold

Ifølge den traditionelle lære anvender retten ex officio gældende rets regler med deres fulde og korrekte indhold. Dette er ikke i overensstemmelse med Højesteretspraksis, jf. navnlig *UfR 1982 s. 623 H* og *UfR 1982 s. 627 H*. Der er tale om 2 principielle domme, som ikke ses at have været omtalt i den procesretlige teori. dommene vedrører begge samme problemstilling, nemlig beskatning af visse kursavancer fra begyndelsen af 1970'erne.

Tilbage i 1955 havde Højesteret med dommen *UfR 1955 s. 251 H* fastslået, at der i statsskattelovens § 4, jf. § 5a ikke var hjemmel til at beskatte den pågældende form for kursavancer. Som følge heraf blev der i ligningslovens § 4 efterfølgende tilvejebragt hjemmel for beskatning af sådanne kursavancer.

På trods af Højesterets dom fra 1955 fandt Østre Landsret i overensstemmelse med kammeradvokatens procedure i begge sagerne, at kursavancerne var skattepligtige i medfør af statsskattelovens § 4, jf. § 5a.

Landsrettens domme blev af de tabende skatteborgere anket til Højesteret. I Højesteret gjorde de gældende, at sagerne skulle afgøres efter statsskattelovens § 4, jf. § 5a, og at ligningslovens § 4 ikke kunne finde anvendelse, idet den ikke havde været påberåbt af statens advokat. Statens advokat bekræftede, at sagerne ønskedes afgjort alene på grundlag af statsskattelovens § 4, jf. § 5a.

Højesteret frifandt appellerne med den begrundelse, at der - som allerede fastslået i Højesterets dom fra 1955 - ikke var den fornødne hjemmel i statsskatteloven, og at ligningslovens § 4 ikke havde været påberåbt.

Objektivt set var appellerne i medfør af ligningslovens § 4 skattepligtige af de omtvistede kursavancer. De fik desuagtet medhold i deres påstande om nedsættelse af den skattepligtige indkomst med beløb svarende til kursavancerne. Alle forudsætninger for at bringe ligningslovens § 4 i anvendelse var opfyldt, bortset fra at ligningslovens § 4 ikke var påberåbt af nogen af parterne. Endvidere var Højesteret såvel bekendt med som opmærksom på ligningslovens § 4 og dens afgørende betydning for skattepligten. Man kan derfor vanskeligt forestille sig en højesteretsdom, som mere klart viser det uholdbare i dogmet om rettens obligatoriske anvendelse af gældende rets regler med deres fulde og korrekte indhold.<sup>11)</sup>

---

<sup>11)</sup> Ifølge Lindencrones og Werlauffs version af den traditionelle lære kan resultatet forklares med den der formulerede undtagelsesregel, ifølge hvilken hovedreglen om den obligatoriske anvendelse af gældende ret ikke finder anvendelse, i det omfang parterne udtrykkeligt har givet afkald på anvendelsen af gældende rets regler. Om Lindencrones og Werlauffs version af den traditionelle lære se den mere udførlige omtale nedenfor i note 26.

Til støtte for læren om den obligatoriske anvendelse af gældende rets regler med deres fulde og korrekte indhold henvises der i litteraturen til *UfR 1988 s. 1 H.*<sup>12</sup> Ret beset giver den dom imidlertid næppe nogen støtte til den traditionelle lære.

Sagen drejede sig om § 61 i lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring. Ifølge § 61, stk. 1, måtte dagpenge ikke udbetales til et medlem, hvis ledighed skyldtes, at han var omfattet af strejke eller lockout (konflikt). I § 61, stk. 2, nr. 1, var der angivet et eksempel på, hvornår et medlem skulle anses for omfattet af en konflikt. Parternes procedure havde været koncentreret om forståelsen af eksemplet i § 61, stk. 2, nr. 1. Højesterets flertal (4 ud af 5) udtalte, at det fulgte af § 61, stk. 1, at appellanterne ikke havde krav på udbetaling af dagpenge, idet deres ledighed skyldtes at de var omfattet af en konflikt, og at stk. 2, nr. 1 ikke kunne føre til noget andet resultat. Allerede fordi stk. 2, nr. 1, kun havde karakter af et fortolkningsbidrag til stk. 1, syntes dommen ikke at give den fornødne støtte for en så vidtgående regel som læren om den obligatoriske anvendelse af gældende rets regler med deres fulde og korrekte indhold.

Hos Eva Smith finder man endvidere henvisninger til *UfR 1963 s. 806 H.*<sup>13</sup> Den dom, som har en i nogen grad bizar processuel baggrund, giver imidlertid snarere støtte for det modsatte synspunkt, nemlig at den traditionelle lære er på vildspor.

Sagen drejede sig om et erstatningskrav i anledning af vandindtrængen i en kælder som følge af tæring i en kommunal fjernvarmeledning. Skadelidte havde såvel i byretten som i landsretten fået medhold under henvisning til, at der på dette livsområde gjaldt en regel om objektivt ansvar.

Den advokat, der førte skadelidtes sag i Højesteret, ønskede - af uransagelige årsager - ikke at gøre gældende, at der gjaldt en regel om objektivt ansvar. Han erkendte, at der ikke forelå bevis for culpa, men han mente til gengæld, at der måtte være en formodning for culpa, og at kommunen ikke havde formået at afkræfte denne formodning.

Alle 7 højesteretsdommere var enige om, at der forelå ansvar. I deres begrundelse fulgte de 5 dommere i hovedsagen skadelidtes argumentation. De resterende 2 dommere nåede til samme konklusion med henvisning til, at kommunen havde gjort sig skyldig i et culpøst forhold.

Højesteret kunne - ligesom byretten og landsretten - have statueret ansvar på objektivt grundlag, men flertallet valgte altså i stedet at lægge det af skadelidte påberåbte præsumptionsansvar til grund. I sin kommentar til dommen har J. Trolle i *UfR 1964 B s. 138* forklaret denne fravigelse af den traditionelle læres dogme - om rettens ex officio anvendelse af gældende ret med dens korrekte og fulde

---

<sup>12)</sup> Bernhard Gomard, *Civilprocessen* 5. udg. (2000) s. 452 og 455 og Eva Smith, *Civilproces*, 4. udg. (2000) s. 115 og 141.

<sup>13)</sup> Eva Smith, *Civilproces*, 4. udg. (2000) s. 115 og 141.

indhold - med, at klare udtalelser om, at parterne ser på en bestemt måde på et tvivlsomt retsspørgsmål formentlig ofte vil bevirke, at retten ikke indtager et standpunkt, som er imod begge parters standpunkter, og at dette forhold formentlig lå bag de af Højesteret givne begrundelser, således at dommen rent erstatningsretlig har en noget begrænset præjudikatsværdi.<sup>14</sup>

I sin kommentar til dommen skrev J. Trolle mere generelt, at læren om rettens ex officio anvendelse af gældende ret, nok bør forstås således, at "parterne ikke kan tilrettelægge deres procedurer sådan, at de får deres sag afgjort efter andet end dansk ret". Dette udsagn ville helt åbenbart være alt for kategorisk, hvis det skulle forstås således, at man ikke kan få danske domstole til at anvende fremmed ret, for eksempel tysk ret i en sag om en kontrakt, som ifølge parternes aftale er underlagt tysk ret. Trolles udsagn må derfor forstås således, at parterne ikke kan få retten til at dømme efter for eksempel "ret og rimelighed" eller andre "uautoriserede" normsystemer. Dette er imidlertid en regel af et helt andet indhold end den i den traditionelle lære hævdede og langt mere vidtgående regel om rettens obligatoriske anvendelse af gældende ret med dens korrekte og fulde indhold.

Den traditionelle læres dogme om den obligatoriske anvendelse af gældende ret er en videreførsel af teoriens antagelser fra før retsplejelovens ikrafttræden.<sup>15</sup> Domme fra før 1919 er derfor ikke nødvendigvis irrelevante. De i det følgende omtalte 4 domme fra begyndelsen af 1900-tallet om krænkelse af et patent på en radrensemaskine er som følge heraf ikke uden interesse. De 4 domme er *UfR 1907 s. 503*, *UfR 1911 s. 791 H*, *UfR 1914 s. 371 H* og *UfR 1915 s. 551 H*.

Det i alle 4 sager håndhævede patent havde et hovedpatentkrav og et underpatentkrav. Som bekendt er patentkravene afgørende for beskyttelsen, jf. den nugældende patentlovs § 39.<sup>16</sup> Underkravet henviste til den i hovedkravet beskrevne opfindelse

---

<sup>14</sup>) Se i samme retning Trolles votum i *UfR 1960 s. 1008 H*: "Da indstævnte under proceduren har erklæret, at han med appellanterne er enig i, at færdselslovens § 65, stk. 1, skal anvendes ved bedømmelsen af spørgsmålet, om han har medskyld i det skete, findes denne bestemmelse at burde bringes til anvendelse, uanset at rigtigheden heraf ikke er uomtvistelig". Dommen er kommenteret af Th. Gjerulff og Jørgen Trolle i *TfR 1961 s. 300*, hvor det fremgår, at Trolle ikke var ene om at anvende § 65, idet den deri indeholdte regel blev lagt til grund af alle de voterende højesteretsdommere. Det pågældende aspekt af dommen er endvidere nævnt af Trolle i *UfR 1964 B s. 138*. Henrik Tamn, som også var med til at afsige dommen, og som tilhørte flertallet på 5 ud af de 7 voterende dommere, har i *UfR 1966 B s. 36* givet udtryk for, at dommen er et eksempel på, at parterne kan aftale anvendelse af en bestemt retsregel.

<sup>15</sup>) H. Munch-Petersen, *Den Danske Civilproces i Hovedtræk*, første afdeling, 1. udg. (1906) s. 257, hvor følgende er anført: Med hensyn til retssætninger gælder derimod forhandlingsmaksimen ikke. Ganske uafhængigt af parternes procedurer anvender dommeren den gældende ret, forsåvidt de af parterne assererede fakta åbner mulighed derfor."

<sup>16</sup>) Patentlovens § 39 har følgende ordlyd: "Patentbeskyttelsens omfang bestemmes af patentkravene. Til forståelse af patentkravene kan vejledning hentes fra beskrivelsen."

og tilføjede opfindelsen nogle yderligere træk. Underkravets tilføjelse af nogle yderligere træk beskrev således en særlig udførelsesform af den i hovedkravet beskrevne opfindelse.

Der er i dag ingen tvivl om, at et underkrav til et hovedkrav skal læses i sammenhæng med det hovedkrav, hvortil det henviser. Dette indebærer, at en omtvistet genstand skal have samtlige de i underkravet og hovedkravet beskrevne træk for at være direkte omfattet af den fra underkravet flydende beskyttelse (ordret krænkelse).<sup>17</sup> Dette blev da også fastslået i den 4. af dommene, UfR 1915 s. 551 H.

Forud for den korrekte 4. dom gik imidlertid en perlerække på 3 domme, heraf 2 højesteretsdomme, hvori man valgte at læse underkravet isoleret. Dette førte i de 3 sager til, at en række maskiner, der havde de i underkravet beskrevne træk eller tilsvarende træk men ikke havde noget, der svarede til de i hovedkravet beskrevne træk, blev anset for at være omfattet af den fra underkravet flydende beskyttelse. Det, som i den 4. sag fik Højesteret på andre og bedre tanker, var en erklæring fra datidens patentmyndighed, Patentkommissionen, hvori Højesterets dommere blev belært om forholdet mellem hovedkrav og underkrav i et patent.

Havde man i de 3 første sager på samme måde som i den 4. sag anvendt gældende ret med dens fulde og korrekte indhold, ville sagerne utvivlsomt have fået et andet udfald. Når det drejer sig om så mange sager, der fik et forkert udfald på grund af dommernes manglende forståelse for den relevante jura, må det siges at ligge langt uden for den statistiske usikkerhedsmargen, som man med rimelighed kan indrømme den traditionelle læres dogmer om a) at retten kender gældende ret, jf. grundsætningen jura noviat curia, b) at juraen ikke er genstand for bevis, og c) at domstolene ex officio anvender gældende rets relevante regler med deres korrekte og fulde indhold. Dommene giver med andre ord den traditionelle lære en del forklaringsproblemer.

Det følger af det anførte, at de af den traditionelle lære påberåbte domme ikke giver fornødent grundlag for lærens antagelse om, at retten er bekendt med gældende ret og ex officio anvender gældende rets relevante retsregler med deres fulde og korrekte indhold, og at det derimod fremgår af en række domme, at det ikke forholder sig som antaget i den traditionelle lære.

### 3.2.3 Sammenfatning

Som det fremgår af det ovenfor i afsnit 3.2.1 og 3.2.2 anførte, må det af forskellige årsager antages, at den traditionelle lære er ude af trit med det

---

<sup>17)</sup> Hvornår en omtvistet genstand er omfattet af den fra et patentkrav flydende beskyttelse, selv om den ikke besidder samtlige de i patentkravet beskrevne træk (analog krænkelse), er det ikke nødvendigt at omtale nærmere i denne sammenhæng.

praktiske retsliv, for så vidt angår *a)* lærens opfattelse af begrebet anbringender og dette begrebs betydning og *b)* grundsætningen om, at retten ex officio anvender gældende rets relevante regler med deres fulde og korrekte indhold.

### 3.3 Tendenser til opblødning af den traditionelle læres grundsynspunkter

I den procesretlige litteratur finder man visse tendenser til opblødning af den traditionelle læres dogmer. I det følgende omtales 4 repræsentative eksempler.

*Eksempel 1.* Bernhard Gomard har anført, at præcise generelle krav til formuleringen af anbringender ikke kan opstilles, at det væsentlige er, at en parts udviklinger i den konkrete situation skal være forståelige og udtrykkeligt eller indirekte gøre det klart for modparten og retten, hvilke synspunkter der gøres gældende med den virkning, at modparten skal forsvare sig mod dem, hvis de bestrides, og at tvivl i givet fald bør klares op ved spørgsmål til parterne.<sup>18</sup>

*Eksempel 2.* Bernhard Gomard har endvidere anført, at kravene til formulering af anbringender er større ved de overordnede domstole end ved byretterne, og at kravene formentlig også afhænger af, om den regel, hvis anvendelse, der kan komme på tale, er sikker og velkendt, eller om dens indhold frembyder tvivl.<sup>19</sup>

*Eksempel 3.* Poul Spleth har - til dels i overensstemmelse med det af Gomard anførte - givet udtryk for, at et anbringende vil kræve en vis henvisning til en retsregel eller et kompleks af retsregler, medmindre retsreglerne på området er så almindeligt kendte, at man kan gå ud fra som givet, at modparten og dommeren ved, hvad det drejer sig om, at det i nogle af de tilfælde, hvor en henvisning til en retsregel er påkrævet, vil indebære en indirekte henvisning til retsregler, når de påberåbte kendsgerninger kvalificeres juridisk for eksempel som aftale, køb, lån, leje, mangel eller ejendomsret, og at det i andre tilfælde vil være nødvendigt at foretage en udtrykkelig henvisning til en retsregel, hvilket navnlig vil være nødvendigt i meget specielle forhold, men efter omstændighederne også kan være påkrævet med hensyn til mere almindelige spørgsmål.<sup>20</sup>

*Eksempel 4.* Poul Spleth har derudover anført, at domstolene er mindre tilbøjelige til at anvende ikke påberåbte retsregler, og at det i tilfælde af tvivl med hensyn til indholdet af de anvendelige retsregler formentlig spiller en rolle for dommerne,

---

<sup>18)</sup> Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (2000) s. 445 og 455.

<sup>19)</sup> Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (2000) s. 455.

<sup>20)</sup> Poul Spleth i UfR 1969 B s. 2.

om parterne er enige om en bestemt forståelse.<sup>21</sup>

Der kan næppe herske den store tvivl om relevansen af de betragtninger, der er kommet til udtryk i de 4 eksempler. De 4 eksempler fremtræder som væsentlige modifikationer af den traditionelle læres grundsynspunkter, og konturerne af den traditionelle læres i forvejen problematiske begrebsapparat ville i meget væsentlig grad fortone sig, hvis man forsøgte at justere begrebsapparatet under hensyn til de 4 eksemplers væsentlige modifikationer. Man ville ende op med begreber, som snart havde et indhold og snart et helt andet. Selv om forsøgene på at opløde den traditionelle lære må anses for et skridt i den rigtige retning, er der således tale om lapperier, som af gode grunde ikke har formået at udbedre de fundamentale problemer, der er knyttet til den traditionelle lære. Svælget mellem den traditionelle lære og realiteternes verden er så stort, at der må tages langt mere radikale skridt, før man i teorien ender op med en hensigtsmæssig beskrivelse af den måde, hvorpå civile retssager behandles og afgøres.

### 3.4 Sammenfatning

Det fremgår at den traditionelle læres grundlæggende begrebsapparat er problematisk, at de derpå baserede grundsætninger er præget af inkonsistens, at den traditionelle lære ikke er udtryk for en adækvat beskrivelse af den måde, hvorpå retssager i praksis behandles og afgøres, og at de velbegrundede tendenser til opløsning af den traditionelle lære, som man støder på i litteraturen, ikke formår at rette op på den traditionelle læres grundlæggende problemer.

Den traditionelle lære udspringer formentlig af ældgammel tysk begrebsjurisprudens.<sup>22</sup> Det kan forklare en del af skavankerne, men det kan ikke undskylde, at man holder fast ved en forældet doktrin. Det er på høje tid at overveje et alternativ.

### 4. En mindre begrebsfikseret og mere realistisk fortolkning af retsplejelovens § 338

De reale hensyn bag retsplejelovens § 338 må antages at være, at parterne inden

---

<sup>21)</sup> Poul Spleth i UfR 1977 B s. 428.

<sup>22)</sup> Se Bernhard Gomard, Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold (1958) s. 78 note 96, hvor det er anført, at såvel problemstilling som sprogbrug stammer fra tysk ret.

afgørelsen af en sag skal have ikke alene lejlighed men også anledning til at kommentere de opfattelser, betragtninger og synspunkter, som retten baserer sagens afgørelse på.

*Lejlighed* har parterne altid, idet de som bekendt kan fremføre deres synspunkter under proceduren.

*Anledning* forudsætter, at der under sagens forløb sker noget, som konkret kan indicere, at det pågældende kan forventes at blive taget i betragtning i forbindelse med sagens afgørelse. I det følgende vil noget anses for at være "*påberåbt*", når dets betydning for sagens afgørelse er indiceret på den beskrevne måde. Under anvendelse af denne terminologi kan man sige, at de reale hensyn taler for en fortolkning af § 338, ifølge hvilken en dommer kun må tage hensyn til de opfattelser, betragtninger og synspunkter vedrørende en sags forudgående hændelser og den retlige bedømmelse deraf, i det omfang der er tale om noget, som parterne kan anses for at have påberåbt sig - implicit eller eksplicit.

Ifølge denne fortolkning af retsplejelovens § 338 er der ingen principiel forskel på den måde, hvorpå rettens antagelser om en sags forudgående hændelser og de relevante materielle retsregler skal håndteres. Den foreslåede fortolkning opererer endvidere ikke med et problematisk begreb, der som den traditionelle læres "*anbringender*" på en eller anden måde skal skydes ind mellem en sags forudgående hændelser og de materielle retsregler med deraf følgende vidtgående juridiske konsekvenser. Ordet "*anbringender*" i § 338 skal blot opfattes som et begreb, der dækker den til grund for de forskellige påstande liggende argumentation (uanset om den tager udgangspunkt i retskilderne eller beviserne), jf. det dertil svarende og mere sigende udtryk i den før 1979 gældende retsplejelovs § 293, stk. 2: "*søgsmålsgrunde og indsigelser*". Ifølge denne fortolkning er det mest interessante ved § 338 således, hvornår noget kan anses for at være "*gjort gældende*" / "*påberåbt*".

Den traditionelle læres spørgsmål om, *a)* hvad der inden for de forskellige materielle retsområder skal anses for henholdsvis *anbringender*, støttefakta og retsregler, og *b)* hvilke *anbringender* der anses for at være gjort gældende, kan ifølge denne fortolkning erstattes af ét enkelt spørgsmål, nemlig spørgsmålet om, hvornår noget kan anses for *påberåbt*.

Hvis man søger et meget præcist svar på det spørgsmål, vil man formentlig i mange tilfælde blive skuffet. Reglerne om, hvornår noget skal anses for påberåbt, må i vidt omfang antages at være af en lige så vag karakter som reglerne om bevisvurderingen. Der må med andre ord være tale om et i vidt omfang konkret skøn, som afviger radikalt fra den mere mekaniske retsanvendelse, den traditionelle læres grundsætninger i princippet har lagt op til.

Udtrykket "gjort gældende" i § 338 må fortolkes meget bredt og lidet formalistisk således, at det i hver enkelt sag afhænger af de konkrete omstændigheder, hvad der bør anses for påberåbt, og at det ikke nødvendigvis indebærer, at ethvert moment ved sagen skal være båret frem i bengalsk belysning og udtrykkeligt sat ind i en klar argumentationskæde for at kunne anses for at være påberåbt.

Forberedelsen af de sager, som føres for Højesteret er typisk en del grundigere end forberedelsen af de sager, der føres i landsretterne, og forberedelsen af de sager, som føres i landsretterne er typisk grundigere end forberedelsen af de sager, der føres i byretterne. Endvidere er processen relativt uformel i byretterne, noget mere formel i landsretterne og langt mere formel i Højesteret. Disse forhold må ifølge sagens natur have en afsmittende effekt på den måde, hvorpå parternes indlæg med videre fortolkes i relation til, hvad der kan anses for påberåbt. I overensstemmelse hermed må fortolkningen af parternes indlæg i byretterne være relativt fri, mens den i Højesteret må være langt mere stram, og den i landsretterne må befinde sig et sted mellem disse 2 yderpunkter.

Når der er tale om en velkendt retsregel, der umiddelbart opleves som en selvfølgelighed, vil der ofte være grund til at anse den for mere eller mindre implicit påberåbt, selv om der slet ikke er henvist til retsreglen, eller der kun foreligger en antydningssvis eller meget vag henvisning. I en sag vedrørende misligholdelse af kontraktuelle forpligtelser vil det for eksempel ikke være rimeligt at forvente, at der eksplicit henvises til den bestemmelse, ifølge hvilken løfter som udgangspunkt er bindende for afgiveren, jf. aftalelovens § 1. Ved mere eksotiske retsregler såsom konkurslovens omstødelsesregler (§§ 64 - 74 i konkursloven), vil der omvendt normalt ikke være grund til at anse en omstødelsesregel for påberåbt, medmindre der foreligger en langt mere præcis henvisning til den relevante omstødelsesregel for eksempel i form af en eksplicit henvisning til den relevante bestemmelse i konkursloven.

Retten skal ifølge den her forfægtede fortolkning af § 338 udelukkende basere sin afgørelse af en sag på de retskilder og retlige synspunkter, som parterne med rimelighed kan forvente inddraget - eventuelt efter tilbørlig udøvelse af materiel procesledelse, jf. retsplejelovens § 339. Heri ligger omvendt, at retten ikke må basere sin afgørelse af sagen på retskilder og retlige synspunkter, hvis inddragelse må antages at ville komme bag på sagens parter.

For så vidt angår forholdet mellem retspraksis og den foreslåede fortolkning af § 338, bemærkes det, at den er forenelig med samtlige de ovenfor i afsnit 3.2 omtalte domme - UfR 1907 s. 503, UfR 1911 s. 791 H, UfR 1914 s. 371 H, UfR 1915 s. 551 H, UfR 1960 s. 1008 H, UfR 1963 s. 806 H, UfR 1982 s. 623 H, UfR 1982 s. 627 H og UfR 1988 s. 1 H.

Den foreslåede fortolkning af § 338 støttes i øvrigt af det forhold, at flere dommere, der i princippet bakker op om den traditionelle lære, har givet udtryk for, at de i visse tilfælde ville være utilbøjelige til uden videre at lægge den traditionelle læres løsninger til grund, og at de af dem foreslåede afvigelser fra den traditionelle lære i høj grad er kompatible med den her forfægtede fortolkning. Til belysning heraf følger 2 eksempler.

*Eksempel 1.* Ifølge Poul Spleth kan et anbringende bestå af flere momenter. For eksempel skal spørgsmålet om culpa i en færdselssag være et sammenspil mellem flere fakta såsom hastighed, opmærksomhed, hensyntagen og vigepligt. Det bør efter Spleths opfattelse næppe hævdes, at hvert enkelt af sådanne momenter, der tilsammen begrunder culpa eller lignende, skal anses for at udgøre et *anbringende*, og Spleth har i overensstemmelse hermed givet udtryk for den opfattelse, at retten også selv skal kunne inddrage sådanne momenter/støttefakta. Ifølge Spleth skal sådanne enkelte momenter med andre ord i den traditionelle læres terminologi anses for at udgøre *støttefakta*. Det forekommer umiddelbart at være i god overensstemmelse med den traditionelle lære. Imidlertid har Spleth gjort det til en *forudsætning* for inddragelsen af denne form for støttefakta, at der er givet parterne adgang til at udtale sig derom, og dette er ikke i god overensstemmelse med den traditionelle læres antagelser.<sup>23</sup> Selv om Spleth er en fremtrædende eksponent for den traditionelle lære, har han med andre ord ikke været indstillet på at følge den traditionelle læres dogmer, når det kommer til stykket.

Spleths opfattelse er baseret på det grundsynspunkt, at parterne skal have anledning til at kommentere de opfattelser, betragtninger og synspunkter, som dommerne vælger at basere deres afgørelse på. Hans konklusioner, der indebærer klare afvigelser fra de af den traditionelle lære foreskrevne løsninger, er derfor ikke blot egnede til at anfægte den traditionelle læres holdbarhed. Der er tale om synspunkter, som direkte taler til fordel for den her forfægtede fortolkning af § 338.

*Eksempel 2.* Dette eksempel stammer fra den svenske patentretlige litteratur, nærmere bestemt fra den pensionerede dommer *Olle Westlander*. Det drejer sig således om svensk ret, men problemstillingen i svensk procesret er helt analog med den danske, så eksemplets svenske karakter skulle være uden betydning. Det drøftede spørgsmål er, om man kan dømme for krænkelse af et patent ud fra et ækvivalenssynspunkt (analog krænkelse, hvor den omtvistede genstand ikke helt svarer til patentkravenes beskrivelse af den patenterede opfindelse), selv om patenthaveren kun udtrykkeligt har gjort gældende, at der foreligger krænkelse

---

<sup>23)</sup> Poul Spleth i UfR 1969 B s. 1. Se også Poul Spleth UfR 1977 B s. 427, hvor det er anført, at der kan forekomme tilfælde, hvor nye momenter, selv om de ikke konstituerer et nyt anbringende, dog er af en sådan betydning, at der kan være grund til at udsætte sagen for at give modparten adgang til at tage stilling til dem.

"enligt ordalydelsen" (ordret krænkelse, hvor den omtvistede genstand svarer til patentkravenes beskrivelse af den patenterede opfindelse). Ifølge Olle Westlander er ækvivalensargumentet ikke at anse for et anbringende, hvorfor der i princippet ikke skulle være noget som helst i vejen for, at man kan statuere patentkrænkelser ud fra et ækvivalenssynspunkt, selv om patenthaveren alene har gjort ordret krænkelse gældende. Desuagtet har Westlander indtaget det standpunkt, at man i sådanne situationer ikke bør basere en afgørelse på et ækvivalenssynspunkt uden først at have drøftet det med parterne.<sup>24</sup> Westlanders opfattelse af dette spørgsmål er helt analog med Spleths tilsvarende opfattelse i eksempel 1 og forholder sig derfor på helt samme måde såvel til den traditionelle lære som til den her foreslåede fortolkning af § 338.

De synspunkter, der ligger til grund for de ovenfor i afsnit 3.3 omtalte tendenser til opblødning af den traditionelle læres grundsynspunkter, er på tilsvarende vis udtryk for betragtninger, der passer godt sammen med den her forfægtede fortolkning. I den forbindelse kan der være særlig grund til at fremhæve det af Bernhard Gomard anførte om, at det væsentlige er, at en parts udviklinger i den konkrete situation skal være forståelige og udtrykkeligt eller indirekte gøre det klart for modparten og retten, hvilke synspunkter der gøres gældende med den virkning, at modparten skal forsvare sig mod dem, hvis de bestrides, og at tvivl i givet fald bør klares op ved spørgsmål til parterne.<sup>25</sup> Den væsentligste forskel mellem dette og konklusionerne her i artiklen syntes at være, at Gomards yderst fornuftige opblødningssynspunkter forholder sig som et vedhæng til den traditionelle lære og dens begrebstabernakel, som utvivlsomt har gjort mere skade end gavn, mens denne artikel har droppet hele det begrebsapparat og de dogmer, som udgør den traditionelle læres fundament. Det kan også udtrykkes på den måde, at denne artikel forfremmer Gomards opblødningssynspunkter fra a) at være et "vedhæng" til den traditionelle lære til b) at være selve hovedprincippet for reglerne om grundlaget for sagernes behandling og afgørelse, mens hele den traditionelle lære, som dette hovedprincip hidtil har været "vedhængt", afskrives som et forældet og verdensfjernt teori-skoleridt - et skoleeksempel på rendyrket begrebsjurisprudens.

## 5. Konklusioner

Civilprocessens traditionelle lære om grundlaget for sagernes behandling, herunder ikke mindst om begrebet anbringender og anbringendernes rolle, må af

---

<sup>24)</sup> Olle Westlander, Patent, allmänna domstolars praxis i åren 1983 -1991 (1995) s. 285 ff.

<sup>25)</sup> Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (2000) s. 445 og 455.

flere årsager anses for at være uholdbar. For det 1. er den baseret på en stærkt problematisk definition af begrebet anbringender. For det 2. er flere af dens grundsætninger principielt inkompatible. For det 3. er den ikke i harmoni med det praktiske retsliv.

Ifølge den her i artiklen forsvarede opfattelse bør retsplejelovens § 338 om grundlaget for sagernes behandling fortolkes på følgende måde:

Retten må og skal tage hensyn til de opfattelser, betragtninger og synspunkter vedrørende en sags forudgående hændelser og den retlige bedømmelse deraf, som parterne kan anses for at have påberåbt sig. At noget skal anses for påberåbt vil sige, at det - eksplicit eller implicit - er blevet inddraget i en parts procedure på en måde, som indicerer, at den pågældende part forventer, at det bliver taget i betragtning i forbindelse med sagens afgørelse. I overensstemmelse med den måde, hvorpå det praktiske retsliv leves i de danske domstole, må fortolkningen af parternes indlæg være relativt fri i byrterne og mere stramt jo højere op i systemet, man kommer. Tilsvarende skal der som udgangspunkt mindre til for at anse velkendte retsregler for påberåbt, end det er tilfældet med mere eksotiske retsregler.

Retten skal med andre basere sin afgørelse af en sag på de retskilder og retlige synspunkter, som parterne med rimelighed kan forvente inddraget - eventuelt efter tilbørlig udøvelse af rettens materielle procesledelse, jf. retsplejelovens § 339. Der er således ingen principiel forskel på den måde, hvorpå rettens antagelser om en sags forudgående hændelser og de relevante retsregler skal håndteres. Den foreslåede fortolkning opererer endvidere ikke med et problematisk begreb, der som den traditionelle læres "anbringender" på en eller anden måde skal skydes ind mellem en sags forudgående hændelser og de materielle retsregler med deraf følgende vidtgående juridiske konsekvenser. Ordet "anbringender" i § 338 skal blot opfattes som et begreb, der dækker den til grund for de forskellige påstande liggende argumentation - uanset om argumentationen tager udgangspunkt i retskilderne eller beviserne. Dette indebærer, at der ikke som i den traditionelle lære er store og principielle forskelle med hensyn til den måde, hvorpå retterne skal håndtere parternes forskellige typer argumenter. Med andre ord er den her foreslåede fortolkning af § 338 udtryk ikke alene for en forbedring men også for en forenkling.<sup>26</sup>

---

<sup>26)</sup> Behandlingen af den traditionelle lære her i artiklen tager udgangspunkt i den version af den traditionelle lære, som kommer til udtryk i bøgerne "Civilprocessen" af Bernhard Gomard og "Civilproces" af Eva Smith. Fremstillingen i Lars Lindencrones og Erik Werlauffs relativt nye procesretlige værk, "Dansk Retspleje", afviger i nogen grad fra fremstillingerne hos Gomard og Smith. Forskellene kommer navnlig til udtryk ved introduktionen af et mere omfattende begrebsapparat, hvor begrebet "anbringender" deles op i "faktiske anbringender" og "retlige anbringender", og hvor begrebet "faktiske

---

anbringender" igen deles op i "hjælpefakta", "bevisfakta" og "retsfakta". Et anbringende består ifølge Lindencrone og Werlauff typisk af både faktum og jus. Bogens udgave af den traditionelle lære går i korte træk ud på følgende: En part er forpligtet til at fremkomme med faktiske anbringender, mens der ikke er nogen forpligtelser, for så vidt angår retlige anbringender. Faktiske anbringender godtgøres i modsætning til retlige anbringender gennem parternes bevisførelse. Der kan ikke føres bevis for jus. Hjælpefakta tjener som bevis for bevisfakta, der igen tjener som bevis for retsfakta. Retsfakta har i modsætning til hjælpefakta og bevisfakta umiddelbare retsvirkninger. Et faktisk anbringende kan efter omstændighederne være uforståeligt eller meningsløst, hvis det ikke gives en retlig ikklødning. Retten kender i princippet gældende ret og skal ex officio anvende gældende ret. Det gælder dog ikke, i det omfang parterne udtrykkeligt giver afkald på anvendelsen af relevante retsregler. De relevante retsregler skal i modsætning til de faktuelle forhold ikke påberåbes af parterne for at blive taget i betragtning af retten.

Den væsentligste forskel mellem på den ene side Gomard og Smith og på den anden side Lindencrone og Werlauff er det mere komplicerede begrebsapparat hos sidstnævnte forfattere. Allerede fordi der i hovedsagen er tale om yderligere opdeling af den traditionelle læres i forvejen kendte begreber, udgør Lindencrones og Werlauffs fremstilling ikke noget egentligt brud med den traditionelle lære som den forefindes hos Gomard og Smith, jf. i øvrigt Lindencrones og Werlauffs omfattende henvisninger til Civilprocessen af Gomard. De yderligere underbegreber har primært den effekt, at de introducerer yderligere sondringer med dertil hørende nye begrebsmæssige grænsedragninger. Dette løser ikke den traditionelle læres grundlæggende problemer. Der er tværtimod tale om noget, som bidrager til en yderligere komplicering.



# **Regulering af handelsagentur set i relation til fri bevægelighed i EU**

af

Elisabeth Thuesen

## **1. Indledning**

Handelsagenten knytter kontakt mellem producenten eller den handlende som sælger og kunden som køber og repræsenterer sælgeren ved forhandlingen af kontrakten. Handelsagenten er selvstændig forretningsdrivende, der selv bærer den økonomiske risiko for sin forretningsmæssige indtjening. Men under udførelsen af sit hverv må han indrette sig efter retningslinier fra agenturgiveren, som han repræsenterer, hvilket på nogle punkter bringer ham i en afhængig situation. På grund af sit lokalkendskab og sin branchekundskab optræder handelsagenten typisk i international handel, hvor han har behov for frihed til at udføre grænseoverskridende aktiviteter og være tilpasningsdygtig på et internationalt marked, der er i udvikling. Det er et spørgsmål, i hvilket omfang de retsregler, som regulerer handelsagentens forhold i EU, bidrager til at fremme hans bevægelsesfrihed på EU's indre marked i en tid, hvor globalisering og fleksibilitet er fremherskende træk i erhvervslivet.

### **1.1. Emneområdet**

Ved sin indsats bidrager handelsagenten til på agenturgiverens vegne at konkretisere det image, som agenturgiverens firma får over for kundekredsen, og fastlægge kvaliteten af den ydelse, som kunden får, i form af information, instruktion og service omkring produktet. Eventuelt påfører han agenturgiveren juridiske forpligtelser, når han efter aftale optræder som agenturgiverens fuldmægtig. Samtidig skal handelsagenten opbygge sin egen forretning ved at oparbejde og fastholde den kundekreds, som han skaber for produktet, og sikre sig en rimelig indtjening. Handelsagenten har behov for handlefrihed uden unødigt snæ-

rende instrukser, og han skal have mulighed for at træffe dispositioner til at imødegå den risiko, som hans status som selvstændig forretningsdrivende indebærer, ikke mindst på et omskifteligt marked.

Agenturgiveren skal på sin side kunne fastlægge instrukser, som sikrer ensartethed og kvalitet af de ydelser, som virksomheden præsterer, herunder handelsagentens tilgængelighed, viden og serviceniveau. Der skal hos kundekredsen kunne skabes gennemskuelse og en positiv bevidsthed omkring produktet, typisk en mærkevare, således at der dannes et attraktivt image samtidig med, at agenturgiverens produkt og ydelser udskilles fra konkurrenternes. For at opnå dette er det i agenturgiverens interesse, at reguleringen af handelsagentens forhold er tilstrækkelig rummelig.

Det geografiske område for fremstillingen er fastlagt ud fra Danmark som led i Den Europæiske Union. De danske retsregler om handelsagentur er ved hjælp af handelsagent-direktivet<sup>1</sup> harmoniseret med de øvrige EU-landes ret. Fremstillingen baseres derfor på dansk ret med inspiration især fra tysk og fransk lovgivning. Området for den fri bevægelighed vedrører EU's indre marked, som indebærer fri adgang for erhvervsdrivende og for produkter og tjenesteydelser til at bevæge sig overalt inden for EU. Det lægges til grund, at handelsagenten har frihed til at fremme salget af produkterne og yde service inden for alle de EU-lande, som hører ind under hans virkeområde.

## **1.2. Fremstillingens formål**

Fremstillingen tager udgangspunkt i de modstående interesser henholdsvis hos agenturgiveren for at gennemføre distribution efter sine egne retningslinier og hos handelsagenten for at have vide rammer for udøve sin virksomhed på et marked i udvikling. På grundlag af retsreglerne om handelsagentur undersøges det, i hvilket omfang reglerne er formålstjenlige med henblik på at vurdere, hvorvidt handelsagenten i tilstrækkelig grad kan benytte den fri bevægelighed som selvstændig erhvervsdrivende samtidig med, at behovet både for beskyttelse af handelsagentens interesser og for regulering af agenturforholdet tilgodeses.

---

<sup>1)</sup> Rådets Direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter.

## **2. Retsgrundlaget for fri bevægelighed i EU**

### **2.1. Fri bevægelighed for den selvstændigt erhvervsdrivende handelsagent**

Ifølge Traktat om Det Europæiske Fællesskab (Amsterdamtraktaten af 2.10.1997, forkortet TEF) art. 43 kan en handelsagent, som er hjemmehørende i et EU-land, indrejse og etablere sig i et andet EU-land med henblik på udøvelse af erhvervs-virksomhed på et fast forretningssted på samme vilkår, som gælder for værts-landets egne statsborgere. Den pågældende må ikke mødes med restriktioner på grund af nationalitet, jfr. TEF art. 12, eller undergives diskrimination, som stiller ham ringere end værtslandets egne statsborgere. Der er tillige forbud mod formelt ikke-diskriminerende restriktioner, såfremt de er reelt diskriminerende. Handels-agenten er desuden berettiget til at etablere og drive et selskab, et agentur, filial eller datterselskab på de vilkår, som er fastsat i TEF art. 43, stk. 2.

Handelsagenten kan på tilsvarende måde inden for EU udføre grænseover-skridende aktiviteter fra det land, hvori han er etableret, jfr. TEF art. 49, som indeholder et forbud mod restriktioner for fri udveksling af tjenesteydelser. Handelsagenten udfører tjenesteydelser af handelsmæssig karakter ved at opsøge og forhandle med kunder, eventuelt suppleret med håndværksmæssige og andre ydelser i forbindelse med kundeservice. Sådanne midlertidige ydelser, som er grænseoverskridende og ydes mod vederlag, er omfattet af TEF art. 50, hvorefter en tjenesteyder midlertidigt kan udøve sin virksomhed i det land, hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår som dem, der gælder for præstations-landets egne borgere, og med forbehold af TEF's regler om etableringsret.

### **2.2. EU-harmonisering af erhverv**

#### **2.2.1. Almindelige regler**

I tilslutning til etableringsretten har EU indført regler om harmonisering af kvalifikationskravene til en række erhvervsgrupper, herunder liberale erhverv såsom farmaceuter, arkitekter, advokater og læger. Reglerne vedrører tilpasning af nationale regler om eksamensbeviser, certifikater og lignende kvalifikations-beviser, TEF art. 47, med forbehold af reglerne om offentlig orden, sikkerhed og sundhed i TEF art. 46.

Til regulering af erhvervsudøvelsen findes der i national ret regler om optagelse i faglige registre, herunder for læger, advokater og andre erhvervsudøvere. En sådan registrering tillades kun i det omfang, det er foreneligt med adgangen til fri bevægelighed.

## **2.2.2. Handelsagentur**

Den fri bevægelighed for handelsagenter er søgt gennemført ved Rådets Direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter, hvorved man har søgt at fjerne forskellene i national ret vedrørende konkurrencevilkår og retsbeskyttelse af handelsagenten. Man har tilstræbt et højt beskyttelsesniveau ved at fastlægge præcise bestemmelser, som gælder for agenturkontrakten i alle EU's medlemslande. Direktivet opstiller generelle gensidige pligter for handelsagenten og agenturgiveren, medens agenturforholdet består. De præcise regler fastlægger blandt andet handelsagentens rettigheder vedrørende information om produktet og om indgåelse af handler med kunderne, samt information om og afregning af provision. Direktivet indeholder en række præcise bestemmelser om, hvorledes forholdet kan bringes til ophør, og hvilke krav handelsagenten kan rejse i anledning af ophøret, samt hvilke rettigheder han har efter ophøret i forbindelse med konkurrence- og kunde klausuler.

Der stilles ikke krav til handelsagentens kvalifikationer og faglige baggrund. Men afhængigt af det produktområde, som handelsagenten arbejder med, kan der være krav til handelsagenten om faglig indsigt i henhold til almindelige regler, for eksempel inden for medicinalbranchen.

Inden for disse rammer er der et spillerum for at fastlægge nationale regler, der tilgodeser traditionerne i de nationale retssystemer. Der vil ikke her blive foretaget en gennemgang af sådanne regler. Der vil blive udvalgt regler, som kan bidrage til at illustrere problemstillingen omkring beskyttelse og regulering af handelsagentens forhold i Europa, set i relation til adgangen til fri bevægelighed.

## **2.3. Fri bevægelighed for Produkter**

### **2.3.1. Almindelige regler for varer og tjenesteydelser**

De produkter, som handelsagenten repræsenterer på agenturgiverens vegne, består i varer - mærkevarer - som hovedydelse. De kan være kombineret med tjenesteydelser i form af serviceydelser eller elektroniske ydelser, for eksempel vedligeholdelse af edb-programmer og databaser. Iflg. TEF art. 28 - 30 skal varerne kunne bevæge sig frit på EU's indre marked som fastlagt i TEF art. 14, stk. 2. Ifølge TEF art. 28 er der forbud mod at lægge kvantitative eller tilsvarende restriktioner på indførsel af varer, med forbehold af reglerne i TEF art. 30, herunder blandt andet hensyn til den offentlige sikkerhed, miljø, kulturelle forhold og immaterielle rettigheder knyttet til produkterne. Der gælder tilsvarende regler for den fri bevægelighed for tjenesteydelser, jfr. TEF art. 49 - 50.

### 2.3.2. Produktkrav til varer og tjenesteydelser

For at sikre gennemførelsen af det fælles marked er der vedtaget regler, som harmoniserer nationale krav til produkterne og derved understøtter den fri bevægelighed. Reglerne er vigtige for handelsagenten, der skal formidle salget fra et land til et andet. Der er gennemført EU-direktiver om standardisering af konkrete produktgrupper, således at forbrugeren overalt i EU kan erhverve sig ydelser, som opfylder bestemte krav vedrørende sundhed, sikkerhed og miljøvenlighed, jfr. TEF art. 94 - 95. Kravene til standardiseringen er fastlagt af de europæiske standardiseringsorganisationer, herunder CEN og CENELEC<sup>2</sup>. Ligeledes kan produktgruppens kvalitet være harmoniseret for eksempel vedrørende indhold af bestemte stoffer<sup>3</sup>. Hertil kommer EU-direktiverne henholdsvis om produktsikkerhed (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/98) og om produktansvar (Rådets direktiv 85/374 som ændr. v. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 99/34), der vedrører ansvar for produkternes skadelige egenskaber.

## 3. Retsgrundlaget for agenturkontrakten

Rådets Direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter danner det fælles grundlag for den nationale regulering af handelsagentur i EU's medlemslande. I de fleste af disse lande er der vedtaget en lovgivning, som er tilpasset til direktivet. I Danmark findes reglerne i lov nr. 272 af 2. maj 1990 om handelsagenter og handelsrejsende, idet følgende benævnt "handelsagentloven". De danske regler lægges til grund for denne fremstilling, suppleret med eksempler hentet fra national ret i EU medlemslandene.

### 3.1. Karakteristik af agenturkontrakten

I handelsagentloven § 2, som gennemfører EU direktivet art. 2, defineres handelsagenten som en selvstændig handlende, der på agenturgiverens vegne og for hans regning vedvarende har påtaget sig at formidle agenturgiverens vare ved at ind-

---

<sup>2)</sup> Europæiske standardiserings-organisationer, der er organiseret som private foreninger. Efter mandat fra EU Kommissionen fastlægger disse organisationer europæiske normer for standarder. Se CEN's hjemmeside <http://www.cenorm.be/> og hjemmesiden for Dansk Standard, der er det danske medlem af CEN, <http://www.ds.dk/>

<sup>3)</sup> se for eksempel direktiv 73/241/EØF vedr. kakao- og chokoladevarer, som er tilsat andre vegetabiliske fedtstoffer end kakaosmør.

hente tilbud til agenturgiveren. Handelsagenten kan ved aftale få tillagt fuldmagt til at indgå aftaler for agenturgiveren.

Ved at repræsentere agenturgiveren optræder handelsagenten som en hjælpeperson, der varetager agenturgiverens interesser. Det er handelsagenten, som i kraft af sit særlige kendskab til de lokale forhold på markedet, sin branchekundskab og sine kvalifikationer skal være i stand til at etablere forbindelsen og skabe interesse for agenturgiverens produkt og kunderne på handelsagentens markedsområde. Med sin begrænsede indsigt i de lokale markedsforhold kan agenturgiveren kun i beskedent omfang kontrollere handelsagentens aktiviteter i lokalområdet. Forholdet mellem parterne er baseret på gensidig afhængighed og tillid, hvilket indebærer den grundlæggende kontraktlige forpligtelse til gensidig loyalitet. Begge parter arbejder mod det fælles mål: At forøge omsætningen og opnå en indtjening. Dette forhold, der hviler på et fælles princip om god tro, har fået varierende udtryk i de europæiske nationale retsordener.<sup>4</sup> I den danske handelsagentlov § 4, stk. 1, og § 5, stk. 1, er fastlagt en almindelig regel om, at parterne gensidigt skal handle loyalt og redeligt. I tysk ret er nedlagt det generelle princip om loyalitet i Bürgerliches Gesetzbuch § 242 om "Treu und Glauben", der udmøntes i konkrete pligter i reglerne om handelsagenter i Handelsgesetzbuch §§ 86 og 86a. Engelsk ret betragter handelsagenten som "fiduciary", hvorved forstås, at handelsagenten har påtaget sig at handle i agenturgiverens interesse, om fornødent under tilsidesættelse af sine egne interesser. Fransk ret er den retsorden, hvor den fælles interesse tydeligst er kommet til udtryk. En regel, skabt i retspraksis, er fastlagt i den franske handelsagentlov (loi 91-593 du 26 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants) § 4, stk. 1, som bestemmer, at agenturkontrakterne er indgået i parternes fælles interesse (mandat d'intérêt commun). Den grundlæggende pligt indebærer, at handelsagenten skal have den fornødne frihed til at tilrettelægge og udføre sine aktiviteter på markedet under hensyntagen til agenturgiverens interesser.

### **3.2. Agenturkontraktens genstand: Tjenesteydelse**

Agenturkontrakten indgås med henblik på, at handelsagenten fremmer afsætningen ved at skaffe kunder, idet han gennemfører markedsføringsforanstaltninger, opsøger kundeemner og fører forhandlinger - eventuelt indgår aftaler - om salg eller køb. Kontrakten vedrører således udførelse af tjenesteydelser for agenturgiveren. Det produkt, som handelsagenten repræsenterer, udgør genstanden for tjenesteydelsen.

---

<sup>4</sup> E. Thuesen: "Produkt og pligt i handelsagentur" Festskrift til Ole Lando, GadJura, København 1997, s. 329 - 332.

### **3.3. Plan for undersøgelse af kontraktforholdet**

I det følgende undersøges regler, som har betydning for handelsagentens bevægelsesfrihed på markedet i Europa. Undersøgelsen omfatter et udvalg af regler og er ikke udtømmende. Vægten lægges på forhold vedrørende indgåelsen af agenturkontrakten, regulering af parternes gensidige pligter og regler om ophør og afvikling af agenturforholdet. Derefter foretages en vurdering af reguleringen i relation til den frie bevægelighed i Europa.

### **4. Rammerne om kontrakten: Formelle krav og anvendelse af national ret**

Handelsagent-direktivet opstiller kun på et enkelt punkt præceptive formelle krav til agenturkontrakten. I national ret forekommer sådanne krav. De er tilladt, såfremt de kan forenes med reglerne om fri bevægelighed.

#### **4.1. Skriftlighed og registrering**

Handelsagent-direktivet art. 13 stk. 1 bestemmer, at hver af parterne på begæring har ret til at modtage et underskrevet dokument med angivelse af kontraktens vilkår. I den danske handelsagentlov findes reglen i § 3. Den synes ikke at have særlig betydning for den fri bevægelighed.

Handelsagent-direktivet § 13 stk. 2 tillader en regel i national ret om, at kontrakten kun er gyldig, hvis den er skriftlig. En sådan regel findes i den græske handelsagentlov, dekret nr. 219 af 18.5.1991 art. 8, stk. 1. Et krav om skriftlighed er ikke i strid med reglerne om fri bevægelighed. Men andre krav, som forudsætter skriftlighed, kan begrænse bevægelsesfriheden, for eksempel krav om registrering.

I nogle landes ret, herunder italiensk ret, stilles der krav om, at handelsagenten registreres som forudsætning for, at agenturkontrakten kan gennemføres. Spørgsmålet om registreringens forenelighed med EU reglerne har gentagne gange været forelagt for EF Domstolen.

I sag C-215/97, Barbara Bellone, dom af 30.4.1998, var handelsagenten Barbara Bellone virksom i Italien for firmaet Yokohama, der ophævede kontrakten. Barbara Bellone rejste krav om godtgørelse i anledning af ophævelsen, men blev afvist med den begrundelse, at agenturkontrakten var ugyldig, fordi hun ikke var blevet optaget i det italienske register for handelsagenter og handelsrejsende ved agenturkontraktens indgåelse. I italiensk ret blev optagelse i registret på det

pågældende tidspunkt anset som en gyldighedsbetingelse. Domstolen bemærkede, at beskyttelsen ifølge handelsagent-direktivet ikke er afhængigt af optagelse i et register. Det eneste formelle gyldighedskrav, som national ret kan stille, er krav om skriftlighed. Domstolen mente, at det italienske krav om registrering udgjorde en hindring for den fri bevægelighed, da det kan hæmme indgåelsen af agenturkontrakter mellem parter i forskellige medlemsstater, selv om reglen om registrering ikke i praksis anvendes over for udenlandske handelsagenter. Derfor konkluderede Domstolen, at det er uforeneligt med handelsagent-direktivet at kræve optagelse i et register for handelsagenter som gyldighedsbetingelse.<sup>5</sup>

I sagen C-485/01, *Francesca Caprini*, Dom af 6.3.2003, havde en italiensk handelsagent, *Francesca Caprini*, anmodet om optagelse i et virksomhedsregister i Trento, Italien. Anmodningen var blevet afvist med henvisning til, at hun ikke var indskrevet i registret for handelsagenter. Det var oplyst, at optagelse i virksomhedsregistret ikke var obligatorisk. Men optagelse var nødvendig som dokumentation for, at den erhvervsdrivende overholdt skatteretlige og socialretlige regler i driften af deres virksomhed og således nødvendig for at udøve erhvervs- virksomhed. Krav om optagelse i handelsagent-registret blev således en betingelse for optagelse i virksomhedsregistret. Der blev rejst spørgsmål om, hvorvidt dette forhold er i strid med handelsagent-direktivets regler. Domstolen udtalte, at registrering som sådan er tilladt, sålænge handelsagentens retsbeskyttelse ikke indskrænkes. Domstolen mente, at kravet om optagelse i handelsagent-registret som betingelse for optagelse i virksomhedsregistret ikke umiddelbart påvirkede agenturkontraktens gyldighed. Det skulle overlades til den nationale ret at afgøre, om dette var tilfældet under hensyn til sagens konkrete omstændigheder, samt om den manglende optagelse iøvrigt fik konsekvenser, der indskrænkede handelsagentens retsbeskyttelse.

Det fremgår af EF Domstolens retspraksis, at et nationalt krav til handelsagenten om optagelse i et register ikke i sig selv anses for at hindre den fri bevægelighed, da registrering kan være hensigtsmæssig i et medlemsland af administrative hensyn. Men kravet må ikke lægge hindringer i vejen for indgåelse af kontrakter mellem parter etableret i hver sit medlemsland, og handelsagentens retsbeskyttelse må ikke forringes.

---

<sup>5)</sup> Se også sag C-456/98, *Centrosteeel Srl mod Adipol*, dom af 13.7.2000. Også her statuerede EF Domstolen, at en national bestemmelse (her italiensk ret) om, at en agenturkontrakts gyldighed er afhængig af optagelse i et register for handelsagenter, er uforenelig med handelsagent-direktivet.

## 4.2. Internationale kontrakter

Handelsagent-direktivet indeholder ingen internationalt privatretlige regler. Det er overladt til regulering i medlemsstaternes ret.

Som eksempel på en nationalstats regulering af anvendelse af national ret kan nævnes den danske handelsagentlov § 1, der indeholder regler om anvendelse af danske retsregler i internationale kontraktforhold, dvs. i kontrakter, hvor parterne er hjemmehørende i hver sit land. Bestemmelsen fastlægger ikke, hvilket lands ret der skal gælde, men kun, hvornår danske regler skal gælde. Hvis handelsagenten udfører kontrakten på dansk område, følger det af § 1, stk. 2, at såfremt et andet lands ret er valgt som grundlag for kontrakten, kan reglerne om opsigelse (§ 22) og om godtgørelse for tab af kundekreds (§§ 25-27) ikke fraviges til skade for handelsagenten.<sup>6</sup> Det følger modsætningsvis af § 1, stk. 3, at i tilfælde, hvor handelsagenten udfører kontrakten i et andet EU-land (eller EØS-land), og dansk ret er valgt, kan lovens præceptive regler ikke fraviges.<sup>7</sup> Da de danske præceptive regler i alt væsentligt er de samme som de tilsvarende regler i handelsagent-direktivet, lægger den danske lov ikke hindringer i vejen for den fri bevægelighed.

## 5. Beskyttelsesregler ved gennemførelse af kontrakten

### 5.1. Gensidig loyalitetspligt

Parternes gensidige forpligtelser ved udførelsen af aktiviteterne er fastlagt i handelsagentloven § 4 om handelsagentens forpligtelser og § 5 om agentur-giverens forpligtelser. Bestemmelserne, som er præceptive, gennemfører handels-agent-direktivet §§ 3-4. Der er tale om rent kontraktretlige regler, som på

---

<sup>6)</sup> Handelsagentloven § 1, stk. 2, bestemmer, at reglerne i § 22 og §§ 25-27 ikke kan fraviges til skade for handelsagenten, hvis forholdet uden lovvalgsaftalen ville være underkastet dansk ret. En handelsagent, der udfører kontrakten i Danmark, vil være underlagt det land, hvortil agenturkontrakten har sin nærmeste tilknytning, jfr. EF Konvention (80/34/EØF) af 19.6.1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser art. 4 stk. 1. Den nærmeste tilknytning formodes at være dér, hvor handelsagenten skal præstere sin ydelse, jfr. art. 4, stk. 2, i dette tilfælde Danmark.

<sup>7)</sup> Handelsagentloven § 1, stk. 3, sidste punktum, bestemmer, at i tilfælde, hvor en handelsagent udfører kontrakten i et tredjeland uden for EF eller EFTA (nu: Det europæiske økonomiske samarbejdsområde, EØS), og dansk ret er valgt, kan den danske lovs regler fraviges. Dog er handelsagenten præceptivt beskyttet af de danske regler i § 22 og §§ 25-27, hvis der i det land, hvor agentens hverv skal udføres, eller hvor handelsagenten er hjemmehørende, gælder ufravigelige regler om opsigelse og godtgørelse i agenturforhold.

baggrund af den grundlæggende loyalitetsforpligtelse bestemmer, at handelsagenten skal være aktiv for salg, informere agenturgiveren om relevante forhold og følge rimelige instrukser. Agenturgiveren skal understøtte handelsagentens aktiviteter med materiale og informationer, især om indgåede handler og om produktionskapacitet. Vedrørende produktet har det især betydning for handelsagentens dispositionsfrihed, at han får de fornødne informationer om produktets kvalitet og egenskaber samt om den kvantitet, det er muligt at levere. Modsvarende skal handelsagenten loyalt oplyse agenturgiveren om sin faglige baggrund og evne til at håndtere produktet, således at han kan give en kvalificeret information og service til kunderne. De instrukser, som kan pålægges handelsagenten, skal være i overensstemmelse med de produktkrav og krav til uddannelse, som EU-reglerne fastlægger. Handelsagent-direktivet og dermed den danske lov er udformet således, at reglerne danner en smidig ramme om udførelsen af salgsarbejdet.

## **5.2. Regler om provision**

Handelsagenten har som grundlæggende regel krav på provision på to betingelser: Handelsagenten skal have medvirket til indgåelse af handlen, og købeaftalen med kunden skal være indgået, handelsagentloven § 9, nr. 1. Provisionen forfalder dog som almindelig regel først, når handlen er gennemført, dvs. at levering er sket, og kunden har betalt købesummen, § 11, stk. 1. Reglerne gennemfører handelsagent-direktivet art. 8 og art. 10. Da den formidlende handelsagent kun medvirker til at få handlen i stand, hvorefter agenturgiveren overtager forretningsforholdet til kunden, herunder kontraktindgåelsen, har handelsagenten behov for at vide, hvornår handlen er gennemført, således at hans provision er forfalden. Normalt vil overførelsen af provision blive gennemført som et led i agenturgiverens regnskabssystem, ligesom handelsagenten har krav på at få en nota senest den sidste dag i måneden efter det kvartal, i hvilken retten til provisionen forfalder, handelsagentloven § 13 og direktivet art. 12, stk. 1. Men i de tilfælde, hvor en handel ikke forløber regelmæssigt, har handelsagenten brug for at kontrollere opfyldelsen af sit provisionskrav. Især i et internationalt agentur kan de fornødne oplysninger herom være vanskelige for handelsagenten at skaffe. Direktivet § 12, stk. 2, og handelsagentloven § 15 bestemmer præceptivt, at handelsagenten kan kræve at få et uddrag af forretningsbøgerne. Direktivet løser ikke problemet, hvis agenturgiveren undlader at give disse oplysninger og dokumenter. Den danske lov tillader agenten at kræve en undersøgelse af agenturgiverens forretningsbøger ved en statsautoriseret eller registreret revisor. Men i de øvrige EU medlemslande kan der findes andre ordninger, som kan lægge hindringer i vejen for handelsagentens adgang til de fornødne oplysninger.

### 5.3. Eneagentur og områdeagentur

Når en handelsagent har fået tildelt et eneagentur til et geografisk område eller en bestemt kundekreds, har han krav på at få provision både for de handler, som han har medvirket til, og for dem, til hvis indgåelse han ikke har medvirket, men som er indgået direkte mellem en kunde hjemmehørende i området eller kundekredsen og agenturgiveren eller en anden mellemmand, den såkaldte direkte provision, jfr. handelsagent-direktivet art. 7 stk. 2 og handelsagentloven § 9 nr. 3. Handelsagenten er ikke beskyttet mod, at andre har kontakt med kunderne i hans område eller kundekreds. Agenturgiveren skal således betale provision for handler indgået i området eller kundekredsen, også når han selv har indgået købeaftalen med kunden. Såfremt en anden mellemmand handler med områdets kunder, skal den pågældende mellemmand ligeledes afgive sin provision eller fortjeneste til eneagenten. Da agenten optræder på agenturgiverens vegne, kan eneretten suppleres med en aftale om, at agenturgiveren skal forbyde andre handelsagenter og distributører overhovedet at have kontakt med kunderne inden for området. Eneagenten opnår således at være den eneste i området, som afsætter agenturgiverens produkt. Eneretten forudsætter, at agenten er aktiv for at opdyrke markedet og fastholde og forøge kundekredsen.

Direktivet tillader det enkelte medlemsland at vælge mellem to ordninger: Et medlemsland kan bestemme, at kun den eneagent, der har fået tildelt området eller kundekredsen udelukkende til sig selv, har krav på direkte provision. Alternativt kan et medlemsland fastsætte, at såfremt en agent har fået overdraget et bestemt område eller kundekreds, har agenten i området eller kundekredsen krav på provision for handler, som er indgået uden områdeagentens medvirken. Danmark har valgt sidstnævnte løsning. Reglen indebærer, at der kan indsættes flere agenter i området eller kundekredsen. Disse områdeagenter har krav på provision for direkte handler. Lovgivningen løser ikke spørgsmålet om, hvorvidt provisionen for en direkte handel skal deles mellem områdeagenterne, eller den skal tilfalde en enkelt agent, eller om alle områdeagenterne skal have fuld provision. Formodningen taler for, at der skal betales en enkelt provision for hver handel, og at denne deles mellem områdeagenterne, medmindre andet er aftalt, eller forholdene taler for, at provisionen tildeles en bestemt områdeagent på bekostning af de øvrige.

Mulighederne for at få tildelt eneagentur indebærer for eksempel, at en handelsagent kan få overdraget flere EU lande som sit område eller flere regioner inden for et land eller grænseregioner mellem to eller flere lande.

Områdeløsningen giver endvidere adgang til at aftale, at et begrænset antal handelsagenter indsættes i det samme område, eller at en erfaren og en ny handelsagent oparbejder et område.

Da valgmuligheden mellem eneagentur og områdeagentur klart fremgår af handelsagent-direktivet, kan adgangen til at opnå direkte provision inden for området eller kundekredsen forudses, hvilket er fremmede for den fri bevægelighed. I de lande, hvor områdeløsningen er valgt, kan områdeagenterne udføre aktiviteter inden for området - som kan være geografisk grænseoverskridende - uden at miste muligheden for indtjening, og de er ved eneretten til at arbejde i området med respekt af de øvrige områdeagenter beskyttet mod konkurrerende afsætning af agenturgiverens produkt (intrabrand konkurrence). Men selv om områdeagenterne har et provisionskrav for direkte handler, kan den fri bevægelighed begrænses af, at reglerne om provisionens størrelse kan være forskellig i de enkelte medlemslande, alt efter hvordan lovgivningen har bestemt, at provisionen skal fordeles mellem eller udbetales til områdeagenterne.

#### **5.4. Særligt om elektronisk handel**

Et produkt kan blive markedsført og afsat via en hjemmeside på Internettet. Her foregår handelen uafhængigt af geografiske grænser eller en afgrænset kundekreds. Hjemmesiden kan oprettes af agenturgiveren selv eller af en handelsagent, for eksempel en eneagent, der har et EU medlemsland som sit område. Hjemmesiden tiltrækker kunder fra hele agenturgiverens marked, også fra eneagenternes områder. Kunderne skaffer sig information om produktet ved hjælp af hjemmesidens oplysninger. Måske foretrækker kunderne den elektroniske information og undlader at benytte messer, udstillinger og annoncering, som en eneagent har foranstaltet og bekostet i sit lokalområde. Her er det ikke eneagentens markedsføringsforanstaltninger, men hjemmesidens informationer, der har fået kunden til at beslutte sig til handelen. Spørgsmålet er, om eneagenten også her har krav på provision for direkte handler.

Det er muligt at identificere handelens geografiske tilhørsforhold, så længe der er tale om fysiske varer. Kunden skal have varerne leveret til en fysisk adresse, og agenturgiveren skal modtage betalingen, evt. ved handelsagentens mellemkomst, når han på agenturgiverens vegne leverer varen og modtager betaling. Det kan således fastlægges, hvor kunden på den ene side og agenturgiveren eller handelsagenten på den anden side har deres hjemsted og således, om handelsagenten har krav på direkte provision i henhold til en eneret eller områderet. Som ovenfor anført har en ene- eller områdeagent altid krav på direkte provision. I agenturforhold kan agenturgiveren forbyde agenter og distributører uden for området at have nogen som helst kontakt med områdets kunder, medens leverandøren i et eneforhandlerforhold af konkurrencehensyn kun kan forbyde aktivt

salg<sup>8</sup> i eneforhandlerens område. Leverandøren kan ikke forhindre distributører uden for området i at gennemføre handel med de kunder, som er hjemmehørende i området, og som har opsøgt distributøren.

Vanskeligere er det at fastlægge området, hvis kunden får leveret en elektronisk tjenesteydelse, for eksempel en database eller et musikstykke, som leveres og betales direkte via Internettet, således at kundens geografiske tilhørsforhold ikke fremgår af købeaftalen og ikke har nogen betydning for handelen.

Spørgsmålet kan rejses, om eneagenten har krav på provision for direkte handel i tilfælde, hvor en lokal salgsindsats er uden betydning, da kunderne henter alle oplysninger via hjemmesiden.

EU Kommissionen mener som udgangspunkt, at de forskellige distributionsformer ikke må begrænse adgangen til e-handel<sup>9</sup>, se s. 252 i Ugeskrift for retsvæsen 2003, den litterære afdeling s. 251-258: Camilla Jain og Henrik Holtse: "Konkurrenceret og e-handel - en analyse af udvalgte problemstillinger" (i det følgende benævnt "Jain/Holtse"). Kommissionens forordning nr. 2790/1999 af 22.12.1999 om anvendelse af EF-traktatens art. 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, (EFT L 336 af 29.12.1999 s. 21-25) (Gruppefritagelsesforordningen) anser forbud mod e-handel for en alvorlig konkurrencebegrænsning, medmindre forbudet er objektivt begrundet, se Jain/Holtse s. 254. Forfatterne nævner eksempler, se s. 254, hvorefter det danske Konkurrenceråd har fortolket forordningen således, at der skal kunne anføres sikkerheds- eller helbredsmæssige grunde for, at et forbud mod e-handel er objektivt begrundet. Produktkvalitet eller image i almindelighed er ikke tilstrækkeligt.<sup>10</sup> Der er ifølge forfatterne ikke taget stilling til, om det forhold, at et produkt er teknisk kompliceret, kan udgøre en objektiv begrundelse, se s. 255. Forfatterne rejser spørgsmål om, hvad en hjemmeside på Internettet betyder i

---

<sup>8)</sup> I eneforhandlerforhold sondres der mellem på den ene side aktivt salg, hvor eneforhandleren er aktivt opsøgende og ved markedsforanstaltninger og kundebesøg tager initiativet til en handel, og på den anden side passivt salg, hvor det er kunden, som opsøger eneforhandleren med henblik på at indgå en handel. Denne sondring er uden betydning i agenturforhold.

<sup>9)</sup> Vedrørende forhandling er det i Kommissionens meddelelse om Retningslinier for vertikale begrænsninger (EFT C 291 af 13.10.2000) anført, at den omstændighed, at et salg har virkning uden for en forhandlers tildelte område, ikke betragtes som et aktivt salg, se Jain/Holtse s. 252. Forfatterne drager parallel til varemærkeområdet og konstaterer, at hverken anvendelsen af et top-domæne som en landekode (for eksempel ".dk") eller det anvendte sprog har betydning for, om der foreligger et aktivt eller passivt salg i området, s. 252-253.

<sup>10)</sup> EU Kommissionen har dog tilladt et forbud, der hvilede på en konkret begrundelse i beskyttelse af et mærkets image eller rygte, Jain/Holtse s. 255.

tilfælde af, at en vare kræver teknisk rådgivning og efterservice, som ydes af en autoriseret forhandler fra et fysisk forretningssted. En kunde kan benytte rådgivning og serviceydelser hos en fysisk etableret forhandler for derefter at købe produktet via Internettet hos en anden forhandler eller direkte hos leverandøren, se s. 256. Forfatterne konkluderer, at i et selektivt salgssystem, dvs. et system, hvori forhandlerne optages efter bestemte faglige kriterier, kan det ikke tolereres, at forhandlere anvender e-handel uden samtidig at opretholde et fysisk fast salgssted, da det skal forhindres, at en internet-forhandler på de øvrige forhandlers bekostning skal kunne drage fordel af de ydelser, som findes på de faste salgssteder.

De synspunkter, som gør sig gældende for forhandlere, især inden for selektiv distribution samt franchisesystemer<sup>11</sup>, kan tilsvarende overvejes for handelsagenternes vedkommende. I handelsagentur kan agenturgiveren forbyde både aktivt og passivt salg. Der foreligger ikke de samme hensyn til fri konkurrence som i forhandlerforhold. Men spørgsmålet er, om handelsagenterne - ikke mindst eneagenter og områdeagenter - skal fuldstændigt forhindres i at anvende Internettet i markedsføringen. Min opfattelse er, at forholdet må vurderes ud fra forpligtelsen til loyalitet set i sammenhæng med, om der er en rimelig begrundelse for at forbyde brugen af Internettet. Man behøver næppe at anlægge helt så strengt et kriterium som "objektiv begrundelse", der anvendes i forhandlerforhold. Som udgangspunkt kan det antages, at ligesom i forhandlerforhold må sikkerheds- og helbredshensyn være en tilstrækkelig begrundelse for et forbud mod e-handel. Men herudover kan der være behov for regulering af elektronisk handel, når handelsagenten stiller serviceydelser til rådighed og indretter sit forretningssted efter agenturgiverens instrukser ligesom i franchiseforhold, hvor vægten lægges på lokal betjening efter ensartede retningslinier inden for franchisesystemet. Det vil være en fordel for alle, der er integreret i agenturgiverens distributionssystem, at der via Internettet informeres om varen, og at betaling kan ske elektronisk. Men det skal samtidig sikres, at den enkelte ene- eller områdeagents indsats for at yde rådgivning og service i lokalområdet bliver honoreret gennem adgang til direkte provision. Antageligt kan det pålægges agenturgiveren med henvisning til loyalitetsforpligtelsen at sikre, at e-handler - hvadenten de sker via agenturgiverens eller en eneagents eller områdeagents hjemmeside - bliver tilgodeset med direkte provision. Der må træffes foranstaltninger til, at kundens tilhørsforhold til et område eller en kundekreds kan spores i fornødent omfang.

De muligheder for fri bevægelighed, som elektronisk handel byder på, kan således være en økonomisk hæmsko for de handelsagenter, som betjener lokalområdet, hvilket kan formindske handelsagenternes interesse for etableringen af

---

<sup>11)</sup> System, hvorefter forhandlerne får adgang til og skal anvende et ensartet koncept.

agenturer i nye områder. Der bør eventuelt ske en lovregulering til sikring af ene- og områdeagenternes interesser. Iøvrigt må forholdet reguleres ved aftaler mellem agenturgiverne og deltagerne i salgssystemet.

## **6. Beskyttelsesregler ved og efter agenturkontraktens ophør**

Der er i handelsagent-direktivet lagt vægt på, at der ved præceptive regler sikres en handelsagent, som ikke selv har givet anledning til ophøret af agenturkontrakten, en rimelig afviklingstid i form af opsigelsesvarsel samt godtgørelse for tab af kundekreds.

### **6.1. Opsigelse og ophævelse af agenturkontrakten**

Direktivet har i art. 15 fastsat længde for opsigelsesvarsler. Det er bestemt, at handelsagenten i et tidsubegrænset forhold som minimum har krav på en måneds opsigelsesvarsel det første år, to måneder det andet år og 3 måneders varsel efter tre års forløb. Medlemslandene kan vælge at fastsætte stigende præceptive minimumsvarsler fra det fjerde år, henholdsvis 4, 5 og 6 måneder for det fjerde, femte og sjette år. Parterne kan aftale længere varsler. I handelsagentloven findes opsigelsesvarslerne for tidsubegrænsede forhold i § 22, hvor man har valgt at fastsætte stigende varsler fra 1 måned for det første år til og med 6 måneder for det sjette år. Tidsbegrænsede kontrakter, som videreføres efter kontraktperiodens udløb, anses for indgået på ubestemt tid, direktivet art. 14 og handelsagentloven § 23. Selv om opsigelsesvarslerne varierer inden for de enkelte medlemslande, er reglerne så klare og håndterlige, at handelsagenten kan forudse, hvilken afviklingstid han kan forvente ved kontraktophør. De legale varsler er relativt korte. Aftales længere varsler, skal varslerne forlænges for begge parter.

Om væsentlig misligholdelse bestemmer handelsagent-direktivet art. 16, at direktivet ikke berører medlemsstaternes regler om adgang til at hæve kontrakten uden varsel. Det er en almindelig regel i national ret, at et kontraktforhold kan bringes til ophør uden varsel af den uskyldige part, når der foreligger et alvorligt kontraktbrud fra den anden parts side. I agenturforhold kan det ikke udelukkes, at der findes nationale særregler om kontraktophør i anledning af alvorligt kontraktbrud, da direktivet ikke har harmoniseret dette område. Der kan desuden være forskelle i national opfattelse af, hvad der forstås ved de forhold, der i dansk ret modsvares af væsentlig misligholdelse.

Trods nationale variationer må reglerne om opsigelse og ophævelse antages at være fremmede for den fri bevægelighed, også i de lande, hvor der inden direktivets vedtagelse ikke fandtes præceptive opsigelsesregler. De korte legale varsler tillader en relativt hurtig afvikling af et agenturforhold og giver samtidig parterne

mulighed for at aftale mere gunstige vilkår. I tilfælde af væsentlig misligholdelse kan kontrakten som hovedregel bringes til øjeblikkeligt ophør.

## **6.2. Godtgørelse for tab af kundekreds**

Den præceptive adgang, som handelsagent-direktivet åbner for handelsagenten til godtgørelse for tab af kundekreds, er en nydannelse i nogle EU medlemslande, hvor handelsagenten ikke hidtil har kunnet rejse et sådant krav. Det er ikke lykkedes at foretage en fuldstændig harmonisering. Der er nået et kompromis mellem medlemslandene ved indførelsen af to alternative systemer, som medlemslandene kan vælge imellem.

Det ene system er opbygget på grundlag af den ordning, som hidtil har været gældende i tysk ret. Iflg. direktivet art. 17, stk. 2, har handelsagenten ret til en godtgørelse, som beregnes på grundlag af de fordele, som en fortsat forretningsforbindelse vil tilføre agenturgiveren, samt en rimelighedsvurdering under hensyn til samtlige omstændigheder, herunder handelsagentens provisionstab. Direktivet fastlægger et maximumsbeløb: Godtgørelsen kan ikke overstige et beløb svarende til et års gennemsnitlig provision beregnet på grundlag af handelsagentens årlige vederlag i de sidste fem år.

Det andet system er indført især for at tilgodese hensyn inden for fransk ret. Både Frankrig og England har tilsluttet sig denne ordning. Iflg. direktivet art. 17, stk. 3, har handelsagenten ret til en erstatning for den skade, som ophøret af hans forhold til agenturgiveren forvolder ham. Der lægges hovedsageligt vægt på ophør under omstændigheder, som berøver handelsagenten provisionsbeløb, der ville have tilkommet ham i tilfælde af normal opfyldelse af kontrakten, samtidig med, at agenturgiveren opnår væsentlige fordele af handelsagentens indsats. Der skal også tages særligt hensyn til, om handelsagenten har kunnet afskrive de omkostninger og udgifter, som han efter henstilling fra agenturgiveren har afholdt for at opfylde kontrakten. Der er intet maximumsbeløb for erstatningens størrelse.

Direktivet har opstillet fælles betingelser for, hvornår godtgørelsen eller erstatningen mistes.

Danmark har indført godtgørelses-ordningen, jfr. handelsagentloven §§ 25 - 29.

De to systemer giver handelsagenten sikkerhed for, at han under den ene eller den anden form i nogen grad får dækning for sit tab af kundekreds i tilfælde af, at kontrakten ophører uden hans skyld. Det konkrete beløb til udbetaling vil variere mellem de to systemer og mellem de enkelte landes ret. Men handelsagenten kan forvente, at beløbet ikke vil ligge under et vist minimumsniveau. Handelsagenten

kan således se frem til, at uanset hvor i Den Europæiske Union han etablerer sig eller er virksom for at skabe en kundekreds, kan han påregne at få kompensation for sit tab af kundekreds i tilfælde af kontraktens ophør uden hans skyld. På dette grundlag må reglerne antages at fremme handelsagentens fri bevægelighed.

### **6.3. Konkurrence- og kundeklausuler**

Handelsagent-direktivet art. 19 opstiller regler, som begrænser adgangen til at pålægge handelsagenten en konkurrenceklausul efter kontraktens ophør. En konkurrenceklausul er kun gyldig, når den er indgået skriftligt og alene vedrører handelsagentens tildelte område eller kundekreds samt varettyperne i hans agentur. Konkurrenceklausulen kan højst gælde i 2 år efter kontraktens ophør. Der er tale om en minimumsharmonisering i den forstand, at medlemslandene kan fastsætte andre restriktioner for konkurrenceklausulernes gyldighed og anvendelse, ligesom domstolene kan begrænse parternes forpligtelser i henhold til en sådan klausul. Det kan for eksempel være pålagt agenturgiveren at betale handelsagenten et vederlag for at påtage sig en konkurrenceklausul. Direktivet forhindrer heller ikke, at der eksisterer andre klausuler i national ret, for eksempel kundeklausuler. Handelsagentloven § 30 har gennemført art. 19.

En konkurrenceklausul indskrænker den fratrædende handelsagents adgang til erhverv og er således en restriktion for den fri bevægelighed. Samtidig åbner den mulighed for, at den tiltrædende handelsagent kan fortsætte det hidtidige arbejde med at udvikle kundekredsen for agenturgiveren uden at blive belastet af konkurrence fra en handelsagent, der har et internt kendskab til agenturforholdet. Konkurrenceklausulen medvirker til at sikre og fremme produktets position på markedet og tilfører den tiltrædende handelsagent handlefrihed. Den fratrædende handelsagent vil normalt have modtaget kompensation for tab af kundekreds og eventuelt vederlag for at påtage sig konkurrenceklausulen. Det må antages, at reguleringen af konkurrenceklausuler som helhed fremmer den fri bevægelighed inden for de rammer, som er fastlagt.

### **7. Vurdering af handelsagentens mulighed for fri bevægelighed inden for rammerne af den gældende regulering**

Der er på det indre marked i EU gennemført en regulering, som har til formål at harmonisere de nationale regler for handelsagenter og har fastlagt produktkrav og fjernet hindringer for cirkulationen af varer, tjenesteydelser og personer. I hvilket omfang har reguleringen gavnet den fri bevægelighed i EU for handelsagenter?

## **7.1. Handelsagentens kvalifikationer**

I handelsagentur skal agenten opfylde de faglige krav, som i EU kræves inden for områder, hvor der er særligt behov for professionel indsigt. Men der findes ingen generel regulering af agentens kvalifikationer. Det er overladt til aftale mellem agenturkontraktens parter.

Der findes ikke EU krav om optagelse af handelsagenterne i særlige registre. EU tillader nationale krav om registrering, når det tilgodeser ordensmæssige og administrative hensyn. Men der må ikke hverken direkte eller indirekte diskrimineres over for andre medlemslandes borgere, der ønsker at virke som handelsagenter i registreringslandet. EF Domstolen har ved sin retspraksis fastlagt, at registrering ikke kan være en betingelse for agenturkontraktens gyldighed og ikke må indskrænke den retsbeskyttelse, som er tillagt handelsagenterne ved handelsagent-direktivet.

Reguleringen synes at være hensigtsmæssig til fremme af den fri bevægelighed, selv om der kan tænkes at forekomme konkrete tilfælde, hvor reglerne ikke yder handelsagenten tilstrækkelig støtte.

## **7.2. Gennemførelse af kontrakten**

Den grundlæggende regel i agenturforhold om gensidig loyalitet udmøntes i handelsagent-direktivet i handelsagentens pligter til information om markeds- og kundeforhold og agenturgiverens pligter til oplysning om produkt og produktionsskapacitet samt pligt til bistand ved markedsføring og salg. EU reglerne tillader, at national regulering og brancheforhold tilgodeses. Samtidig er handelsagenten sikret ret til at stille visse krav til agenturgiveren som hjælp til gennemføre sit hverv, uanset hvor han har sit virke inden for EU. En mere detaljeret regulering kunne let blive en hæmsko for at gennemføre agenturkontrakten i de enkelte medlemslande, hvor særlige nationale eller regionale forhold samt branchehensyn kan gøre sig gældende.

Formidling og salg af produkter overalt i EU fremmes ved reglerne om standardisering og harmonisering af produktkrav. Handelsagenten kan kræve af agenturgiveren, at de produkter, der er omfattet af agenturkontrakten, opfylder EU's krav, og han kan påregne, at produkterne har de egenskaber og den sikkerhed, som er fastlagt ved EU reguleringen.

I handelsagent-direktivet er fastlagt en grundlæggende pligt for agenturgiveren til yde agenten vederlag i form af provision. Handelsagenten er således sikret et vederlag for sin indsats, hvis størrelse det er overladt til parterne at aftale. Men

især ved grænseoverskridende aktiviteter kan det blive vanskeligt for handelsagenten at skaffe sig de fornødne oplysninger om sine tilgodehavender hos agenturgiveren, da der kun er begrænset adgang til agenturgiverens regnskaber. Nationale regler kan medføre, at retten til information kræver bistand af regnskabskyndige personer.

I eneagentur og områdeagentur har handelsagenten krav på direkte provision, dvs. provision for handler, der indgår med kunder inden for området eller kundekredsen uden handelsagentens medvirken. Dette styrker handelsagentens økonomiske mulighed for at foretage investeringer og markedsforanstaltninger overalt i EU for at udvide kundekredsen og forøge aktiviteterne i området.

Elektronisk handel kan styrke den konkurrencemæssige position på markedet og indebærer nye muligheder for kommunikation med kunderne. Det er generelt EU's holdning, at distributionsformerne ikke må lægge hindringer i vejen for e-handel. Men i det indbyrdes forhold mellem agenturgiveren og handelsagenten og mellem mellemmændene indbyrdes forøges vanskelighederne ved at sikre eneagenten og områdeagenten udbyttet af deres markedsføringsindsats og service i form af provision for direkte handler, da det i e-handel ikke nødvendigvis registreres, hvor kunden er hjemmehørende.

Handelsagenten har således i EU gode muligheder for at oppebære et vederlag. Men den regulering, der skal sikre gennemførelsen af reglerne vedrørende information om tilgodehavende provision, synes ikke altid at yde handelsagenten tilstrækkelig beskyttelse. Især er der behov for en regulering inden for e-handel.

### **7.3. Ophør af agenturkontrakten**

Handelsagent-direktivet fastlægger relativt korte præceptive varsler for opsigelse af kontrakten i tilfælde, hvor den bringes til ophør uden handelsagentens skyld, med adgang til, at parterne kan aftale længere varsler. I tilfælde af væsentlig misligholdelse fra agenturgiverens side må handelsagenten henholde sig til de nationale regler, da området ikke er reguleret i EU. Gennemgående kan et groft misligholdt kontraktforhold ophæves uden varsel i national ret, selv om der kan være en særlig national regulering heraf. Generelt må EU reguleringen af kontraktophøret antages at være hensigtsmæssig, da reglerne er tilstrækkeligt smidige til at kunne indpasses i nationale ordninger, selv om handelsagenten kun får en beskednen beskyttelse mod ophør især, når forholdet har været langvarigt.

Kompensation for tab af kundekreds er detaljeret fastlagt i handelsagent-direktivet. Det har været nødvendigt at indføre et kompromis bestående af to alternative systemer, der yder handelsagenten henholdsvis godtgørelse og erstatning.

Da begge systemer tager hensyn til de forhold, som grundlæggende bør kompenseres, når handelsagenten uden egen skyld afskæres fra forbindelsen med sin kundekreds, må det antages, at handelsagenten i nogen grad får dækning for sit tab af kundekreds, uanset hvilket system der lægges til grund for hans krav.

Handelsagent-direktivets målsætning om ved harmonisering af medlemsstaternes nationale regler at forøge retssikkerheden i grænseoverskridende agenturforhold og dermed forøge samhandelen i det indre marked synes i ganske høj grad at være realiseret. Direktivets regulering suppleres og understøttes af regler, der tilstræber at fremme den fri bevægelighed for produkter, tjenesteydelser og personer. Der er endnu områder, hvor EU reguleringen kan være utilstrækkelig i konkrete tilfælde, og direktivet indeholder detaljerede regler og nydannelser, som i nogle medlemslande kan forekomme fremmedartede og komplekse at gennemføre på nationalt plan. Men globalt set er det min opfattelse, at handelsagent-direktivet ud fra de givne forudsætninger er et velegnet instrument til at sikre fri bevægelighed på det indre marked.

## **Forkortelser**

CEN: Comité Européen de Normalisation

CENELEC: Comité Européen de Normalisation Electrotechnique

TEF: Traktat om det Europæiske Fællesskab, vedtaget som led i Den Europæiske Union's samlede traktatgrundlag (Amsterdam-traktaten) d. 2.10.1997, i kraft d. 1.5.1999.

# **Udelukkelse af sammenslutninger af tilbudsgivere ved EU udbud**

af

Steen Treumer

## **1. Indledning**

EU's udbudsregler åbner mulighed for, at sammenslutninger af tilbudsgivere kan afgive bud, jf. eksempelvis tjenesteydelsesdirektivets artikel 26, stk. 1. Denne mulighed udnyttes hyppigt i praksis, og erfaringen viser, at der i en række tilfælde vil ske ændringer af sammensætningen af sammenslutninger af virksomheder i løbet af udbudsproceduren. Baggrunden for ændringerne i sammensætningen kan eksempelvis være samarbejdsproblemer eller et økonomisk sammenbrud hos en eller flere af sammenslutningens medlemmer.

Hvis sammenslutningens identitet ændres, er det nødvendigt, at ordregiveren tager stilling til, om den pågældende tilbudsgiver som følge heraf skal udelukkes fra videre deltagelse i udbudsproceduren, herunder om tilbudet fra den pågældende sammenslutning af tilbudsgivere skal afvises. Spørgsmålet aktualiseres relativt hyppigt i praksis, men giver anledning til vanskeligheder. Det skyldes, at udbudsdirektiverne og den danske gennemførelseslovgivning ikke direkte regulerer forholdet, og at rets- og klagenævnpraksis i relation til problemstillingen er yderst sparsom, samt at den danske klagenævnpraksis synes at afvige fra den eneste afgørelse fra EF-domstolen på området, der er afsagt i år.

Formålet med denne artikel er, at belyse retstilstanden på området med udgangspunkt i rets- og klagenævnpraksis samt at komme med forskellige anbefalinger til ordregivere og tilbudsgivere om, hvordan man i praksis med fordel kan forholde sig til problemstillingen.

## **2. Rets-og klagenævnspraksis på området**

### **2.1. EF-domstolens praksis: C-57/01, Makedoniko Metro**

Indtil i år havde EF-domstolen ikke haft anledning til at beskæftige sig nærmere med konsekvenserne af ændringer af sammenslutningers sammensætning, men muligheden opstod i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse fra en græsk domstol i sagen C-57/01, Makedoniko Metro.

I denne sag havde en græsk ordregiver, i forbindelse med et begrænset udbud, selv reguleret spørgsmålet om tilbudsgivernes adgang til ændringer af deres sammensætning i udbudsbetingelserne. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne som udgangspunkt kunne ændre deres sammensætning indtil tilbudsfristens udløb, jf. herved særligt dommens præmis 18 sammenholdt med præmis 22. Et joint venture, Makedoniko Metro, blev tildelt kontrakten, men havde foretaget forskellige ændringer af sammensætningen, bl.a. efter tildelingen af kontrakten. Ordregiveren fandt som følge heraf, at udbudsbetingelserne ikke var blevet overholdt og undlod derfor at indgå kontrakt med Makedoniko Metro. Dette foranledigede det pågældende joint venture til at klage til Statsrådet og til at anlægge erstatningssøgsmål ved en græsk forvaltningsdomstol. Sidstnævntes afgørelse blev appelleret, og appelinstansen besluttede at forelægge sagen præjudicielt for EF-domstolen. Den græske domstols spørgsmål gik grundlæggende ud på at få afklaret, om det ville stride med udbudsdirektiverne, såfremt den lagde til grund, at Makedoniko Metro havde mistet retten til at deltage i udbudsproceduren som følge af ændringerne i det pågældende joint venture efter indgivelsen af budene.<sup>1</sup>

EF-domstolen fastslog indledningsvis i præmis 60-61, at ordlyden af artikel 21 i bygge-og anlægsdirektivet, der er den eneste bestemmelse i direktivet, der omhandler bud fra sammenslutninger af tilbudsgivere, ikke regulerer spørgsmålet og at fastsættelsen af bestemmelser om sammensætningen henhører under medlemsstaternes kompetence. Domstolen klargjorde herefter, at bygge-og anlægsdirektivet ikke er til hinder for nationale bestemmelser, der forbyder en ændring af sammensætningen af tilbudsgivere efter budgivningen. Det fremgår ikke umiddelbart, hvad der skal forstås ved "nationale bestemmelser", men det må antages, at der med udtrykket henvises til bestemmelser fastsat af den nationale lovgiver eller fastsat af en ordregiver i forbindelse med afviklingen af en konkret udbuds-

---

<sup>1)</sup> Den græske domstols spørgsmål var uklart formuleret. Se EF-domstolens omformulering af spørgsmålet i præmis 57.

procedure, jf. særligt Kommissionens indlæg for EF-domstolen, der omtales i præmis 48 i dommen.

Det fremgår klart af EF-domstolens afgørelse, at den nationale lovgiver eller ordregiver kan forbyde ændringer i sammensætningen af sammenslutninger af bydende. EF-domstolens undlod derimod *direkte* at forholde sig til 1) spørgsmålet om hvornår nationale bestemmelser kan tillade ændringer i sammensætningen og 2) det i praksis mere interessante spørgsmål om, hvordan en ordregiver skal forholde sig, hvis spørgsmålet *ikke* er reguleret hverken af lovgiver eller ordregiver i det konkrete tilfælde. Sidstnævnte situation har været aktuel i en række sager i bl.a. Danmark og sandsynligvis også en lang række af de øvrige medlemsstater, herunder England.<sup>2</sup>

Betyder det, at nærværende sag ikke kan anvendes som et væsentligt fortolkningsbidrag til fastlæggelsen af gældende ret i relation til de netop opstillede spørgsmål 1) og 2) der ikke blev besvaret direkte? Det er den fortolkning, der ses at være lagt til grund af Klagenævnet for Udbud, jf. herved referatet af sagen på Nævnets hjemmeside,<sup>3</sup> men efter min opfattelse er det en for snæver fortolkning af dommens præjudikatsværdi. Det må i stedet antages, at det forudsætningsvis følger af EF-domstolens afgørelse, at ændringer af sammensætningen som udgangspunkt vil være tilladt, hvis det følger af nationale bestemmelser, eller hvis spørgsmålet ikke er reguleret i medlemsstatens lovgivning eller i udbudsbetingelserne af den konkrete ordregiver.<sup>4</sup>

Til støtte for denne fortolkning kan anføres, at EF-domstolen i sine præmisser netop fremhævede, at spørgsmålet om ændringer er overladt til national regulering, og at dette udsagn må fortolkes som relevant for både forbud og tilladelse af ændringer i sammensætningen af sammenslutninger af bydende. Dette forhold skal sammenholdes med det faktum, at Domstolen ikke benyttede sig af den åbenbare mulighed for at indskrænke medlemsstaternes skøn ved at opstille

---

<sup>2)</sup> Den engelske gennemførelseslovgivning forholder sig ikke til spørgsmålet, jf. Adrian Brown, *Public Procurement Law Review*, 2003 NA 56 ff. (s. 58). Spørgsmålet er tilsyneladende heller ikke reguleret i Grækenland, jf. herved C-57/01, *Makedoniko Metro*.

<sup>3)</sup> Se <http://www.klfu.dk> under "resuméer af EF-afgørelser". Her anføres det "Sagen synes meget konkret og har næppe generel relevans" og det anføres i umiddelbar forlængelse heraf, at EF-domstolen ikke kom ind på det mere interessante spørgsmål om adgangen til at tillade ændringer i en tilbudsgivers sammensætning

<sup>4)</sup> I en kommentar til afgørelsen gør Adrian Brown, *Public Procurement Law Review* 2003 NA 56 (s. 58) sig til fortaler for den samme retsopfattelse dog uden udtrykkeligt at anføre, at dette forudsætningsvis følger af dommen.

nærmere kriterier for, hvornår ændringer ikke er tilladt.<sup>5</sup> Det er netop tilladelsen af ændringer, der umiddelbart er mest problematisk, da en sådan tilladelse har oplagt potentiale til at være en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Hvis ligebehandlingsprincippet fortolkes strengt, er det nærliggende at opstille en hovedregel om, at ændringer i sammensætningen *ikke* er tilladt. Opmærksomheden henledes på, at EF-domstolens afgørelse synes at føre til det stik modsatte udgangspunkt: At ændringer som hovedregel er tilladt.

Selv om det må antages, at ændringer som hovedregel er tilladt, er det sikkert, at en ordregiver i visse tilfælde vil være forpligtet til at udelukke en given sammenslutning som følge af ændringernes omfang eller karakter.<sup>6</sup> Hvis eksempelvis hovedparten af en gruppe samarbejdende entreprenørvirksomheder udtræder af en sammenslutning efter at være blevet prækvalificeret, er det oplagt, at de resterende virksomheder bør udelukkes fra videre deltagelse i udbudsproceduren. Ændringerne i sammenslutningens identitet er for grundlæggende, og der vil være for store afvigelser i relation til de tekniske og finansielle ressourcer, der har dannet grundlag for ordregivers udvælgelse af sammenslutningen.

I visse tilfælde må det dog antages, at problemet kan løses ved substitution, dvs. ved at nye virksomheder indtræder i sammenslutningen af tilbudsgivere, og at substitutionen derved muliggør, at sammenslutningen fortsat vil kunne deltage i udbudsproceduren. Vurderingen af hvornår en udelukkelse er påkrævet er i sagens natur konkret, men hovedkriterierne må antages at være *omfanget* af ændringerne, *ændringernes karakter*, herunder navnlig i hvilket omfang der sker en forringelse af de finansielle og tekniske ressourcer og *tidspunktet* for ændringerne.<sup>7</sup> Ændringer af sammenslutningen vil normalt alene være problematiske efter tidspunktet for anmodningen om prækvalifikation, eller efter budgivningen i udbudsprocedurer uden prækvalifikation, da tilbudsgivernes identitet, da vil være ordregiveren bekendt og kan danne grundlag for favorisering.<sup>8</sup>

---

<sup>5)</sup> Østrig havde for EF-domstolen argumenteret for, at Direktivet ikke var til hinder for, at sammensætningen ændres efter indgivelsen af bud, jf. præmis 46 i afgørelsen.

<sup>6)</sup> Jf. ligeledes Adrian Brown, *Public Procurement Law Review*, 2003 NA 56 ff. (s. 58).

<sup>7)</sup> Det må dog normalt være udelukket at en virksomhed, der er blevet afvist som ikke kvalificeret i forbindelse med en prækvalifikation, efterfølgende indtræder i udbudsproceduren.

<sup>8)</sup> Diskriminering kan tillige tænkes ved et forbud mod ændringer af en sammenslutning, men vil ikke være typisk. Det typiske problem vil i stedet være, at ordregiveren uberettiget tillader ændringer.

## 2.2. Praxis fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud er den vigtigste kontrolinstans på udbudsområdet i Danmark, og spørgsmålet om lovligheden af ændringer af sammensætningen af en sammenslutning af tilbudsgivere har været rejst for Klagenævnet i 2 sager: Kendelse af 9. marts 1998, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Ledøje- Smørum Kommune og Kendelse af 10. maj 2002, Ementor Danmark A/S mod Århus Amt.

Kendelsen af 9. marts 1998, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Ledøje-Smørum Kommune vedrørte en totalrådgivningsopgave, hvor en af tilbudsgiverne var en sammenslutning af et arkitektfirma, en landskabsarkitekt og et rådgivende ingeniørfirma. Ordregiver havde taget et tilbud i betragtning fra en sammenslutning, hvor alene 2 ud af 3 deltagere var blevet prækvalificeret, idet det rådgivende ingeniørfirma var blevet erstattet af et andet efter prækvalifikationen. Klagenævnet for Udbud lagde til grund, at ordregiveren havde tilsidesat tjenesteydelsesdirektivet ved efter prækvalifikationen at lade et nyt ingeniørfirma træde i stedet for det prækvalificerede ingeniørfirma. Klagenævnet fremkom ikke med nærmere argumentation til støtte for dette resultat, hvilket kan være et udtryk for, at Klagenævnets holdning var, at ændringer i sammensætningen som absolut udgangspunkt ikke er tilladt. Konkurrencesekretariatet, dvs. den nuværende Konkurrencestyrelse, havde afgivet en udtalelse i sagen, og i denne udtalelse fremhæves bl.a., at ændringen "næppe var betænkelig", hvis ingeniørfirmaet havde optrådt som ren underleverandør til arkitektvirksomhederne.<sup>9</sup>

I kendelsen af 10. maj 2002, Ementor Danmark A/S mod Århus Amt havde selskabet A som "totalleverandør"/"hovedleverandør" fremsendt anmodning om prækvalifikation med angivelse af, at opgaven ville blive løst i samarbejde med virksomhederne B og C som "underleverandører". A afgav tilbud i udbudsproceduren, og der blev afholdt møder med henblik på indgåelse af kontrakt med repræsentanter for A og B. Under disse møder tilkendegav ordregiver, at man ønskede at indgå kontrakt med A og B som ligestillede leverandører, men ordregiveren besluttede sig for alene at indgå kontrakt med underleverandøren B.

Ordregiveren gjorde under sagen gældende, at der var afgivet tilbud fra et konsortium bestående af 2 deltagere, og at ordregiveren var berettiget til at acceptere et bud fra alene en af deltagerne. Det bør i denne forbindelse bemærkes, at

---

<sup>9)</sup> Ordregiveren havde angiveligt ikke foretaget nogen selvstændig vurdering af de rådgivende ingeniørfirmaer i forbindelse med prækvalifikationen, hvilket Klagenævnet ligeledes fandt var en overtrædelse af udbudsreglerne.

ordregiver i sin korrespondance med A, havde refereret til virksomhederne A og B som ligestillede ansøgere/tilbudsgivere både ved henvendelse til A i forbindelse med dennes prækvalifikation og efter dennes tilbudsgivning. Dette forhold fandt Klagenævnet ikke havde betydning, og det er derfor ikke overraskende, at Nævnet statuerede, at ordregiver havde overtrådt tjenesteydelsesdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med underleverandøren B, der hverken var blevet prækvalificeret eller havde afgivet bud.

Sammenfattende kan det siges, at Klagenævnet for Udbud i sin begrænsede praksis har lagt til grund, at ordregiverne har tilsidesat udbudsreglerne ved at tillade ændringer af sammensætningen af kredsen af tilbudsgivere, og at kendelserne giver indtryk af at Klagenavnets udgangspunkt har været, at ændringer af sammensætningen i sammenslutninger af tilbudsgivere ikke er tilladt. Referatet på Klagenavnets hjemmeside af den efterfølgende afgørelse fra EF-domstolens i sagen C-57/01, *Makedoniko Metro*, der er omtalt tidligere under afsnit 2.1, taler endvidere for at den restriktive holdning på området fortsat vil blive opretholdt. Klagenavnets praksis synes derfor at afvige fra EF-domstolens tilgangsvinkel til problemstillingen.

### 3. Konklusioner og anbefalinger

Det følger klart af EF-domstolens afgørelse i C-57/01, *Makedoniko Metro*, at den nationale lovgiver eller ordregiver kan *forbyde* ændringer i sammensætningen af sammenslutninger af bydende. Det i praksis langt mere interessante spørgsmål om, hvorvidt ændringer kan *tillades* kan derimod ikke besvares entydigt ved læsning af EF-domstolens afgørelse. Det må dog antages, jf. herved argumentationen anført under afsnit 2.1, at det forudsætningsvis følger af C-57/01, at ændringer som udgangspunkt kan tillades af den nationale lovgiver eller af ordregiveren i den konkrete udbudsprocedure.

Selv om ændringer som udgangspunkt vil være tilladt, er der uden tvivl en række tilfælde, hvor en ordregiver ikke desto mindre vil være forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver som følge af ændringer i en sammenslutning af bydende. Vurderingen må i den henseende navnlig støttes på omfanget af ændringerne og ændringens karakter, herunder særligt om der sker en forringelse af de finansielle og tekniske ressourcer hos den pågældende sammenslutning af virksomheder. Det må endvidere antages, at enkelte deltagere i en sammenslutning i mindre omfang kan substitueres af andre virksomheder.

Klagenævnets praksis efterlader et indtryk af, at ændringer i sammensætningen vil blive bedømt restriktivt, og denne praksis synes at afvige fra EF-domstolens mere fleksible tilgangsvinkel til problemstillingen. Der er grund til at være opmærksom på dette forhold som aktør på udbudsområdet i Danmark, da Klagenævnet i langt de fleste udbudstvister vil være sidste instans. Det er stadig kun et fåtal af Klagenævnets afgørelser, der indbringes for domstolene, og det er en absolut undtagelse, at Nævnets afgørelser forelægges præjudicielt for EF-domstolen.

EF-domstolens afgørelse i C-57/01 giver imidlertid ordregiverne rige muligheder for at tage højde for problemstillingen ved udformningen af deres udbudsbetingelser. En ordregiver vil klart kunne forbyde ændringer med hjemmel i afgørelsen, og tilsvarende vil en ordregiver også i vidt omfang kunne tillade sådanne ændringer. Den omhyggelige ordregiver bør regulere spørgsmålet i udbudsbetingelserne.

Såfremt en ordregiver har undladt at benytte sig af denne oplagte mulighed, vil en tilbudsgiver kunne foranledige ordregiveren til at forholde sig nærmere til problemstillingen ved at benytte sig af sin direktivsikrede adgang til at anmode om supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne.<sup>10</sup> Tilbudsgiveren kan således forespørge om adgangen til ændringer af sammensætningen af de bydende.

Spørgsmålet om ændringer i sammensætningen af tilbudsgivere kunne med fordel reguleres nærmere i udbudsdirektiverne, men er ikke inddraget i den aktuelle revision af direktiverne, og det er usandsynligt,<sup>11</sup> at den danske lovgiver på egen hånd vil regulere forholdet i nær fremtid. Det er derimod langt mere sandsynligt, at retstilstanden vil blive yderligere afklaret, når EF-domstolen får forelagt spørgsmålet på ny.<sup>12</sup>

---

<sup>10)</sup> Se hertil Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 153 ff.

<sup>11)</sup> Den danske lovgiver har hidtil afstået fra at omskrive EU's udbudsdirektiver, men har i stedet valgt at optage direktiverne som bilag til de danske bekendtgørelser, der gennemfører udbudsdirektiverne. Bekendtgørelserne indeholder kun ganske få indledende bestemmelser, der som absolut udgangspunkt ikke indebærer en fortolkning eller supplerende af direktivernes regelsæt.

<sup>12)</sup> I sagen C-57/01, Makedoniko Metro, var EF-domstolen særdeles tilbageholdende og undlod i vidt omfang at præcisere retstilstanden. Da spørgsmålet har stor relevans i praksis, og retstilstanden er uklar, vil EF-domstolen forhåbentlig være mindre tilbageholdende i fremtidig sager på området.



# Cross-Border Law Enforcement in the Information Society (v. 0.82)

by

Jan Trzaskowski<sup>1</sup>

This paper comprises some reflections on cross-border law enforcement in the Information Society. The paper deals with illegal acts carried out over a distance via the Internet by businesses without (any kind) of establishment in the enforcing state. The paper takes its start within the broad concept of sovereign nation states, but deals mainly with examples from European jurisdictions. This is a working paper containing theses that are being dealt with under the authors Ph.D. project<sup>2</sup>.

The author points out that there is a need for global standards on how to geographically divide marketing material on the Internet and that states should promote the dissemination of easy understandable and accessible information about the law. States should furthermore consider domesticating and privatising law enforcement along with applying alternative law enforcement such as technical enforcement and enforcement through the market.

## #1. States are Sovereign; Also to Restrict their own Sovereignty

*A state can be defined as a collection of individuals politically organised through a government, which exercises sovereign powers over a fixed territory. The state can in accordance with its political system decide what is legal within its terri-*

---

<sup>1)</sup> Jan Trzaskowski is a research fellow at the Law Department of Copenhagen Business School, [jan@extuto.dk](mailto:jan@extuto.dk). Jan Trzaskowski has worked for the Danish Department of Business and Industry and has in connection hereto been involved in a number of national and international activities regarding the Internet, including the negotiation of the 2000 EU Directive on E-Commerce and the 1999 OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce. Jan Trzaskowski is co-founder of one of Denmark's leading technology law firms and its former managing director.

<sup>2)</sup> [www.legalriskmanagement.com](http://www.legalriskmanagement.com).

*tory. Most states have for economical or political reasons limited their sovereignty through international agreements.*

*The sovereignty of states also entails that states can decide what kind of information should not be available in the state and which media should be available within the state and under which conditions. Most media are regulated to some extent, whereas the Internet is only in recent years becoming subject to corresponding media specific regulation.<sup>3</sup>*

*The Treaty of the European Union comprises the establishment and development of an internal market providing free movement of inter alia goods and services based on harmonisation. Also the establishment of the World Trade Organization (WTO) serves the purpose of improving international trade on a more global basis.<sup>4</sup>*

*In the 2000 EU E-Commerce Directive<sup>5</sup> regulation of the Internal Market was supplemented by the introduction of the Country of Origin principle,<sup>6</sup> which provides for home country control and mutual recognition of the so-called information society services, including inter alia commercial websites.<sup>7</sup> Even though the influenced area ('coordinated field') was not fully harmonized, the states would in return for limitations in enforcing own laws benefit from more efficient law enforcement at the source.*

*Other relevant types of international cooperation include 1) procedural harmonisation regarding recognition of foreign judgments and establishing a common framework for investigation, mutual assistance etc. and 2) substantive harmonisation leading to coordinated legal norms and rules on choice of law. Substantive harmonisation or coordination may be a prerequisite for procedural harmonisation.*

---

<sup>3)</sup> Restricting access and use of the Internet may be politically difficult because as the community around often consider the Internet to be a sanctuary where government interference should be as limited as possible.

<sup>4)</sup> See [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>5)</sup> EU Directive 2000/31 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce).

<sup>6)</sup> Article 3 of the 2000 EU Directive on E-Commerce.

<sup>7)</sup> An Information Society Service is any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and at the individual request of a recipient of a service. See Article 2, (a) of the 2000 EU E-Commerce Directive and article 1(2) of Directive 98/34 as amended by Directive 98/48.

## #2. The Internet is just a Medium

*The Internet is the sum of connections between certain computers/servers. The Internet is nothing but a medium that can be used for exchanging information between people -admittedly an impressive medium with a huge potential. The Internet has not abolished time and place, but made it easy and cheap to communicate over distances.*

*The idea of a Cyberspace as a parallel virtual world may serve pedagogical purposes just as dividing a hard drive into folders, but these metaphors however provide limited help to the legal understanding of the Internet.*

*The Internet however also creates a new environment for doing wrongs at a distance. The magnitude and importance of these wrongs increases, as the Internet becomes more integrated in society and more critical processes are carried out on Internet-connected devices.*

*Most people who use the Internet have already experienced or heard of consequences of undesirable activities such as computer viruses, unsolicited e-mails (spam), hacking, fraud, scams, misleading advertising etc. States as such may also have moral or pecuniary interest to protect, such as protecting individuals from Nazi artefacts or gambling activities.*

## #3. Borders in Cyberspace: Damage is Done Where Harm Occurs

*It is implied in the sovereignty of states that a state itself to a large extent can decide when a certain act should be deemed to have effect in that state. If harm is done to a state's interest including its inhabitants, the state may be likely to consider the act to be carried out in that state no matter which medium has been used.<sup>8</sup>*

*It is generally accepted that a number of 'old' laws also apply to activities carried out on this 'new' medium. The main challenge in governing the Internet is how to enforce national legislation. Difficulties in (cross-border) law enforcement have often led to the description of the Internet as a lawless wild west.*

*It has been argued that when material is first published on the Internet there is no control of who will access it and thus it would be unfair to claim jurisdiction in all states from where the material can be accessed. On the other hand it can be argued that a business publishing material on the Internet should be aware of the potential of doing harm in a large number of states.*

---

<sup>8)</sup> See Geist, Michael A., Is There a There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, 16 Berkely Technology Law Journal, 2002, p. 1345. See also Lessig, Lawrence, The Zones of Cyberspace, 48 Stanford Law Review, 1996, p. 1403.

*In the Yahoo! case a French Court ordered the American company to hinder French people's access to online auctions concerning Nazi artefacts. This decision was later in an American court rejected under reference to American rules of freedom of speech. Despite this Yahoo! decided to comply with the French ruling.<sup>9</sup>*

*In a recent case a Dutch court ordered the British company Ladbrokes to block Dutch people's access to the companies bookmaking website.<sup>10</sup> The mentioned cases and a number of other cases from around the world<sup>11</sup> support the idea of geographical borders in Cyberspace that businesses can be expected to observe these borders.*

#### **#4. A Holistic Approach to Law Enforcement**

*Law enforcement is about putting law into effect. It is within the sovereign powers of a state to decide which sanctions to impose on businesses that infringe the law and how to proceed against offenders. It is also within the state's sovereignty to choose which parties can enforce which wrongs.*

*The purpose of enforcing law is to seek obedience in order to protect the state and its individuals' physical and economical interests. The main goal is to prevent unlawful actions to occur. Since enforcement to ensure full compliance is yet to be proved possible, a secondary objective is to punish offenders and to compensate injured parties.*

*In most states a distinction between public (criminal and administrative law) and private law enforcement can be found. The distinction in Europe based is on whether the enforcement is carried out by the government or a private body respectively. There are similarities in – but far from a uniform perception of – which activities fall within these groups of enforcement. Some offences may be prosecuted under either of the enforcement systems.*

*There are different sanctions and procedural rules attached to either of the enforcement systems. Public law enforcement normally implies sanctions such as imprisonment, fines and disqualifications, whereas private law enforcement normally leads to damages (compensation) or establishment of rights or obligations concerning a contract (including unenforceability). Court orders such as injunctions and commands are normally found under both enforcement systems.*

---

<sup>9)</sup> See Kang, Sungjin, Yahoo!'s battle in France and the USA, Legal Issues of Economic Integration, 29/2002, p. 195.

<sup>10)</sup> Court of Anhem, 27 January 2003. See Preter, Cristoph De, Online Gaming in the Netherlands: Farewell to Ladbrokes?, 10 February 2003, [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org).

<sup>11)</sup> See also Mailland, Julien, Freedom of Speech, the Internet, and the Cost of Control: The French Example, 33 N.Y.U.J., Int'l. & pol. 1179 (2001).

*Considering the purpose of law enforcement, other measures than those carried out by the Judiciary may as well be considered as law enforcement. Law enforcement should be considered to be all sanctions supporting the purposes defined above. States should hence apply a holistic approach in their apportionment of sanctions in order to optimize their enforcement mix based on business expected reaction to various enforcement possibilities.*

*Since traditional cross-border law enforcement (through the Judiciary) is a cumbersome process – if possible at all – states should consider including alternative law enforcement measures in their enforcement palette. Below are described alternative law enforcement measures that take advantage of the technical nature of the Internet and the possibilities in using market forces.*

## **#5. Recognition of Foreign Judgements**

Law enforcement is traditionally carried out through the Judiciary. Recognition of judgements is a prerequisite for carrying out the decision of a court. A judgement is recognised in the state in which the judgement has been rendered, but no state is by default obliged to recognise foreign judgments.

Cooperation between regional states has led to some agreements on recognition of certain foreign judgements. In Europe, the most important acts are the 2000 EU Brussels Regulation<sup>12</sup> and 1988 Lugano Convention.<sup>13</sup> These acts provide for the ‘free movement’ of civil judgements within EU and EFTA States respectively.<sup>14</sup>

These acts provide a system for jurisdiction and mutual recognition of judgements. Enforcement of a judgement can however be refused under certain procedural grounds or by invoking that enforcement will be in contravention of public order. The 1958 UN New York Convention<sup>15</sup> furthermore provides a more globally adopted system for recognition of arbitral awards.

---

<sup>12)</sup> Council regulation No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters. This regulation replaces the EC Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (1968 Brussels Convention) from 27 September 1968. Changing the convention into an EU regulation brings the principles into a part of the EU legislation whereas the Brussels convention was an independent multilateral agreement. Denmark is as the only EU state not bound by the 2000 Brussels regulation and therefore the 1968 Brussels convention still applies between Denmark and either of the other EU member states.

<sup>13)</sup> The EC and EFTA Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements Civil and Commercial Matters from 16 September 1988.

<sup>14)</sup> Under the framework of jurisdiction laid down in the acts.

<sup>15)</sup> United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958.

## #6. Applying Foreign Law in the Offender's Homecourt

*Cross-border law enforcement is about imposing the law of the enforcing state on an offender established abroad. An alternative to recognition of judgement is if a relevant foreign court applies the law of the enforcing state under litigation in the state of the offender. This requires however that a prosecutor can and will bring proceedings in that foreign court.*

*Private persons will normally have litigation capacity in foreign courts, whereas public authorities and private organisations may not be correspondingly recognised by foreign courts. The 1998 EU Injunction Directive<sup>16</sup> seeks within the EU to provide certain qualified bodies with litigation capacity with a view to seek injunctions in the homecourt of the offender. The directive however only deals with infringement of some specific directives and notably does not determine the applicable law.*

*It is not unfamiliar to most legal systems to apply foreign law, especially in civil law suits. States are however very reluctant when it comes to applying foreign criminal law – especially if there are discrepancies between foreign and national law.*

*The starting point of private international law is the contacts approach,<sup>17</sup> which provides that the law with the closest connection to the matter should be applied. Most states accept at least to some extent the contracting parties' freedom to choose the applicable law.*

*The main provisions for European harmonisation of choice of law in contract in Europe are found in the 1980 EU Rome Convention.<sup>18</sup> Besides laying down the contacts approach, the convention contains certain presumption rules for inter alia contracts on sale of goods and services, certain consumer contracts, insurance contracts and employment contracts.*

*The choice of law in tort cases is sought to be harmonised under the ongoing work on the EU Rome II Regulation.<sup>19</sup> The officially presented draft is based on the principle of *lex loci delicti*<sup>20</sup> for a number of situations. Most European states already apply the concept of *lex loci delicti* in various manners.*

---

<sup>16)</sup> Directive 98/27/EC on injunctions for the protection of consumers' interests (19 May 1998).

<sup>17)</sup> US: Center of gravity doctrine.

<sup>18)</sup> Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, consolidated version (98/C 27/02).

<sup>19)</sup> Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, consolidated version (98/C 27/02).

<sup>20)</sup> The law of the place where the wrong took place or where it had effect.

*The country of origin principle in the 2000 EU E-Commerce Directive will most likely lead to limitations in the application of the lex loci delicti within the Internal Market, since applying the law of another state than the country of establishment would be in contravention of the principle of mutual recognition.<sup>21</sup>*

## **#7. Privatising Law Enforcement**

*If a law enforcing party wants to prosecute a foreign offender for an illegal act, which is not unlawful in the state of the offender, civil law enforcement will in a number of cases be more effective than public law enforcement. These circumstances speak in favour of attaching more civil sanctions to illegal acts.*

*In a descriptive case,<sup>22</sup> an Austrian based consumer organisation ('VKI'<sup>23</sup>) brought proceedings in Austria in order to stop business activities pursued by the German based Karl Heinz Henkel. The European Court of Justice sustained VKI's claim that the tort forum of the 1968 Brussels Convention then in force could be applied by the consumer organisation to obtain an injunction based on Austrian law in a preventive action.<sup>24</sup>*

*If a similar case was brought by an entity exercising public powers, the mutual recognition of the corresponding 2000 Brussels Regulation now in force could not be used – leaving the public authority worse off than a private body not exercising public powers. The public authority can within the limited scope of the 1998 injunction directive seek injunction in the homecourt of the offender and even with uncertainties connected to the choice of law.*

*Since it is within the powers of a sovereign state to choose sanctions for offences, the state might as well utilize the system for mutual recognition of civil judgements within EU and EFTA by distributing litigation powers and rights to civil entities. States may even support private litigants to the extent the private litigation will not be characterized as exercising public powers.*

*Another type of privatising can be found where parties voluntarily seek to resolve disputes. In contractual disputes it can be beneficial to choose private conflict*

---

<sup>21)</sup> See Mankowski, Peter, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce-rechtlinie, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 2001, p. 137.

<sup>22)</sup> Verein für Konsumenteninformation vs. Karl Heinz Henkel, ECJ Case C-167/00 (1 October 2002).

<sup>23)</sup> Verein für Konsumenteninformation. See [www.konsument.at](http://www.konsument.at)

<sup>24)</sup> In the Ladbroke case mentioned above, the Court of Anheim ruled that it had jurisdiction under the 2000 Brussels Regulation in the proceeding that was brought by the Dutch Lotto Company. See Preter, Cristoph De, Online Gaming in the Netherlands: Farewell to Ladbroke's?, 10 February 2003, [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org).

*resolution since arbitral awards are recognised between more than 100 states under the 1958 New York Convention.*

*Private enforcement can also be found within self-regulation, for example in the case of the European Advertising Standards Alliance self-regulatory cross-border complaint system.<sup>25</sup>*

## **#8. Domesticating Law Enforcement**

*The sovereignty of states extends only to the territory of the state. A state can benefit from its sovereignty by taking measures, which can be carried out within the state. This can be done by imposing sanctions on nationals who contribute or in other ways support the illegal act. Domestic measures can also be imposed on persons who more or less voluntarily enter the state's territory.*

*In American law cases against two Russian hackers, Vasilij Gorshkov and Alexey V. Ivanov, the FBI persuaded the two men to travel to the United States in order to participate in job interviews in a fictitious computer security company in Seattle created by the FBI.<sup>26</sup> During the meeting, the FBI recorded evidence against the hackers and obtained, through a demonstration by the hackers, access to search and copy evidence from the hackers' computers in Russia.*

*The mentioned approach led to conviction on a number of counts of conspiracy, various computer crimes and fraud. Since the two hackers conveniently enough were staying in the USA, the sentences could easily be enforced within U.S. territory. Though such undercover enforcement approaches may be effective, they are not allowed in a number of states.*

*Extradition may also be a possibility to prosecute a foreign offender. Extradition is normally based on a request from the enforcing state to the state in which the offender is located. Extradition is however most often applied in connection to custodial sanction and normally requires that the act is criminal under the law of both jurisdictions and that the enforcing state does not impose more severe sanctions than provided in the law of the extraditing state (dual criminality).<sup>27</sup>*

*If it is not possible to sue the primary offender in the enforcing state, the state may be able to keep the enforcement national by applying joint responsibility for contribution or other kinds of support to the offence. Depending on the offence in question, it may be effective to forbid users to participate in certain acts such as illegal gambling or by imposing sanctions on intermediaries who benefit from or support the illegal activity.*

---

<sup>25)</sup> [www.easa-allianca.org](http://www.easa-allianca.org).

<sup>26)</sup> U.S. Department of Justice, [www.usdoj.gov/criminal/cybercrime](http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime).

<sup>27)</sup> See e.g. the 1957 Paris Conventions on extradition (13 December 1957) article 2.

*In contractual situations it may be practical to impose joint responsibility on payment intermediaries who then will be obliged to indemnify costumers in the case where the customer e.g. does not receive the ordered goods or exercises a right of withdrawal.*

*The 2000 EU E-Commerce Directive<sup>28</sup> prescribes some limitations to the possibility to apply joint responsibility on certain kinds of intermediaries. The directive however does not exclude such law enforcement.*

## **#9. Technical Law Enforcement**

The Internet requires electricity and connections in order to function. A sovereign state can choose not to connect the state to the Internet. Between this extreme and full access lie a number of possible solutions for effective law enforcement. No sovereign state is obliged to allow access to material, which is deemed unlawful in that state, unless otherwise agreed between states.

The Internet provides effective means of control.<sup>29</sup> If a sovereign state chooses to give access to the Internet, the state has possibilities to block out access to certain material or material from certain destinations.<sup>30</sup> Existing blocking techniques may not be 100% effective, but like for most other laws full compliance is not necessary in order to have effective law enforcement.

Blocking requires control over providers of Internet access. Since access providers are normally established within the state where access is provided, the access provider will also be within the state's control. Technical enforcement can be put into an automated system, which will not impose unreasonable burdens on the access providers.

Blocking will have the effect that users in the state in question cannot access the illegal material and will then mitigate the effect of the activity. Blocking causes however no further punishment than the hindrance of availability and can notably not be used to compensate injured parties<sup>31</sup>.

---

<sup>28)</sup> Directive 2000/31 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), 8 June 2000.

<sup>29)</sup> See Zittrain, Jonathan, Internet Points of control, Havard Law School Research paper No. 54, Boston College Law Review.

<sup>30)</sup> See Dornseif, Maximillian, Government mandated blocking of foreign Web content, md.hudora.de.

<sup>31)</sup> Technical enforcement can be used as means of enforcement in the case of cyberwars or hacker-attacks. Such means may not be applied by governments, but may be used by private parties in e.g. cases where the music industry wants to hamper exchange of music by implementing viruses in files shared on peer-to-peer networks.

## **#10. Law Enforcement Through the Market**

*Market forces are a well-known effective regulator. Most businesses are to some extent vulnerable to unfavourable commenting, thus using the media can for some purposes be an alternative to enforcement through the Judiciary. In the wake of the Information Society the character and credibility of information and media has changed, but information can still be a powerful tool.*

*A party enforcing the law can take advantage of the possibility to influence the market through information. Information has the advantage that it can have an effect on foreign businesses without being dependent on recognition. To influence the market, the party enforcing the law may however need both credibility and access to a medium.*

*The market can be used to put pressure on businesses carrying out illegal activities by influencing the businesses' goodwill through e.g. warning potential costumers. It has however been seen that businesses have managed to turn such situations to their own advantage, which makes the consequences of unfavourable commenting less predictable.*

*The market can also be used positively by approving or evaluating certain businesses or activities in some form of trustmark scheme. As long as the information under the hallmark scheme has some significance in the market, business will have an incentive to comply with the scheme and thereby inter alia observe the law of the state in question.*

*The market forces can be applied in order to deter infringement, but can also be applied to punish businesses to the extent the business is vulnerable to such enforcement. Enforcement through unfavourable commenting by e.g. a public authority may have a greater effect than traditional law enforcement. The credibility of information may however dilute if the media is being used too intensively.*

## **#11. Legal Risk Management: A Business Perspective**

*Like states, businesses should also apply a holistic approach to assessing the legal risk involved with cross-border activities on the Internet. Firstly businesses should recognise the borders in cyberspace and direct their marketing material only to chosen states and adjust their marketing material in order to limit the legal risks.<sup>32</sup>*

*It does not matter for a business whether a loss derives from a fine or a decline in turnover caused by unfavourable commenting. Businesses should in their legal risk*

---

<sup>32)</sup> A legal risk can be defined as potential financial loss due to infringement of a legal norm or having unenforceable claims.

*management procedures include assessment of not only consequences of traditional law enforcement, but also consequences of alternative law enforcement such as technical enforcement and enforcement through the market.<sup>33</sup>*

*Pursuing cross-border business online will always involve legal risks and as businesses have scarce resources to limit these risk, businesses should apply the most cost-effective approaches until the decline in expected loss equals the thereto-attached costs.*

*The better the law enforcement possibilities are, the higher may the expected loss be and thus the compliance. The expected loss is a combination of the risk of being punished and the magnitude of the loss involved. The expected loss will be higher if the enforcement system is improved. Businesses should normally start by complying with national law since the best access to enforcement is found in the state of establishment.*

*The most cost efficient approach to mitigate legal risks will normally be to geographically delimit the marketing material, including especially access to enter contracts. In absence of international standards for defining the targeted states, businesses may want to divide their websites into different regions from which the user has to choose.<sup>34</sup> Thereby business can at least to some extent control whereto which material is disseminated<sup>35</sup>.*

*Systems for technical delimitation are possible to elaborate in a way that users from non-targeted states will not obtain access to the business' marketing material or specific parts thereof. This can be done if e.g. a country code is connected to the user information sent in Internet communication.<sup>36</sup> Such delimitation will probably be more effective than the above-mentioned solution*

*Another approach to cost-efficient legal risk management, which should be combined with geographical delimitation, is to adjust the marketing material in accordance with guidelines of international nature or national guidelines in the targeted states.<sup>37</sup> Guidelines are normally available on the Internet free of charge and are often unlike laws designed for practical implementation.*

---

<sup>33)</sup> The assessment should also comprise the cost connected to more severe punishment in the case of repeat offences.

<sup>34)</sup> See e.g. [www.sonyericsson.com](http://www.sonyericsson.com), [www.levis.com](http://www.levis.com), [www.mcdonalds.com](http://www.mcdonalds.com)

<sup>35)</sup> It will mainly be product information, offers and contracting ability that businesses should delimit, whereas general information about the business is less likely to give rise to problems.

<sup>36)</sup> See e.g. [www.infosplit.com](http://www.infosplit.com).

<sup>37)</sup> See e.g. the 1999 OECD guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce, [www.oecd.org](http://www.oecd.org) and a number of guides for both consumers and businesses at [www.ftc.gov/bcp/menu-internet.htm](http://www.ftc.gov/bcp/menu-internet.htm). See also the 2002 Position Statement of the Nordic Consumer Ombudsmen on E-Commerce and Marketing on the Internet, [www.fs.dk/uk/-acts/nord\\_gui.htm](http://www.fs.dk/uk/-acts/nord_gui.htm).

*Guidelines are often less precise than the law itself but can at a relatively low cost provide valuable information on how to mitigate legal risks. Getting precise information about the law is normally an expensive and cumbersome process, which may be preferable for businesses that are more vulnerable to e.g. unfavourable commenting.<sup>38</sup>*

## **#12. Managing Cross-Border Law Enforcement**

*States may have to reconsider their law enforcement to match the international nature of the Information Society. States may want to use possibilities in domestication and privatising law enforcement along with applying alternative law enforcement. First of all states should however seek to minimize the need for cross-border law enforcement.*

*Laws containing behavioural norms are made on political grounds in order to protect the state as such, including its inhabitants. The purpose of law enforcement is to protect states from the damage caused by these undesirable acts. Law enforcement management is about optimizing compliance with the law by employing scarce enforcement resources.*

*Even though the Internet has opened up for new types of scam and other undesirable acts, the Internet has also provided law enforcers with new powerful tools for monitoring and investigating businesses' behaviours. Unlike traditional physical shops, shops on the Internet can be examined at a relatively low cost from the desk of a civil servant.<sup>39</sup>*

*Since businesses may be expected to have an interest in complying with the law of markets, which they addresses, a fundamental measure by the state should be to provide easy accessible information on how to comply with the law of that state. Equally important is information on which measures the business can take in order not to be considered to do business in that state.*

*Another preventive approach is to educate those inhabitants of the state who may suffer from illegal activities carried out by foreign businesses.<sup>40</sup> These preventive approaches can be carried out by the state and/or by private consumer or business organisations who also have an interest in confidence in electronic commerce.*

---

<sup>38)</sup> Since there is some similarities in the law of regions, it may be more efficient to only obtain detailed legal information in a limited number of states.

<sup>39)</sup> This has e.g. been the case in connection to Sweep Days, carried out by the International Consumer Protection and Enforcement Network, where consumer organisations around the world has search for certain types of illegal business activities. See [www.icpen.org](http://www.icpen.org).

<sup>40)</sup> See e.g. [www.ftc.gov/bcp/menu-internet.htm](http://www.ftc.gov/bcp/menu-internet.htm).

*Cross-border law enforcement is less cumbersome if carried out solely within the state's territory. States should therefore consider possibilities of prohibiting use of or contribution to illegal activities, including possibilities for users to seek redress through payment intermediaries.*

*States may also consider applying technical or market based alternative law enforcement. Both approaches entail concerns regarding fair trial, which may be ignored in a purely administrative process. Both approaches can be suitable for a number of enforcement purposes.*

*Establishing a system for technical based law enforcement (e.g. blocking) can be done in collaboration with access providers. Legal guarantees can e.g. be secured through a 'blocking-board' with legal experts and with possibilities of bringing the board's decisions before a court. A list of blocking orders can regularly be disseminated electronically to mandatory filters in the access providers' systems.*

*Market based law enforcement is more indefinable and less predictable than technical enforcement. If states decide to apply information based public law enforcement, the state should also consider how to include legal guarantees and how to deal with situations where harm is caused to a business on groundless allegations.<sup>41</sup>*

*Except for clear offences, where expressing warnings or other strong attitudes may be appropriate, states should in order not to dilute the credibility of public authorities consider to only provide objective information and seek to educate people at a more general level. It is less problematic if private parties use the market for law enforcement under a possible liability for libel.*

*States may consider attaching civil sanctions to legislation such as unenforceability of contracts and compensation in connection with e.g. misleading advertising. Unenforceability in e.g. consumer contract may be effective in connection with imposing charge back obligations for payment intermediaries.<sup>42</sup>*

*If states already have established an enforcement system for civil judgements as the European system described above, civil tort sanctions may be more effective than sanctions under public law enforcement. States may in connection with a system where civil law suits are recognised in some foreign states consider how to improve such law enforcement through e.g. legal aid schemes.*

---

<sup>41)</sup> In a recent incident, the Dutch Consumer Organisation, Consumentenbond, warned against buying Epson printers because of an alleged deceptive smart chip. The warning was later withdrawn after Epson managed to convince Consumentenbond that the chip was not deceptive. See Cullen, Drew, Epson, We Don't Have a Problem, 20 July 2003, [www.theregister.co.uk](http://www.theregister.co.uk).

<sup>42)</sup> Payment intermediaries can benefit from a string of contracts leading back to vendor and the possibility of internalizing the 'enforcement costs'.

### #13. International cooperation

*Cross-border law enforcement can be further improved through international cooperation. Cooperation can be in the form of substantive harmonisation or procedural harmonisation, including investigation and mutual assistance. Such cooperation already exists on a regional level in many states.*

*One of the key attributes of alternative law enforcement is that the enforcing state does not need assistance by the state of the offender. On the other hand the states may have a common interest in cross-border trade, which may lead to establishment or widening of existing trade agreements.*

*Traditional cross-border law enforcement is easier and more cost-efficient to carry out in the state of the offender, where legal remedies can be applied under the sovereignty of that state. This however requires cooperation between the enforcing state and the state of the offender.*

*Cooperation on cross-border law enforcement is based on mutual trust and a common interest in effective law enforcement. Mutual trust is easier to achieve the more similar legal systems are or the more harmonised the concerned area is. Substantive harmonisation can support international procedural cooperation.*

*When sufficient mutual trust is established recognition of judgements or application of foreign law can be introduced in specific areas or in more general forms. States can consider including the principle of dual criminality along with more or less precise exception clauses including for grounds of public order. Procedural harmonisation can also consist of assistance in e.g. serving documents, investigation and the taking of evidence.<sup>43</sup>*

*Another approach is to attach international applicability to certain rules.<sup>44</sup> In this way states can ensure that businesses at least can be prosecuted in their country of establishment even though the action is directed towards other states. This principle may be efficient in connection to well-harmonised areas, whereas states' interest in forbidding actions, which are legal in the targeted state, may be rather limited.<sup>45</sup>*

*An issue that it is obvious to deal with at an international level is how businesses should delimit their marketing material in order to be in control of which states are being targeted and hence which laws to observe. A better solution may very well*

---

<sup>43)</sup> See 2001 Council of Europe Budapest Convention on Cybercrime (ETS 185, 23 November 2001). See also Weber, Amalie M., The Council of Europe's Convention on Cybercrime, Berkely Technology Law Journal, No 1, Vol. 18, 2003, p. 425.

<sup>44)</sup> See the 2000 EU E-Commerce Directive article 3.

<sup>45)</sup> In the 2000 EU E-Commerce Directive international applicability is found in combination with principles of home country control and mutual recognition. Between other states or areas not equally harmonised, international applicability may not be a feasible solution.

*be found at a technical level, taking advantage of the nature of data communication on the Internet.*

*When it has been established how to divert marketing material on the Internet it will be less controversial to assist foreign states in the enforcement of their laws provided the business has directed its marketing material to that market. States can benefit from such agreements to the extent that they are based on reciprocity.*

*States should also at an international level consider how to provide easy access to legal information in different states. Private parties such as organisations or legal advisers may also provide this information.<sup>46</sup>*

*If possible at all, it will take a long time before traditional cross-border law enforcement can be carried out on a more international level. Meanwhile it may be beneficial to strengthen and widen the ongoing work on defining international standards for elaborating marketing material<sup>47</sup> and establishing/enhancing international enforcement networks.<sup>48</sup>*

---

<sup>46)</sup> In the 2000 EU E-Commerce Directive article 19(4) is it prescribed that EU Member States shall establish contact points, where businesses inter alia can obtain details on authorities, associations or organisations from which they may obtain further information or practical assistance.

<sup>47)</sup> In the 2000 EU E-Commerce Directive article 16 is it established that the Member States and the Commission shall encourage the drawing up of codes of conduct at a Community level.

<sup>48)</sup> See e.g. International Consumer Protection and Enforcement Network, [www.icpen.org](http://www.icpen.org), OECD Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders (June 11th 2003), [www.oecd.org](http://www.oecd.org) and the EU proposal for a Regulation on Cooperation Between National Authorities Responsible for the Enforcement of Consumer Protection Laws (COM(2003)443 final, 18 July 2003).



# **Partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder**

af

Christina D. Tværnø

## **1. Formål med artiklen**

Formålet med artiklen er at redegøre for anvendelsen af partneringaftaler og partnerskabsaftaler i mellem offentlige myndigheder og private virksomheder i Danmark, Sverige og Storbritannien i forhold til nogle af de problemfelter, som EU-rettens udbudsregler opstiller. Dette søges illustreret gennem en række af offentlige og private partnering- og partnerskabsaftaler, som er blevet gennemført i Danmark, Sverige og Storbritannien.

### **1.1. Partnering og partnerskaber i Danmark - en begrebsafklaring**

Den offentlige sektor er i de seneste år blevet inspireret af private virksomheders nye samarbejdsformer. Dette gælder f.eks. anvendelsen af partnering som aftalekoncept, der søges afprøvet i mellem offentlige og private virksomheder inden for forskellige sektorer. Partneringaftaler er en alternativ aftaleform, der bygger på faktorer som samarbejde og tillid, fælles optimering og åbne regnskaber.<sup>1</sup>

---

<sup>1)</sup> Se for nærmere definition og forklaring af partneringaftalen, Christina D. Tværnø, Partneringaftalen - en aftaleretlig udfordring, RETTID 2002, s. 74 ff. og Loyalitetspligt og partneringaftaler, Julebog 2002, Red. Peter Møgelvang Hansen, DJØF, s. 137 ff.

Partneringbegrebet er opstået i den private byggebranche, men aftaleformen anvendes ligeledes i forbindelse med offentlige byggerier og andre anlægsopgaver, og fremgår som begreb af bemærkningerne til Tilbudsloven.<sup>2</sup> Særligt for offentlige bygge- og anlægsaftaler gælder, at samarbejdet ophører, når byggeriet er afsluttet. Hermed kan partnering som aftaleform siges at omfatte samarbejder med en begrænset levetid modsat partnerskaber.

*Partnerskabsaftaler* dækker over samme aftaletype, hvor parterne (offentlige myndigheder og private virksomheder) optimerer fælles ud fra et åbent og tillidsfuldt samarbejde. Partnerskabsaftaler som begreb anvendes i forbindelse med samarbejdsaftaler mellem en offentlig myndighed og en privat virksomhed, når samarbejdets levetid ikke umiddelbart har et afgrænset tidsrum, eller hvor det forventes, hvis samarbejdet forløber optimalt, at dette kan fortsættes ud over en begrænset periode.<sup>3</sup>

Partnerskabsaftaler som begreb anvendes således i forbindelse med udlicitering af offentlige serviceydelser. Meningen er, at den private virksomhed og den offentlige myndighed i fællesskab løfter en given serviceydelse, hvor myndigheden i stedet for alene at fokusere på omkostningsminimering og kravspecifikationer formulerer sine behov, målsætninger og strategier, hvorefter de to parter sammen fastsætter processen.<sup>4</sup>

Indholdet i en partnerskabsaftale afspejler de to parter intentioner for udliciteringen, hvor samarbejde, tillid, åbenhed og fælles optimering styres af en række incitamentsklausuler mellem den offentlige myndighed og den private virksomhed, som overtager en eller flere offentlige opgaver og serviceydelser.

Et partnerskabs samarbejde mellem offentlige myndigheder og private virksomheder har til formål at spare omkostninger og levere et højere serviceniveau, end hvis der blev anvendt en almindelig udlicitering.

---

<sup>2)</sup> Lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, samt Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, L140, FT 2000-01, tillæg A 3424.

<sup>3)</sup> Et eksempel på et offentlig og privat samarbejde af længerevarende karakter inden for serviceområdet er partnerskabsaftalen mellem Hørsholm Sygehus og ISS. Se LeaderSHIP 21, Konklusionsnotat 2003, s. 10 f., trykt af Mandag Morgen.

<sup>4)</sup> Se ligeledes LeaderSHIP 21, Konklusionsnotat 2003, s. 4, trykt af Mandag Morgen. I henhold til Ugebrevet Mandag Morgens temanummer om "Fremtidens velfærdssamfund - ingen ny velfærd uden erhvervslivet", nr. 29, 1. September 2003, s. 35, påtænker hver fjerde kommune på nuværende tidspunkt at etablere partnerskaber med erhvervslivet, hvorfor antallet af partnerskabsaftaler på serviceområdet må forventes øget inden for nærmere fremtid.

Behovet for anvendelsen af partnerskaber i den offentlige sektor skyldes velfærdssamfundets udvikling i takt med globaliseringen i almindelighed. Kravene til velfærdssamfundet øges og kravene til serviceniveauet stiger. Sammenholdt med den manglende mulighed for at øge skatten vil Staten, amter og kommuner nødvendigvis være nødt til at sænke omkostningerne, og partnerskaber er et led i denne omkostningsstrategi for offentlige myndigheder. Antallet af partnerskaber må derfor forventes at stige i fremtiden.<sup>5</sup>

Der er dog stadig situationer, hvor begreberne *partnering* og *partnerskaber* anvendes synonymt. Dette er i og for sig intet problem, da indholdet i aftalerne bygger på de samme forudsætninger, hvorfor der ikke skelnes mellem begreberne nedenfor i artiklen men alene tages udgangspunkt i det begreb den offentlige myndighed har valgt.

I artiklens afsnit 3 og 4 redegøres for indholdet i to partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder i Danmark og Sverige. I afsnit 5 gennemgås nogle forhold vedrørende to offentlige partneringaftaler i Storbritannien. Nedenfor i afsnit 2 redegøres for de EU-retlige udbudsregler og forhandlingsforbuddet samt de nye udbudsregler og forholdet til partneringaftalen. I afsnit 6 gennemgås de forskelle og ligheder, der er mellem de forskellige offentlige udbud af partneringaftaler i Danmark, Sverige og Storbritannien, for derved at give et bud på, hvordan et udbud af en partneringaftale bedst håndteres i forhold til udbudsreglerne.

## 2. EU's udbudsregler

Partnering lægger som nævnt op til at parterne forhandler sig frem til den mest optimale transaktion, at parterne sætter fælles optimering før egen optimering og forpligter sig til samarbejde, tillid og åbenhed. I forhold til de EU-retlige regler er særligt behovet for forhandling interessant, hvilket behandles nedenfor sammen med EU's udbudsregler og forhandlingsprincippet.

EU-retten regulerer offentlige myndigheders kontraktindgåelse i forbindelse med offentlige anskaffelser af varer og tjenesteydelser, herunder bygge- og anlægsaftaler.

---

<sup>5)</sup> Se for dette LeaderSHIP 21, Mandag Morgen, 21. Maj 2002, s. 3 samt Christina D. Tværnø, Partnering - en aftaleretlig udfordring, RETTID 2002, s. 74 ff.

Hvis den offentlige kontrakt om anskaffelser overstiger de tærskelværdier, som er fastsat i udbudsdirektiverne,<sup>6</sup> finder reglerne i direktiverne anvendelse. Disse direktiver står overfor en forholdsvis stor ændring, som må forventes gennemført i 2004.

Hvis den offentlige kontrakt om anskaffelser ikke overstiger disse tærskelværdier finder reglerne i EF-traktaten anvendelse, og påvirker således de offentlige myndigheders aftalegrundlag. Reglerne som har indflydelse er art. 12 EF, der omhandler det generelle forbud mod diskrimination pga. nationalitet, art. 28 EF om varer, art. 39 om arbejdskraft, art. 43 om etableringsfrihed, art. 49 om tjenesteydelser og art. 59 om kapital.

Derudover finder EU-retten almindelige principper, ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, ligeledes anvendelse på offentlige anskaffelser under tærskelværdierne. Endvidere kan tilbudsgivers forhåndsregulering af bud være underlagt reglerne i art. 81 EF eller art. 82 EF.

For offentlige anskaffelser som ikke overstiger grænseværdierne skal EU-retten almindelige regler og principper således overholdes, og den offentlige myndighed er således pligtig til at anvende en transparent metode til kontraktindgåelsen, hvilket ligeledes gælder for situationer, hvor offentlige myndigheder ønsker at udlicitere eller privatisere en eller flere offentlige opgaver, hvilket bl.a. er relevant i forbindelse med partnerskaber.<sup>7</sup>

Et vigtigt princip i forbindelse med offentlige udbud er *forhandlingsforbuddet*, som er afledt af ligebehandlingsprincippet i EU-retten.<sup>8</sup> Formålet med forhandlingsforbuddet er at sikre ligebehandling i udbudssager, hvor midlet til at opnå ligebehandling er at opstille en række højt formaliserede krav til udbudsproceduren, hvor parterne samtidig forhindres i at forhandle.

---

<sup>6)</sup> Tjenesteydelesdirektivet, 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Indkøbsdirektivet, 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb. Bygge- og anlægsgediktivet, 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Forsyningsvirksomhedsdirektivet, 93/38/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. De tre førstnævnte direktiver blev ændret på enkelte punkter ved 97/52/EF i 1997.

<sup>7)</sup> Se også Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 2. udgave, DJØF, 2002, s. 15 -17 og 27-28.

<sup>8)</sup> Forhandlingsforbuddet var bl.a. aktuelt i Storebælt-sagen, sag nr. C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Samling af afgørelser 1993 I-3353, hvor Danmark netop blev dømt for at have forhandlet med det konsortium der blev udvalgt til at gennemføre byggeriet af Storebæltbroen. Se nærmere for dette i Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 2. Udgave, DJØF, 2002, s. 79.

Formålet hermed er, at udbudsproceduren bliver mere gennemsigtig og giver bedre mulighed for at offentlige kontrakter bliver udbudt grænseoverskridende.<sup>9</sup>

Forhandlingsforbuddet fremgår således ikke eksplicit af udbudsdirektiverne, men den klare sondring mellem offentligt udbud og begrænset udbud, og undtagelsen om udbud efter forhandling medfører, at forhandling mellem den offentlige myndighed og tilbudsgiverne (virksomhederne) som hovedregel er udelukket.<sup>10</sup>

Forhandlingsforbuddets rækkevidde er behandlet i en fælleserklæring udsendt af Rådet for EU og EU-Kommissionen.<sup>11</sup> Af erklæringen fremgår det, at fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, herunder navnlig ændringer om priser.

Derimod må der gerne finde drøftelser sted med henblik på præcisering eller supplerung af indholdet i deres bud eller i myndighedens krav, hvis denne forhandling ikke giver anledning til forskelsbehandling.

Således efterlader erklæringen et indtryk af, at der i visse tilfælde kan finde lovlig forhandling sted, så længe forhandlingen ikke vedrører grundlæggende elementer i udbuddet eller hvor disse forhandlinger ikke indebærer en konkurrencefordrejning.<sup>12</sup>

Fælleserklæringen udelukker således som hovedregel forhandling i perioden fra udbudsbekendtgørelsen til tildelingen, men omtaler ikke perioden efter udbuddet og dermed kontraheringsfasen. Perioden efter tildelingen kan opdeles i to perioder, perioden efter tildelingen men før kontraheringen og perioden efter kontraktindgåelsen.

---

<sup>9)</sup> Se om formålet med forhandlingsforbuddet Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, DJØF, s. 142

<sup>10)</sup> Se også Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, DJØF, s. 139 ff.

<sup>11)</sup> EFT 1994 L 111/114 af 30. april 1994. Erklæringen knytter sig til art. 7, stk. 4 i bygge- og anlægsdirektivet og art. 20 i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

<sup>12)</sup> Se nærmere om dette i Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver, med kommentarer, 2003, DJØF, s. 267 ff. og Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, del 2, Universitetsforlaget, Oslo, s. 626-628.

I praksis vil det ofte være efter tildelingen, at forhandling finder sted,<sup>13</sup> hvilket ligeledes er nødvendigt i forhold til indgåelse af offentlige partneringsaftaler. Udbudsreglerne og Fælleserklæringen angiver således ikke et direkte forbud mod efterfølgende forhandlinger mellem den offentlige myndighed og tilbudsgiveren som tildeles udbuddet, og retstillingen på området er ikke klarlagt.

Et forhold, som taler for at tillade forhandling efter tildeling er, at konkurrencen er overstået, og at udbudsreglerne som udgangspunkt ikke har betydning mere, og at eventuelle ændringer eller korrektioner efter tildeling ikke har afgørende virkning på konkurrencen.<sup>14</sup>

## 2.1. Direktivforslaget om udbud

EU-Kommissionen fremsatte den 10. Maj 2000 forslag om omarbejdning af udbudsdirektiverne.<sup>15</sup> Formålet med omarbejdelsen af udbudsreglerne er at skabe et egentligt indre marked for offentlige kontrakter, samt at sikre overholdelsen af principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gennemsigtighed og konkurrence ved indgåelsen af offentlige kontrakter i alle medlemsstater. Endvidere er målsætningen at modernisere, forenkle og øge fleksibiliteten inden for det eksisterende lovgrundlag, således at der åbnes op for nye teknologier og for anvendelsen af de normer og principper, der gælder på området.<sup>16</sup>

Ligeledes sammenskrives direktiverne om offentlige udbud i forbindelse med bygge- og anlæg, indkøb og tjenesteydelser, som er nævnt ovenfor, med henblik på at forenkle og ensarte de tre regelsæt.

---

<sup>13)</sup> Se også EU's udbudsdirektiver, med kommentarer, Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, 2003, DJØF, s. 276-277.

<sup>14)</sup> Det skal fremhæves, at der er stor uenighed i litteraturen om denne konklusion. Se for en række bidrag Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver, med kommentarer, 2003, DJØF, Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, del 2, Universitetsforlaget, Oslo, Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, DJØF, Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 2. udgave, DJØF, 2002, Peter Wengler-Jørgensen og Katja Høegh, UFR 1994 B, 311.

<sup>15)</sup> Jf. KOM (2000)275, ændret ved KOM (2002)236, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

<sup>16)</sup> Jf. KOM (2000)275, ændret ved KOM (2002)236.

De væsentligste ændringer i direktivforslaget i forhold til den nuværende udbudsprocedure er elektroniske udbud og auktioner, mulighed for indgåelse af rammeaftaler ved offentlige indkøb, styrkelse af bestemmelserne vedrørende udvælgelses- og tildelingskriterier, forenkling af tærskelværdierne og endelig indførelse af en mere fleksibel udbudsprocedure - *den konkurrenceprægede dialog* - som giver den offentlige myndighed mulighed for i komplekse kontrakter at føre dialog med egnede leverandører.

Af direktivforslagets præambel punkt 18 fremgår det, at de ordregivende myndigheder i forbindelse med særlig komplekse ydelser kan være i en situation, hvor det er umuligt objektivt at fastslå, hvorledes myndighedens behov bedst vil kunne opfyldes.

Derfor bør det være muligt at anvende en fremgangsmåde med forhandling og indkaldelse af tilbud, der giver den fleksibilitet, så myndigheden bliver i stand til gennem drøftelser med de potentielle tilbudsgivere at præcisere behovene og foretage definitioner uden den præcision, der normalt kræves ved tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud", så længe principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed overholdes.<sup>17</sup>

Med indførelsen af art. 29 åbnes således mulighed for at der efter vedtagelsen af de nye udbudsregler i EU i et større omfang kan udbydes offentlige kontrakter, hvor forhandling ikke forbydes i samme omfang som tidligere. Dette har stor betydning for fremtidige udbud i forbindelse med partnering og partnerskaber i Danmark og resten af EU.

Hermed bliver betydningen af det nuværende forhandlingsforbud mindre relevant for fremtidige partneringkontrakter. Det vil dog være forventeligt, at principperne bag det nuværende forhandlingsforbud stadig vil have indflydelse på fortolkningen af de nye udbudsregler.

Der er i Danmark gennemført en række offentlige byggerier på grundlag af partneringaftaler.<sup>18</sup> Dette er muligt i henhold til Tilbudslovens regler som anvendelse af nye samarbejdsformer i offentlige udbud.<sup>19</sup>

---

<sup>17)</sup> Jf. KOM (2000)275, præambels punkt 18.

<sup>18)</sup> Se erfaringer fra offentlige byggeprojekter, hvor der er anvendt partnering, Erhverv- og Boligstyrelsen, Projekt nye samarbejdsformer, Slutrapport, marts 2002, se [WWW.ebst.dk](http://WWW.ebst.dk). Se ligeledes Byggeriets Evaluerings Center, State of the Art Rapport, juni 2003, s. 30 ff..

<sup>19)</sup> Dette fremgår af tilbudslovens § 4, stk. 1, jf. Lov nr. 450 af 7. Juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, samt de tilhørende bemærkninger, jf. Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, L140, FT 2000-01, tillæg A 3424.

Der er endvidere gennemført en række anlægsopgaver gennem partneringaftaler indenfor bl.a. vedligeholdelse af det danske vejnet.<sup>20</sup> Nedenfor gennemgås tre partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheden i Danmark, Sverige og Storbritannien.

### 3. Vejdirektoratets udbud om vejdrift og beplantningspleje

Vejdirektoratets EU-udbud vedrørende *Vejdrift og beplantningspleje*, fandt sted i december 2002.<sup>21</sup> I forbindelse med dette udbud valgte Vejdirektoratet at anvende partnering som et udviklingstiltag. Begrundelsen for at anvende partnering var de positive resultater og erfaringer fra bygge- og anlægsager.

Vejdirektoratets udbud af vejdrift og beplantningspleje var underlagt reglerne i EU's Tjenesteydelsesdirektiv. Vejdirektoratet valgte et begrænset udbud efter en offentlig prækvalifikation. Tilbud blev valgt ud fra "det økonomisk mest fordelagtige bud", med følgende underkriterier: pris, oplæg til partneringsamarbejde, procesoptimering, ledelse og organisation på opgaven, bemanning på opgaven, kvalitetsstyring, miljø og sikkerhed ved opgaveløsningen, med en vægtning af priskriteriet på 50 %.<sup>22</sup>

Udbudsmaterialet bestod af:

- Særlige betingelser
- Vejdirektoratets standardtilføjelser til AB 92
- AB 92

---

<sup>20)</sup> Dette gælder bl.a. Søllerød Kommune, som var den første kommune, der anvendte en partneringaftale til sikring af det lokale vejnet. Aftalen er indgået mellem Søllerød Kommune, Vejdirektoratet og NCC Roads. Ligeledes har Jelling Kommune indgået en lignende aftale om vedligeholdelse af hele det kommunale vejnet. Denne kontrakt omfatter Jelling Kommune, Vejdirektoratet og LMK LEJ A/S og skal løbe i 15 år og vil koste ca. 15 millioner kroner. Parterne har opstillet det mål, at borgerne skal opleve, at vejene bliver bedre at færdes på, at vedligeholdelsesniveauet skal være højere, til samme pris. Altså bedre produkt til samme pris. Se ligeledes Ugebladet Mandag Morgens temanummer om "Fremtidens velfærdssamfund - ingen ny velfærd uden erhvervslivet", nr. 29, 1. September 2003, s. 37.

<sup>21)</sup> Se Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 1 og 6.

<sup>22)</sup> Vejdirektoratet har valgt at offentliggøre sine erfaringer i forbindelse med dette offentlige udbud af en partneringaftale i ovennævnte notat: Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003. Notatet findes på Vejdirektoratets hjemmeside [www.vd.dk](http://www.vd.dk).

- Særlige arbejdsbeskrivelser for vejdrift hhv. beplantningspleje
- Tilbuds- og afregningsgrundlag
- Tilbudsliste
- Oplæg til partneringaftale
- Bedømmelse af tilbud.

Vejdirektoratet havde tre formål med at anvende partnering i udbudet. For det første at der skulle iværksættes et samarbejde med entreprenørerne om opfyldelse af Vejdirektoratets overordnede målsætninger om økonomi, sikkerhed og fremkommelighed. For det andet en mere sikker styring af økonomi og kvalitet. For det tredje at opnå effektivisering gennem procesoptimering samt endelig bedre udnyttelse af ressourcerne og samarbejdet, og større sandsynlighed for at entreprenørerne ville opnå fornuftige dækningsbidrag.

Udbudsmaterialet fra Vejdirektoratet indeholdt et oplæg til partneringaftalen. I dette oplæg fremgik *dels*, at en partneringaftale skulle supplere Vejdirektoratets sædvanlige udbudsgrundlag, *dels* et oplæg til partneringaftalen, hvor aftalens baggrund, formål, parterens målsætninger, optimering af ydelser, nøgletal og incitamenter, organisering og ophævelse af samarbejdet samt håndtering af uoverensstemmelser.

Således indeholdt udbudsmaterialet alle de forhold, som er karakteristisk for en partneringaftale og for gennemførelsen af transaktionen. Partneringaftalen i udbudsmaterialet var udformet så de bydende kunne og skulle levere input til partneringsamarbejdet i tilbudene.<sup>23</sup>

Begrundelsen for at partneringaftalen alene skulle betragtes som et udkast var, at færdige løsninger som havde karakter af egentlige kravspecifikationer, ikke er forenelige med anvendelsen af en partneringaftale. Således efterspurgtes de bydendes erfaringer og forslag til at optimere processen i udbudsmaterialet.

Et af underkriterierne for tildeling af opgaven var som nævnt ovenfor at tilbudsgiverne skulle redegøre for forventninger og forslag til partneringsamarbejdet, herunder egne målsætninger, nøgletal og incitamenter, elementer som sikrer et godt samarbejde, samt forståelse for partneringsamarbejdets forudsætninger og samarbejde. Ligeledes skulle tilbudsgiverne vedlægge ideer til optimering af kon-

---

<sup>23)</sup> Se Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 8

krete ydelser i tilbudslisten, samt konkrete og gennemførlige optimeringer af partneringsamarbejdet. Begge underkriterier vægtede 15 %.<sup>24</sup>

Af Vejdirektoratets udbudsbekendtgørelse fremgik, at der i forbindelse med partnering ville blive samarbejdet med den eller de entreprenører, som ville få tildelt entrepriserne, med henblik på en løbende skabelse og optimering af ydelserne og fastholdelse af et godt samarbejde.

Hermed lagde Vejdirektoratet vægt på, at forhandlingen om og selve optimeringen af transaktionen først skulle finde sted efter aftalens indgåelse. Dog fremgik det af udbudsmaterialet, at parterne på den første workshop, inden den endelige indgåelse og færdiggørelsen af partneringaftalen, skulle drøfte parternes mål og formulere disse til et fælles sæt af målsætninger.<sup>25</sup>

Vejdirektoratet lagde selv særlig vægt på, at oplægget til partneringsamarbejdet, hvor der lægges op til en procesoptimering efter aftaleindgåelsen, ikke kunne anses for at stride mod EU-direktivernes forhandlingsforbud. Vejdirektoratet konkluderede, at *“når indhold i denne optimering i givet fald skal foregå i forbindelse med arbejdernes udførelse og ikke er en del af kontraheringen, overtrædes forhandlingsforbuddet ikke, idet der ikke ved kontrahering og færdiggørelse af partnering aftalen foregår forhandlinger om priser eller omfang.”*<sup>26</sup>

En afgørende faktor for at udbudet ikke er i strid med EU's forhandlingsforbud er, at den offentlige myndighed udformer sit udbud på en sådan måde, at der lægges op til en procesoptimering i forbindelse med arbejdernes udførelse efter aftalens indgåelse. Der må, som nævnt ovenfor i afsnit 2, ikke finde en forhandling sted inden aftalens indgåelse om pris eller omfang. Ligeledes er det afgørende, at den offentlige myndighed klart redegør for den forventede målsætning med partneringsamarbejdet samt for indholdet i partneringaftalen i udbudsmaterialet.

### 3.1. Partneringaftalens indhold

Af udbudsmaterialet fremgik et oplæg til partneringaftalen, som supplement til entreprisekontrakten, hvis indhold var:

---

<sup>24)</sup> Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 14.

<sup>25)</sup> Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 10

<sup>26)</sup> Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 8.

## Aftalens baggrund og overordnede formål:

- Parternes målsætning
- Optimering af ydelser
- Nøgletal og incitamenter
- Samarbejdes organisering og proces
- Mulighed for ophævelse af aftalen
- Håndtering af uoverensstemmelser

Oplægget til partneringaftalen i udbudsmaterialet byggede på ikke-færdige formuleringer, og der var således lagt op til, at de bydende kunne og skulle levere deres input i tilbudene.<sup>27</sup> Hermed skulle den endelige partneringaf tale udarbejdes i et samarbejde på grundlaget af oplægget i udbudsmaterialet og entreprenørens forslag i dennes tilbud.

I oplægget til partneringkontrakten var de grundlæggende partneringforudsætninger således beskrevet. I forbindelse med procesoptimering var der anført *“Optimering kan bl.a. bestå af hensigtsmæssige ændringer i arbejdsprocedurer og koordinering/rækkefølge af ydelse rnes udførelse...”*<sup>28</sup>

Kontraktgrundlaget for aftalerne mellem de valgte entreprenører og Vejdirektoratet blev således hhv. en entreprisekontrakt og en partneringaf tale.<sup>29</sup> Partneringaf taleme blev udarbejdet på baggrund af Vejdirektoratets oplæg i udbudsmaterialet, entreprenørernes oplæg i deres tilbud samt drøftelser på to workshops med de enkelte entreprenører hver for sig inden partneringaftalens endelige indgåelse.<sup>30</sup>

Den endelige partneringaf tale mellem parterne er et supplement til den samtidig indgåede entrepriseaf tale, og beskriver det samarbejde parterne har aftalt for entreprisens gennemførelse. Partneringaf talen indeholder parternes visioner og målsætninger for det samarbejde og den proces, der danner rammen for hele kontraktperioden. Partneringaf talen er således en rammeaf tale for de efterfølgende

---

<sup>27)</sup> Jf. Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 10.

<sup>28)</sup> Jf. Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 11.

<sup>29)</sup> Vejdirektoratet begrundede valget af tilbudsgivere i kombinationen mellem pris, partneringsamarbejdet og procesoptimering, jf. Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 18.

<sup>30)</sup> Nedenfor henvises til Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 22 ff., hvoraf der fremgår en demoudgave af den partneringaf tale, som ligger til grund for samarbejdet mellem parterne.

successive delaftaler. Samarbejdet bygger på faktorerne; åbenhed, gensidig tillid og respekt.

Partneringaftalen indeholder en optimeringsklausul, hvoraf det fremgår, at entreprenøren skal åbne sine regnskaber og kalkulationer, og hvis det er muligt at opnå besparelser, skal *“besparelsen - forstået som forskellen i den/de oprindelige enhedspriser og den nye enhedspris (gange det faktiske forbrug) - deles med 50 % til hver af parterne.”*<sup>31</sup> Således indebærer partneringaftalen, at besparelser skal være synlige ved hjælp af kravet om åbne regnskaber, og at besparelser deles mellem parterne.

Parterne har endvidere lagt vægt på, at der skal være åbenhed om fejl og afvigelser, og at fejl afhjælpes i fællesskab, samt at løsning af uoverensstemmelser sker på 4 interne niveauer i organisationen før anvendelsen af syn og skøn og voldgift i henhold til AB 92.

Partneringaftalen mellem Vejdirektoratet indeholder således de samme karakteristika som de partneringaftaler, der er gennemført i den private byggebranche.<sup>32</sup> Forhandlingen om partneringaftalen har været gennemført efter udvælgelsen af tilbudsgivere, på baggrund af et oplæg fra Vejdirektoratet og forslag fra tilbudsgiverne i modsætning til private partneringaftaler, hvor forhandlingen starter før aftalens indgåelse. Ud over dette forhold har Vejdirektoratet formået at fastholde den private partneringaftales karakteristika.

#### 4. Partneringaftale i forbindelse med togdrift i Sverige

Den offentlige partneringaftale mellem Banverket<sup>33</sup> Norra Banregion og Banverket Produktion Nord er blevet aktuel da Banverket blev omorganiseret i 1997/-1998, med den konsekvens at grænsen mellem de forvaltende og producerende enheder gøres tydeligere, således at der skal oprettes en kontrakt mellem udbyde-

---

<sup>31)</sup> Citat jf. Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 22, klausul 3.

<sup>32)</sup> Se bl.a. Partneringstandardkontrakt udarbejdet af Byggeriets arbejds-givere, Bygherreforeningen i Danmark, Danske Entreprenører, Foreningen af Rådgivende Ingeniører og Praktiserende Arkitekters Råd, marts 2001.

<sup>33)</sup> Banverket har ansvaret for jernbanen i Sverige og Staten har fastsat det formål, at Banverkets virksomhed skal tilgodese en konkurrencedygtig, kundeorienteret og trafikssikker infrastruktur for den svenske jernbane og dens operatører. Banverket er i hovedsagen en forvaltningsmyndighed og skal fordele sporkapacitet, jf. Lillemor Larsson, Partnering inom Banverkets drift- och underhålls-verksamhet, Luleå Tekniska Universitet, 1999:172, s. 26.

ren og den udførende part i forbindelse med drift og vedligeholdelse af jernbanen, for på længere sigt at forberede den producerende part til en fremtidig udbudssituation.<sup>34</sup>

I den forbindelse fandtes det nødvendigt at undersøge nye samarbejdsformer, hvilket medførte, at parterne indgik en partneringaftale med det formål at skabe bedre forudsætninger for togtrafikken. Det hidtidige kontraktgrundlag var en drifts- og vedligeholdelsesaftale med en løbetid på 1 år, baseret på ABT94.

Banverket vedtog i 1997 at anvende partnering.<sup>35</sup> Det var hensigten, at den producerende virksomhed skulle findes ved offentligt udbud, men i stedet valgtes Banverkets Produktion Nord, som således ikke har været i konkurrence om jernbandedriften med andre eksterne entreprenører, hvilket dog må forventes at være tilfældet, når denne aftale udløber. Dette resulterede i, at begge parter deltog i partneringprocessens tilrettelæggelse fra start af, hvilket ikke vil være muligt at gennemføre i forbindelse med et offentligt udbud, som gennemgås i afsnit 3 ovenfor.<sup>36</sup>

Der er en række forhold som vil have indflydelse på partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder, der er underlagt udbudsreglerne i Sverige<sup>37</sup> og EU. Dette er bl.a. i forhold til at gennemføre partneringaftaler om ydelser, som er svære at prisfastsætte i udbudsmaterialet, samt hvor det er vanskeligt at angive, hvilke tekniske løsninger og produktionsmetoder der forventes. Endvidere bør erfaring med partnering ikke få indflydelse på valg af entreprenør i forbindelse med allerede opnået partneringerfaring med offentlige myndigheder.<sup>38</sup>

---

<sup>34)</sup> Se nærmere om Banverket på [www.banverket.se](http://www.banverket.se).

<sup>35)</sup> I henhold til Lillemor Larsson, Partnering inom Banverkets drift- och underhållsverksamhet, Luleå Tekniska Universitet, 1999:172, s. 9 er fordelene ved partnering for den offentlige myndighed, at projektets totale omkostninger mindskes, at kvaliteten i arbejdet og slutproduktet øges, at beslutningsprocessen og problemløsningsprocessen effektiviseres og at risikoen for tvister mindskes. Fordelene for entreprenørerne er at risikoen for at omkostningerne overskrider mindskes, at samarbejdet forbedres, og at det langvarige ansvar mindskes, at beslutnings- og reaktionstiden forbedres, at muligheden for at opnå større gevinst forbedres og at omkostningerne ved tvister reduceres.

<sup>36)</sup> Det har ikke været muligt at få adgang til en offentlig udbudt partneringaftale i Sverige, hvorfor denne aftale anvendes som sammenligningsgrundlag, suppleret med de udbudsretlige regler.

<sup>37)</sup> Lagen om offentlige upphandling, 1992:1528

<sup>38)</sup> U. Olsson, Partnering - et sätt att förbättra samarbetet i byggprojekt, Bygga Framtid, 1997, 8. Udgave, Luleå Tekniska Universitet, Luleå, og Lillemor Larsson, Partnering inom Banverkets drift- och underhållsverksamhet, Luleå Tekniska Universitet, 1999:172, s. 10.

Modellen for den allerede anvendte partneringmodel må forventes at skulle ændres på en række områder, herunder skal der opstilles en række udvalgskriterier, som ikke alene er koncentreret om prisen. I forhold til udvalgskriterierne kan Banverket med fordel anvende erfaringer fra det allerede gennemførte partnersamarbejde.

Af partneringaftalens indhold fremgår det, at parterne forpligter sig til åbenhed, ærlighed, respekt og professionalisme, jf. partneringaftalens del 3. Parterne lægger vægt på helheden og Banverkets overordnede mål. Samarbejdet skal præges af et ensartet ønske om at skabe bedre forudsætninger for togtrafikken, og parterne har et fælles ansvar for den totale effektivitet. Parterne har aftalt, at samarbejdet skal have en rækkevidde på 3-5 år.<sup>39</sup>

I henhold til *Nämnden för offentlig upphandling*s betænkning 2000/1339-22 skal de private operatører i forbindelse med togdriften i Sverige fremover omfattes af reglerne i kapitel 4 i Lagen om offentlig upphandling.

*Nämnden för offentlig upphandling* er en offentlig tilsynsmyndighed for offentligt udbud i Sverige, som fører tilsyn med de svenske udbudsregler i Lagen om offentlig upphandling, samt har til formål at sikre en effektiv offentlig udbudsprocedure og træffe afgørelser om overholdelse af udbudsreglerne.<sup>40</sup> Det vil i givet fald være *Nämnden för offentlig upphandling*, som skal vurdere, hvorvidt og under visse betingelser en partneringaftale skal gennemføres i forbindelse med et offentligt udbud.

Fremtidige situationer, hvor svenske offentlige myndigheder indgår partnering-aftaler, er således omfattet af udbudsreglerne.<sup>41</sup> Dette vil medføre, at der skal ændres i partneringprocessen, således at der ikke finder forhandling sted før tildelingen af opgaven.

Spørgsmålet er så, hvorvidt det er i overensstemmelse med Lagen om offentlige upphandling at indgå partneringaftaler. Til dette svarer *Nämnden för offentlig upphandling*, at en gruppe af leverandører i henhold til reglen i første kapitel § 23 b, har ret til at indgive tilbud og tilbudsgiveren kan ikke kræve, at en sådan gruppe skal antage en bestemt juridisk form, før den kan blive tildelt en kon-

---

<sup>39)</sup> Se forkortet udgave af partneringaftalen i Lillemor Larsson, Partnering inom Banverkets drift- och underhållsverksamhet, Luleå Tekniska Universitet, 1999:172, bilag 1.

<sup>40)</sup> Se nærmere om afgørelser og betænkninger truffet af *Nämnden för offentlig upphandling* på WWW.nou.se

<sup>41)</sup> Se også David Jackson og James Barlow, Partnerskap inom byggsektor, et forstudie, Windborne International AB, Stockholm, maj 1998, www.codenet.se.

trakt.<sup>42</sup> Der skulle således ikke være hindringer for anvendelsen af partnering i Lagen om offentlige upphandling.

Indtil direktivforslaget om udbud bliver vedtaget, vil forhandling i forbindelse med partnerskaber være underlagt det nuværende forhandlingsprincip i EU-direktiverne om udbud, samt reglerne i Lagen om offentlige upphandling, der ligeledes forbyder forhandling.<sup>43</sup>

## 5. Eksempler fra Storbritannien

I Storbritannien har det, som i Danmark og Sverige, været den private byggebranche, der har været toneangivende i anvendelsen af partneringaftaler og udviklingen af disse. Disse erfaringer fra Storbritannien har haft stor indflydelse på udviklingen af partneringkonceptet i Norden. Ligeledes har de offentlige myndigheder i Storbritannien anvendt partnering en længere periode, og denne erfaring benyttes ligeledes i forbindelse med udviklingen af offentlige partneringaftaler og partnerskaber i Danmark.

Det har tidligere, forbindelse med private partneringaftaler i Storbritannien, været holdningen, at det ikke er nødvendigt at udarbejde et egentligt aftaledokument, når man anvendte partnering som samarbejdsform. Således har gennemførelsen af transaktionen alene bygget på det forhold, at parterne har aftalt partnering, og at et egentligt aftale dokument indeholdende regler om projektets omfang, kvalitet, omkostninger, tidsfrister og risiko ville modvirke effekten af partneringkonceptet.

Dette skyldes den engelske fortolkning af aftalens ordlyd ord,<sup>44</sup> hvilket har medført meget detaljerede kontrakter i bl.a. USA og Storbritannien. For at tage afstand til den traditionelle omfattende aftale undgik parterne helt at indgå egentlige kontraktvilkår for samarbejdet.

Dette har imidlertid ændret sig, da langt de fleste parter i byggebranchen har anset det for nødvendigt at opstille regler for partneringsamarbejdet, og angive parter-

---

<sup>42)</sup> Se nærmere om dette i Nämnden för offentlig upphandling, Beteckning 2000/0339-22, af 21. Marts 2001, s. 6.

<sup>43)</sup> Se nærmere om dette i Nämnden för offentlig upphandling, Beteckning 2000/0339-22, af 21. Marts 2001, s. 7.

<sup>44)</sup> Zweigert & Kötz, An introduction to comparative law, 3. udgave, 1998, Clarendon Press, Oxford, s. 406.

nes forpligtelser og rettigheder i dette særlige samarbejde, uden at dette får indvirkning på formålet med partneringskonceptet.<sup>45</sup>

Et voksende antal offentlige myndigheder anvender partneringsaftaler i Storbritannien og så længe, at udbudsproceduren i EU-reglerne følges, og partneringsaftalen ikke løber i ubegrænset tid, er partnering anvendelig som aftalegrundlag for offentlige myndigheder i Storbritannien.<sup>46</sup> Det er således primært i forbindelse med udbudsproceduren og længden for samarbejdet, at udbudsreglerne har indvirkning på offentlige partneringsaftaler i Storbritannien og i forhold til de britiske regler.

Et eksempel på offentlige udbud af partneringsaftaler i Storbritannien er Surrey County Council, Amtsrådet i Surrey, der har udbudt opgaven om bygning af en ny skole og ombygning af to eksisterende skoler i amtet, som et partnersamarbejde.<sup>47</sup>

Der er tale om et begrænset udbud af en partneringskontrakt<sup>48</sup> og den vindende tilbudsgiver skal inddrage et offentligt team, nedsat af Amtsrådet i Surrey, og derigennem udvikle processen og den endelige ydelse.<sup>49</sup> Udbudskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud,<sup>50</sup> og tilbudsgiverenes erfaring med partnering og partneringskultur indgår som en del af tildelingskriterierne.<sup>51</sup>

Det fremgår af tilbudsbekendtgørelsen, at der ikke inden tildeling sker forhandling, men at forhandling først påbegyndes efter tildeling af opgaven til en given tilbudsgiver. Således overholdes forhandlingsforbuddet, for så vidt angår forhandling før tildeling.

Et andet eksempel på offentlige partneringsaftaler kan findes i Det britiske Forsvarsministerium, The Ministry of Defence. Forsvarsministeriet betragter

---

<sup>45)</sup> Se også David Jackson og James Barlow, Partnerskap inom byggsektorn, et forstudie, Windborne International AB, Stockholm, maj 1998, [www.codenet.se](http://www.codenet.se).

<sup>46)</sup> Se også David Jackson og James Barlow, Partnerskap inom byggsektorn, et forstudie, Windborne International AB, Stockholm, maj 1998, [www.codenet.se](http://www.codenet.se).

<sup>47)</sup> Udbudsbekendtgørelsen er anmeldt i EF-tidende 157/2003 den 19. August 2003.

<sup>48)</sup> Jf. udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.

<sup>49)</sup> Jf. udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.6.

<sup>50)</sup> Jf. udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2

<sup>51)</sup> Jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3

partneringaftalen som en langtidskontrakt, hvor samarbejdet kan udvikle sig over tid, og omfatter således både partnering i forhold til bygge- og anlæg og ligeledes partnering i forhold til serviceydelser.<sup>52</sup>

Det britiske Forsvarsministerium lægger vægt på, at der i partneringaftalen ikke fastlægges en klar og entydig definition af ydelsen, og at den private virksomhed har derfor mulighed for at øge indtjeningen og udvikle nye og billigere alternativer til løsning af Forsvarsministeriets behov.<sup>53</sup>

Forsvarsministeriets træningsenhed, Naval Recruitment and Training Agency's (NRTA) har indgået en partneringaftale med Flagship Training Ltd. og samarbejdet er blevet implementeret gennem to aftaler, en partneringaftale som indeholder "the Partnering Principles defining the principal agreements between partners",<sup>54</sup> og endnu en aftale, "the Framework Agreement defining each element of the service to be provided".<sup>55</sup>

Hermed indgås en overordnet rammeaftale og en mere detaljeres aftale for de konkrete forhold mellem parterne. Dette minder om den danske private byggebranches kombination af partneringaftalen som rammeaftale og AB 92 som tillæg og udfyldningsgrundlag til partneringaftalen, dog i en tilrettet form.

I henhold til The Ministry of Defence's appendix<sup>56</sup> fremgår det, at der i Forsvarsministeriets partneringaftaler lægges vægt på, at Forsvarsministeriet samt de private parter i fællesskab skal finde den løsning, som er bedst til at øge og fremme økonomi, efficiens og effektivitet, og søge disse parametre forbedret gennem processen.

Parterne forpligter sig til at reducere omkostningerne og øge incitamenterne hos hinanden, fastsætte benchmarking og åbne regnskaberne, samt i fællesskab at definere, hvordan partneringprocessen kan optimeres mest muligt. Derudover skal

---

<sup>52)</sup> Ministry of Defence, Storbritannien, Doing Business with the Ministry of Defence, section 1, Partnering in MOD, WWW.mod.uk.

<sup>53)</sup> Ministry of Defence, Storbritannien, Doing Business with the Ministry of Defence, section 1, Partnering in MOD, WWW.mod.uk.

<sup>54)</sup> Jf. Ministry of Defence, Storbritannien, <http://www.mod.uk/issues/acquisition/components.htm>

<sup>55)</sup> Jf. Ministry of Defence, Storbritannien, <http://www.mod.uk/issues/acquisition/components.htm>

<sup>56)</sup> Se for dette Ministry of Defence, Storbritannien, Doing Business with the Ministry of Defence, section 1, Partnering in MOD, Appendix 3, WWW.mod.uk.

parterne etablere en procedure for håndtering og løsning af tvister, og ikke begrænse de andre parter fleksibilitet for at optimere egne interesser.<sup>57</sup> Indholdet i appendixet svarer til det danske partnering aftalekoncept.

Forsvarsministeriet i Storbritannien foretager således en lang række udbud af partneringaftaler, der falder inden for EU's udbudsregler, og anser ikke udbudsreglerne som en hindring for anvendelsen af partnering, hvis valget af tilbudsgiver har været i EU-udbud i overensstemmelse med forhandlingsprincippet, og hvis det objektivt kan godtgøres, at der er behov for partneringaftalen, som kun løber i en begrænset periode, hvorefter der igen foretages et offentligt udbud.<sup>58</sup>

## **6. Komparativt perspektiv vedrørende de nationale offentlige partnering-aftaler**

De nationale eksempler på partneringaftaler, som involverer offentlige myndigheder og private virksomheder i Danmark, Sverige og Storbritannien, der er gennemgået i artiklen er naturligvis ikke et repræsentativt udpluk af offentlige og private partneringaftaler, og kan derfor ikke bruges til at generalisere ud fra. Men gennemgangen viser, at udbudsreglerne har indflydelse på, i hvilken udstrækning offentlige myndigheder kan anvende partneringkonceptet som det kendes fra de private brancher.

Partneringkonceptet, som det er udviklet i de private brancher som f.eks. byggebranchen, er ikke gennemgået i artiklen.<sup>59</sup> Et af hovedmålene med en privat partneringaftale er, at samarbejdet starter tidligt i processen og således allerede inden en aftale kommer i stand. Herved får alle parter mulighed for at få direkte indflydelse på kontraktforholdet inden aftalen udformes.

Dette er meget vanskeligt at gennemføre i en offentlig og privat partneringaftale, da forhandlingsforbuddet forhindrer dette, hvilket ses af de aftaler mellem de

---

<sup>57)</sup> Se for dette Ministry of Defence, Storbritannien, Doing Business with the Ministry of Defence, section 1, Partnering in MOD, [WWW.mod.uk](http://WWW.mod.uk), samt HM Treasury Procurement Policy Committee PPC9 (93)9, 9 July 1993.

<sup>58)</sup> Se for dette Ministry of Defence, Storbritannien, Doing Business with the Ministry of Defence, appendix 3, Contracting Arrangement in MOD Partnering Procurement, [WWW.mod.uk](http://WWW.mod.uk).

<sup>59)</sup> Se for dette nærmere Christina D. Tvarnø, Partneringaftalen - en aftaleretlig udfordring, RETTID 2002, s. 74 ff. og Loyalitetspligt og partneringaftaler, Julebog 2002, Red. Peter Møgelvang Hansen, DJØF, s. 137 ff.

ationale offentlige myndigheder og private virksomheder, som er gennemgået ovenfor .

Forhandlingsforbuddet har den indflydelse på udbudet af offentlige partnering-aftaler, at forhandling om væsentlige forhold som bl.a. pris slet ikke kan finde sted i forbindelse med et offentligt udbud, heller ikke selv om tildeling har fundet sted. Mindre væsentlige forhold som f.eks. samarbejdets tilrettelæggelse kan derimod godt lægges ud til forhandling efter tildelingen i mere eller mindre grad.

Af de gennemgåede eksempler fremgår det, at den offentlige myndighed i hoved-træk redegør for, i hvilket omfang myndigheden forventer samarbejdet gen-nemført, hvilket illustreres ved, at der af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at der er tale om et partneringsamarbejde.

Den løsning, som Vejdirektoratet har valgt at udbyde partneringaftalen på, må anses som den bedste løsning. Vejdirektoratet har meget tydeligt forholdt sig til udbudsreglerne og forhandlingsforbuddet og har alligevel formået at sammensæt-te udbudsmaterialet på en sådan måde at stort set alle forhold i partneringkoncep-tet om at parternes i fællesskab kan sætte rammerne for optimering, målsætninger, incitamenter, åbenhed og tillid kan indarbejdes, hvilket er af stor betydning, da disse karakteristika er væsentlige for, at samarbejdet kan gennemføres og give en økonomisk fordel.

Den svenske partneringaftale har ikke været i udbud, men fremtidige udbud vil være underlagt udbudsreglerne og hermed de nye regler i direktivforslaget om udbud, der indebærer, at det bliver muligt at anvende den konkurrenceprægede dialog. Denne nye bestemmelse er medvirkende til at partneringaftalens hoved-formål om fælles forhandlinger om aftalens indhold og tilrettelæggelse af ram-merne for gennemførelsen af ydelsens kan indtræde på et tidligere tidspunkt, hvilket vil være en klar forbedring i forhold til udnyttelsen af de fordele partne-ring kan give.

Da den svenske partneringaftale ikke var sendt i udbud havde parterne mulighed for at forhandle allerede før aftaleindgåelsen, hvilket har stor betydning for ud-formningen af partneringaftalen, men dette anses ikke for muligt i henhold til udbudsreglerne, og vil derfor ikke kunne forekomme ved et offentligt udbud i Sverige.

I Storbritannien har partnering mellem offentlige myndigheder og private virk-somheder været anvendt i en længere årrække end i Norden. Der er ikke den store forskel på, hvordan udbuddet formelt foretages. En forskel var dog, at der ikke var vedlagt et forslag til partneringaftale i Surrey County Council udbudsbe-kendtgørelse, som det er tilfældet i Vejdirektoratets udbud.

Vejdirektoratets løsning har den fordel, at tilbudsgiverne på forhånd kan sammensætte deres bud i relation til den efterfølgende partneringaftale samt at forslag til partneringaftalen indgår i vægtningen af buddene. Denne løsning må i henhold til formålet med partneringaftalen ses som den bedste af de gennemgåede eksempler sammenholdt med mulighederne i henhold til udbudsreglerne.

## **7. Sammenfatning**

Private partneringaftaler indebærer, at parterne forhandler såvel før, under og efter partneringaftalens indgåelse. Dette er det mest optimale for selve udformningen af aftalegrundlaget og derfor ligeledes det mest optimale for gennemførelsen af transaktionen.

Hvis offentlige myndigheder ønsker at anvende partneringaftaler til optimering af offentlige aftaler er det således nødvendigt i henhold til EU's forhandlingsforbud at ændre partneringkonceptet i forhold til de private partneringaftaler, således at det er den offentlige udbyder, der i udbudsmaterialet udformer oplægget til partnersamarbejdet. Partneringaftalen kan stadig resultere i økonomiske fordele, billigere og bedre løsninger og et bedre samarbejdsforhold i forhold til en traditionel udlicitering af opgaven, selv om den væsentlige forudsætning om forhandling før aftalens indgåelse er reduceret.

Af de nationale eksempler der er gennemgået ovenfor er Vejdirektoratets udbud den bedste løsning. Vejdirektoratet har formået at fastholde så mange forudsætninger for partnersamarbejdet som muligt og stadig overholde udbudsreglerne. Så længe direktivforslaget om udbud ikke er vedtaget vil dette være den bedste af de gennemgåede løsninger i forhold til udbud af partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder. Det skal hertil bemærkes, at det empiriske grundlag for denne konklusion er meget spinkelt, hvorfor der sagtens kan forekomme bedre løsninger i praksis. Det har dog ikke været formålet med artiklen at finde frem til den bedste løsning, men at redegøre for hvorledes partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder gennemføres i Danmark, Sverige og Storbritannien i forhold til de EU-retlige udbudsregler.

# Metode på cand.merc.jur. studiet

af

Kim Østergaard

## 1. Indledning

Siden cand.merc.jur. studiet blev etableret i 1984 ved Handelshøjskolen i København har et væsentligt formål med uddannelsen været, at de studerende er i stand til at integrere jura og økonomi, således at de to samfundsvidenskaber supplerer hinanden. En sådan integration er bl.a. sket i forbindelse med projektarbejde og de integrerede fag, der undervises i på uddannelsens anden del. Endvidere undervises der på uddannelsens første del i juridiske og økonomiske fag, der indholdsmæssigt dækker over det samme område, men fra en juridisk og en økonomisk synsvinkel. Eksempler herpå er konkurrenceret og industriøkonomi og markedsføringsret og markedsføring. Herved skabes der en forståelsesramme for, hvorledes et fagområde kan forstås afhængig af den faglige og metodiske synsvinkel, der anlægges. Selv om der finder en integration sted mellem de to samfundsvidenskaber, undervises der selvstændigt i de metodiske tilgange i de to samfundsvidenskaber.

Formålet med artiklen er at klarlægge, hvorfor og hvordan den metodiske integration mellem jura og økonomi på cand.merc.jur. studiet finder sted. Eller med andre ord hvad er det i metodisk henseende særligt differentierer en cand.merc.jur. fra kandidater på cand.jur. og cand.merc. studiet.

Metode er i taksonomisk forstand forskellig fra videnskabsteori ved at befinde sig trinvis lavere. Videnskabsteori er teorier om hvad viden er, hvordan den udvikler sig og spiller sammen med praksis.<sup>1</sup> Under det metodemæssige niveau er det

---

<sup>1)</sup> Jf. Christian Knudsen, Økonomisk metodologi, Bind 1, 2. udg., 1994, side 20, hvor videnskabsteori defineres som: *"Ved videnskabsteori skal vi forstå en refleksion over og analyse af de kriterier, der bevidst eller ubevidst har betydning for de valg, forskerne i en*

konkrete problemfelt eller genstandsfelt, der ønskes undersøgt nærmere med den eller de metodiske tilgange, som forfatteren hertil har fastlagt. Som nævnt oven for kan eksempelvis de konkurrencemæssige implikationer af en kartelaftale underkastes såvel en konkurrenceretlig, typisk retsdogmatisk som en industri-økonomisk undersøgelse. En sådan undersøgelse vil ikke have videnskabsteoretisk karakter, idet målsætningen i forskningsmæssig henseende er mere beskeden, idet det tages for givet, at den faglige relevante metodiske tilgang er anvendelig.<sup>2</sup>

Metode kan overordnet defineres som et fags (jura respektive økonomi) anvisning på, hvilke(n) måde(r) et genstandsfelt kan behandles på og evt. under bestemte forudsætninger. Den måde, hvorpå genstandsfeltet undersøges, er imidlertid baseret på et eller flere valg, der efterfølgende kan kritiseres.<sup>3</sup>

I begrebsmæssig henseende indeholder jura og økonomi på det videnskabsteoretiske og metodemæssige plan en fælles anvendelse af to væsentlige begreber, nemlig positivisme (beskrivende, forklarende) og normativitet (holdning-/ændringsorienteret). Inden for retsvidenskabens anvendes begrebet retspositivisme om en retsteori.<sup>4</sup> Den retsdogmatiske metode er ikke en *empirisk* metode i samfundsvidenskabelig forstand.<sup>5</sup> I metodisk henseende kan den retspolitiske metode anses for at være normativ.<sup>6</sup> Positivisme i økonomisk teori betegnes også

---

*disciplin træffer vedr. accept eller forkastelse af enkeltstående udsagn, teorier eller endog hele forskningstraditioner som en del af deres videnskab."*

- <sup>2)</sup> Dermed ikke være sagt, at der ikke er mulighed for at kritisere eksempelvis de aktørforudsætninger, der lægges til grund i en anvendt økonomisk teori. I retsvidenskabens vil sådanne udsagn typisk være at karakterisere som retspolitiske udsagn.
- <sup>3)</sup> Ønsker en given virksomhed eksempelvis en redegørelse for, hvilke retlige begrænsninger, der er for at anvende elektronisk kommunikation i markedsføringen, er den oplagte retsvidenskabelige tilgang vel retsdogmatisk.
- <sup>4)</sup> Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 7. udg., 2002, side 180 skriver: "*Som metodologi behandler retspositivismen retten som et institutionelt faktum, der søges gengivet på en værdimæssigt neutral måde. Retten er et normativt fænomen, men den retspositivistiske (retsdogmatiske) analyse og beskrivelse af retten tilstræber ikke selv at være normativ. Normative analyser af retten betegnes i denne tradition som retspolitiske.*"
- <sup>5)</sup> Jf. Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 7. udg., 2002, side 177, hvor Ruth Nielsen anfører: "*Den retsdogmatiske metode er overvejende en (sprogligt funderet) analyserende metode, der fortolker og systematiserer et retligt materiale, men ikke en empirisk metode, som fx interview-undersøgelser, spørgeskemaundersøgelser, og lignende.*"
- <sup>6)</sup> Jf. Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 7. udg., 2002, side 180: "*Som metodologi behandler retspositivismen retten som et institutionelt faktum, der søges gengivet på en værdimæssigt neutral måde. Retten er et normativt fænomen, men den retspositivistiske (retsdogmatiske) analyse og beskrivelse af retten tilstræber ikke selv at være normativ. Normative analyser af retten betegnes i denne tradition som retspolitiske.*"

den logiske empirisme, hvor den økonomiske teori er knyttet til et empirisk grundlag for at være videnskabelig.<sup>7</sup> Dele af den ny institutionelle økonomi kan karakteriseres som normativ. I økonomisk teori er anvendelsen af efficiensbegrebet et udtryk for en normativ tilgang. Efficiens er stærkt knyttet til den økonomiske analyse af den retlige regulering.<sup>8</sup>

Indledningsvis gives der en kort præsentation af den metodiske tilgang i økonomi og jura under henholdsvis punkt 2 og 3 for at illustrere den metodiske forskellighed, der eksisterer inden for de to samfundsvidenskaber. De økonomiske metodiske tilgange må ingenlunde anses for udtømmende, men den nærmere omtale af neoklassisk økonomisk teori og ny institutionel økonomi skyldes disse to metodiske tilgange centrale placering på cand.merc.jur. studiet på Handelshøjskolen i København. Under punkt 4 præsenteres de metodiske tilgange, hvor med integrationen finder sted med henblik på sondringen mellem rets- og kontraktøkonomi og erhvervsjuridisk metode. Under punkt 5 konkluderes der kort med de videre perspektiver for den erhvervsjuridiske metode.

Særligt den erhvervsjuridisk metode skal omtales nærmere med det formål, at begrebet i metodisk henseende fremstår med klare og skarpe konturer. Der gives i den forbindelse en række eksempler på, hvad der forstås ved erhvervsjuridisk metode. Den vigtigste målgruppe for nærværende artikel er derfor de studerende på cand.merc.jur. studiet og andre højere læreanstalter, hvor der udbydes kombinationsuddannelser i jura og økonomi.<sup>9</sup> Artiklen vil endvidere kunne have interesse for andre fagretninger, hvor der er grænseflader til jura og økonomi.

## 2. Økonomi

Ved det erhvervsøkonomiske fakultet på Handelshøjskolen i København undervises der i en flerhed af økonomiske deldiscipliner. Økonomisk teori inddeles i nærværende artikel i henholdsvis neoklassisk økonomisk teori og ny institutionel

---

<sup>7)</sup> Jf. Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, Bind 1, 2. udg., 1994, side 45.

<sup>8)</sup> Se nærmere om begrebet efficiens, der har sit udspring i begrebet pareto optimalitet hos Agnete Raaschou Nielsen og Nicolai Juul Foss, *Indledning til Rets- og Kontraktøkonomi*, 1. udg., 1997, side 13 f.

<sup>9)</sup> I mit arbejde med vejledning på cand.merc.jur. studiet gennem en længere årrække er det mit indtryk, at spørgsmålet om metode er et af de vanskeligste at løse for de studerende. Dette gælder særligt de metodiske muligheder og begrænsninger, der er for at integrere jura og økonomi.

økonomi.<sup>10</sup> Fælles for de to økonomiske retninger er, at analyseniveauet er *markedet* og analyseenheden er virksomheden. I de to økonomiretninger opererer virksomheden (analyseenheden) med på forhånd fastlagte *aktørforudsætninger*. Det er således et væsentligt karakteristika, at markedet og analyseenheden i form af virksomheden er omdrejningspunkterne inden for disse to økonomiske teorier. Den metodiske tilgang er derfor præget af denne forståelse og dermed begrænsning. Analyseniveauet i neoklassisk forstand er markedet, hvor aktørerne opererer med de nedenfor anførte forudsætninger.

I neoklassisk teori anses aktørerne på et marked med fuldkommen konkurrence for at være fuldt rationelle,<sup>11</sup> der er perfekt information, virksomhedernes beslutninger kan analyseres uafhængigt af hinanden, produktet på markedet er homogent, antallet af sælgere er stort og der er fri adgang og afgang fra markedet.<sup>12</sup> På perfekte markeder i neoklassisk teori eksisterer der derfor ikke nogen transaktionsomkostninger. I neoklassisk teori betragtes virksomheden fra en ekstern markedsmæssig synsvinkel, hvor der ses bort fra virksomhedens interne og organisatoriske strukturer.<sup>13</sup> Dette indebærer, at markedsmekanismen sikrer en pareto-optimal ressourceallokering, hvorfor der i ligevægtpunktet ikke kan foretages transaktioner, der stiller den ene kontrahent bedre uden at stille den anden kontrahent værre. Denne metodiske tilgang er blevet kritiseret i den økonomiske teori.<sup>14</sup> Denne metodiske tilgang (ideel tilstand) er dog ingenlunde uvæsentlig som en referenceramme.

---

<sup>10)</sup> På engelsk anvendes udtrykket *New Industrial Organization*.

<sup>11)</sup> For en kritik heraf, se Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, Bind 2, 1. udg., 1997, side 65 ff. På side 66 anfører Christian Knudsen: "*Man ser således bort fra det faktum, at virksomheder normalt består af flere personer med forskellige målsætninger eller præferencer.*"

<sup>12)</sup> Jf. Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, Bind 2, 2. udg., 1994, side 56.

<sup>13)</sup> Jf. Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, Bind 2, 2. udg., 1994, side 52. Christian Knudsen anfører: "*...at den neoklassiske virksomhedsteori slet ikke er en teori om virksomheden, men blot en byggesten i en mere omfattende teori om brancher og deres prisdannelse. Som konsekvens heraf er det slet ikke en teori, der interesserer sig for den enkelte virksomhed og dennes interne adfærd, men derimod for, hvorledes priserne fastsættes på forskellige markedstyper.*"

<sup>14)</sup> Thráinn Eggertsson, *Economic behavior and institutions*, 1. udg., 1990, side 4 f., at de neoklassiske økonomer ikke har inddraget følgende tre områder: "*1. How do alternative sets of social rules (property rights) and economic organizations affect behavior, allocation of resources, and equilibrium outcomes? 2. Why does the form of economic organization differ from one type of economic activity to another, even within the same legal framework? In general, what is the economic logic of various contractual agreements, such as the firm, that are used for organizing production and exchange? 3. What is the economic logic behind the fundamental social and political rules that govern production and exchange, and how do these rules change?*"

Adfærdsantagelse om fuld rationalitet kan anses for at være idealiseret. I ny institutionel økonomi er udgangspunktet, at aktørerne er begrænset rationelle og vil maksimere egne interesser inden for rammerne af den institutionelle ramme, jf. nærmere herom nedenfor, og der ikke er perfekt information (symmetrisk information).<sup>15</sup> Aktørerne vil endvidere handle opportunistisk. Aktørerne kan derfor tænkes at handle eksempelvis svingagtigt.

Erkendelsen af, at aktørerne er begrænset rationelle, kan anvendes med henblik på at formindske den begrænsede rationalitet ved at indhente yderligere information, hvis den er tilgængelig. Såfremt informationen er tilgængelig, må det holdes for øje, at indhentningen heraf er forbundet med transaktionsomkostninger, der i den sammenhæng snarere må anses for at være informationsomkostninger.<sup>16</sup> For visse kontrakttyper er informationen ganske enkelt ikke til stede på tidspunktet for kontraktens indgåelse. Den skabes undervejs, hvilket begge kontrahenter kan være vidende om allerede på kontraktindgåelsestidspunktet.<sup>17</sup>

I ny institutionel økonomi er fokus institutioners dannelse og virke. I teorien gøres det gældende, at institutioner har betydning for resourceallokeringen.<sup>18</sup> I ny institutionel økonomi opfattes juraen (retten) som en institution, der påvirker resourceallokeringen. Retten kan derfor betragtes som en institution, der forsøger at minimere markedsfejl.<sup>19</sup>

---

<sup>15)</sup> Se særligt herom Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1985, hvor Williamson udtrykker det som følger: "Intendely rational but only limited so...".

<sup>16)</sup> Coase definerer transaktionsomkostninger som følger: "*In order to carry out a market transaction, it is nessecary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on.*", fra artiklen *The Problem of Social Cost*, trykt i *Journal of Law and Economics*, side 1 – 44, oktober 1960, vol. III.

<sup>17)</sup> En partneringaftale er et godt eksempel herpå. Se nærmere herom Christina Tværnø, *Loyalitetspligt og partneringaftaler*, Julebog 2002, Juridisk Institut, side 137 – 156.

<sup>18)</sup> Jf. Eirik G. Furubotn og Rudolf Richter, *Institutions and Economic Theory*, 1. udg., 1997, side 1.

<sup>19)</sup> Douglass C. North definerer institutioner som: "*The humanly devised constraints that structure political, economy, and social interactions. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes and conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights)*", fra artiklen *Institutions*, der er trykt i *Journal of Economic Perspectives*, side 97 – 113, Vinteren 1991, vol. 5, no. 1, side 97.

Konkurrenceretten kan ses som et eksempel herpå. Interessant er det også at notere, at konkurrenceretten i dansk ret ikke bygger på en forudsætning om fuldkommen konkurrence, men derimod virksom konkurrence.

Selv om retten derfor isoleret set kan anskues som et middel til at minimere markedsfejl, er den erhvervsjuridiske metode netop funderet i, at der med udgangspunkt i en virksomhedssynsvinkel inden for primært privatrettens deklarativeriske regler ved hjælp af økonomiske modeller og teorier kan ske forbedring og supplerung af den institutionelle ramme som juraen udgør, jf. nærmere nedenfor under punkt 4.3.2.

Ny institutionel økonomi er vel set med pragmatiske øjne den mest realistiske tilgang i metodisk forstand, hvilket også illustreres ved, at ny institutionel økonomi sammen med neoklassisk økonomisk teori har en så fremtrædende plads på cand.merc.jur. studiet som det har.

### 3. Jura

I metodisk henseende adskiller retsvidenskaben sig i hovedsagen ved at være aktørforudsætningsuafhængig,<sup>20</sup> og ved at der ikke er et marked,<sup>21</sup> der gøres til genstand for nærmere beskrivelse og analyse. For så vidt angår begrebet aktørforudsætningsuafhængighed indgår begrebet i retsdannelsen, hvor den ene kontrahent præsumptivt er en svagere part,<sup>22</sup> men i modsætning til økonomisk teori indgår denne sondring ikke direkte på det metodiske plan i retsvidenskaben. I retsdannelsen indgår det selvsagt, i hvilken økonomisk funktion kontrahenten

---

<sup>20)</sup> Det må naturligvis holdes in mente, at retstilstanden i et samfund er et produkt af de af politikerne gennemførte love, hvor politikerne afhængig af politisk observans anvender lovgivningskompetencen til at fremme de ønskede politiske mål. Politikerne er vel også at anse for begrænset rationelle.

<sup>21)</sup> I konkurrenceretten har begrebet markedet en stor betydning i relation til afgrænsningen af det relevante produkt og geografiske marked.

<sup>22)</sup> Se Peter Møgelvang-Hansen, Forbrugerrollen som retligt begreb, i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, side 527 – 557. Peter Møgelvang-Hansen anfører side 529: *"Modstillingen forbruger-erhvervsdrivende angår således ikke individer som sådanne, men de roller de spiller. Frasen vi er alle forbrugere rammer derfor noget centralt, derved at den understreger, at det at være forbruger respektive erhvervsdrivende er relationsbestemt."* I juridisk henseende indebærer relationsorienteringen, at den præsumptivt svagere part uagtet at denne rent faktisk kan være den stærke part i forhold til den erhvervsdrivende har et beskyttelsesværn ex lege på det forbrugerretlige område, til trods for at den erhvervsdrivende de facto kan være den svage part. Relationen bliver således funktionsbestemt.

indgår i, mens spørgsmålet om kontrahentens rationalitet<sup>23</sup> synes at indtage en mindre rolle i retsvidenskaben og synes ikke at have samme klare indhold, som det tilstræbes fastlagt i økonomisk teori.<sup>24</sup> Særligt når fysiske personer optræder i egenskab af at være forbrugere (eller anden funktionel præsumptivt svagere kontrahent) er der vel i lovgivningen enten direkte eller indirekte lovgivet under antagelse af, at forbrugeren i den situation optræder som svage part eller med et økonomisk begreb begrænset rationalitet bl.a. som følge af asymmetrisk information, hvorfor det er nødvendigt at yde forbrugeren beskyttelse over for den erhvervsdrivende, der antages at indtage en anden evne- og forhandlingsposition.<sup>25</sup> EF-Traktatens art. 153 indeholder en særskilt bestemmelse om beskyttelse af forbrugernes interesser.

Inden for privatretten er udgangspunktet i forholdet mellem erhvervsdrivende, at der mellem kontrahenterne er aftalefrihed, hvilket vel kan ses som et udtryk for, at der er en mindre grad af begrænset rationalitet og asymmetrisk information, hvor der således ikke fra lovgivers side har været noget ønske om at gribe ind over for de kontraktuelle arrangementer, kontrahenterne indgår i, da det kan indebære markedssvigt. Kontrahenterne er bedre i stand til at identificere, hvad der tjener deres interesser.

---

<sup>23)</sup> Der kan heller ikke ses bort fra "burde vide" begrebet, når bonus pater begrebet er relevant at anvende.

<sup>24)</sup> Se Thomas Wilhelmsson, *Social Civilrätt*, 1. udg., 1987, side 60 ff. omtaler den såkaldte "personorienterede" rolle, hvor kontrahentens sagkundskab, profession, formueforhold, socialklasse og køn har betydning for, hvorledes kontrahenten agerer. Forfatteren angiver ugyldighedsbestemmelserne i Aftl §§ 28 – 33 som eksempler i lovgivningen på, at der i retsanvendelsen direkte inddrages individforudsætninger. Se eksempelvis fra retspraksis U 1990.65 H. Selv om der således såvel i retsteorien som i retudøvelsen inddrages personrelaterede forhold, synes aktørforudsætningerne at have en mindre fremtrædende plads i retsvidenskaben, og der er som følge af den manglende empiriske tilgang i retsdogmatikken ikke foretaget undersøgelser af de konkrete forudsætninger, hvorunder den præsumptivt svage part handler.

<sup>25)</sup> Se endvidere Peter Møgelvang-Hansen, *Forbrugerret og Erhvervsret – To sider af samme sag*, Julebog 2000, Juridisk Institut, side 207 ff. for en nærmere redegørelse om forbrugerbeskyttelsens genstand og retlige udvikling.

Retsvidenskaben omfatter retsdogmatik, komparativ retsvidenskab, retshistorie, retssociologi og retspolitik.<sup>26</sup> Den retsvidenskabelige litteratur herom er relativ omfattende.<sup>27</sup>

Den retsdogmatiske metode står mest centralt i retsvidenskaben og anvendes såvel i en national<sup>28</sup> som i en komparativ kontekst. Den retsdogmatiske metode har til formål at udlede gældende ret.<sup>29</sup> I metodisk henseende drejer det sig om at analysere og fortolke den eller de retskilder, som det må forventes, at dommeren lægger til grund i en given sag.<sup>30</sup> I retsdogmatikken anvendes der derfor til forskel fra økonomisk metode ikke modeller og teorier, men derimod en analytisk gennemgang af de retskilder, der må forventes at blive lagt til grund, for at udlede gældende ret. I sin tilgang er retsdogmatikken således væsentligt forskellig fra økonomien.

I undervisningen på de juridiske fag på cand.merc.jur. studiet er retsdogmatikken nationalt som komparativt den centrale metodiske tilgang. Særligt i forbindelse med projektarbejde eller udfærdigelsen af kandidatafhandlinger anvendes andre retsvidenskabelige metoder enten selvstændigt eller som en komplementær

---

<sup>26)</sup> Jf. Jens Evald, *Retskilderne og den juridiske metode*, 2. udg., 2000, side 11. Alf Ross anså udelukkende retsdogmatikken som retsvidenskabelig. For en nærmere diskussion herom, se bl.a. Thomas Riis, *Normativitet og den praktiske anvendelighed af retsøkonomi*, TfR 3-4/2000, side 478 f.

<sup>27)</sup> Af nyere dansk litteratur som har karakter af lærebøger kan bl.a. nævnes Peter Blume, *Juridisk Metodelære*, 2. udg., 2002 Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 7. udg., 2002, Jens Evald, *Retskilderne og den juridiske metode*, 2. udg., 2000, Mads Bryde Andersen, *Ret & Metode*, 1. udg., 2002, Morten Wegener, *Juridisk Metode*, 3. udg., 2000. Se endvidere Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, 1. udg., 2001.

<sup>28)</sup> En ren national tilgang er dog i et dansk perspektiv i en vis forstand under afvikling, hvilket bl.a. skal ses i relation til Danmarks medlemskab af EU. Se nærmere om denne denationalisering, Ruth Nielsen, 7. udg., 2002, side 16 ff.

<sup>29)</sup> Alf Ross anfører: *"Gældende dansk ret kan herefter bestemmes som den normative ideologi, der er faktisk virksom, eller må tænkes virksom, i dommerens sind, fordi den opleves af ham som socialt forpligtende og derfor effektivt efterleves"*, jf. Om ret og retfærdighed, 1. udg, 1953, side 47 .  
Ruth Nielsen anfører i *Retskilderne* 7. udg. , 2002, side 20: *"Retsdogmatikken anses traditionelt for at have to hovedopgaver: dels at systematisere, dels at fortolke et retligt materiale. Forståelsen af retskilder er nøglen til forståelse af retten som system og i dens anvendelse."*

<sup>30)</sup> For en nærmere redegørelse om retskilderne og deres indbyrdes sammenhæng, se Ruth Nielsen, *Retskilderne* 7. udg., 2002, kapitel 2 og 3.  
Morten Wegener, *Juridisk Metode*, 3. udg., 2000, side 6: *"Samlet udtrykker retskilde- og fortolkningsprincipperne, som det vil være fremgået, noget om den almindelige udfindelse, formulering og anvendelse af regler ved afgørelsen af konkrete retsspørgsmål. Der kan således siges at være tale om en slags retsanvendelsens metode."*

metode til den retsdogmatiske metode. Den anvendte retsvidenskabelige tilgang kan vel bedst beskrives som problemstillingsafhængig.

#### 4.1. Integration

To integrerede metodiske tilgange er centrale på cand.merc.jur. studiet ved Handelshøjskolen i København: rets- og kontraktøkonomi og erhvervsjuridisk metode. Hvor rets og kontraktøkonomi i begrebsdannelsesmæssig henseende synes at have relative klare og skarpe konturer, jf. nærmere neden for under 4.2 og som beskrevet under 2, synes erhvervsjuridisk metode ikke i metodisk henseende ikke at have et klart og velafgrænset indhold.

Formålet er derfor i nærværende sammenhæng kun at introducere rets- og kontraktøkonomi med henblik på at fastlægge, hvorledes samspillet er mellem rets- og kontraktøkonomi og erhvervsjuridisk metode.

Den erhvervsjuridiske metode omtales mere udførligt særligt med henblik på at diskutere, hvilke dele af retsvidenskaben, der er relevant i forhold til den erhvervsjuridiske metode og hvorledes retsvidenskabelig metode kan integreres med økonomiske modeller og teorier.

#### 4.2. Rets- og kontraktøkonomisk metode

Retsøkonomi er økonomisk teori, hvorfor der ikke eksisterer en særegen retsøkonomisk metode.<sup>31</sup> Retsøkonomi vedrører derved anvendelsen af økonomisk teori på retlige forhold.

Selv om retsøkonomien er som økonomisk metode, er der ikke noget til hinder for, at der i retsanvendelsen inddrages økonomiske modeller og teorier til at fastlægge gældende ret.<sup>32</sup>

---

<sup>31)</sup> Jf. Thomas Riis, Tidsskrift for Rettsvitenskap 3 – 4, 2000, side 477.

<sup>32)</sup> Til støtte for dette synspunkt, se Paul Krüger Andersen og Ruth Nielsen, Retsøkonomi og retskildelære, U. 1998B. 476. På side 478 fremfører forfatterne: "Den økonomiske teori kan tilbyde analyser af spørgsmål vedrørende reglers effektivitet, transaktionsomkostninger, betydning af asymmetrisk information m.v. I forhold til regler, der forfølger økonomiske formål, hvilket fx gælder mange EU-afledede regler, vil sådanne analyser efter vores opfattelse være en relevant bestanddel af traditionel juridisk fortolkning af reglerne."

Der foreligger i Norden et mindre antal afhandlinger med et retsøkonomisk indhold.<sup>33</sup>

Analyseniveauet i retsøkonomien er det samfundsmæssige niveau (det aggregerede niveau), medens kontraktøkonomien vedrører analyseniveauet mellem markedets aktører, hvad enten det er mellem virksomheder, eller hvorledes virksomheden internt organiserer (partsniveau).

Retsøkonomiske studier har interesse inden for såvel privatretten som den offentlige ret, hvorimod den erhvervsjuridiske metode først og fremmest har relevans inden for privatretten, da virksomheden per se skal overholde de offentlig retlige regler.<sup>34</sup>

Da de offentlige retlige regler angår de retsregler, der regulerer forholdet mellem offentlige institutioner og forholdet mellem offentlige institutioner og virksomheder har kontraktøkonomien primært sin betydning inden for privatretten. I de tilfælde, hvor den ene af kontrahenterne præsumptivt er en svag part, kan den offentlige retlige regulering begrænse aftalefriheden, hvorfor disse dele af den offentlige retlige regulering kan have interesse i et kontraktøkonomisk perspektiv. De retsområder, der normalt henregnes til den offentlige ret, når der ses bort fra procesret, synes umiddelbart meget svært anvendelige i en kontraktøkonomisk sammenhæng, da retssubjekterne ikke er kontrahenterne i en kontrakt.<sup>35</sup>

I udfærdigelsen af projekter og afhandlinger vil en kombination af retsøkonomi og retsvidenskabelig metode med fordel kunne anvendes.

---

<sup>33)</sup> F.eks. Hanne Søndergaard Birkmose, Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv, 2003; Christina Tvarnø, Skattemæssigt underskud i selskaber i EU – En komparativ retsøkonomisk analyse, 2001; Paul Krüger Andersen, Studier i Dansk Koncernret, 1997; Jens Fejø, Monopolret og Marked, 1995, Thomas Riis, Ophavsret og retsøkonomi, 1996, Jan Schans Christensen, Contested takeovers in Danish Law, 1991; Ulf Görenson, Kolliderende standardavtal, 1988, Erik Runesson, Rekonstruktion av ofullständiga avtal, 1996; Johnny Herre, Erstatninger i körbätten, 1996.

<sup>34)</sup> Der kan selvsagt ikke ses bort fra, at en virksomhed i økonomisk henseende spekulerer i ikke at overholde den offentlig retlige regulering, som f.eks. konkurrenceretten ud fra et synspunkt om at den i hvert fald kortsigtede økonomiske gevinst overstiger omkostningerne ved den offentlig retlige sanktionering. Udgangspunktet i nærværende artikel er, at virksomheden overholder den offentlig retlige regulering.

<sup>35)</sup> Til den offentlige ret henregnes normalt statsforfatnings-, forvaltnings-, straffe-, folke- og procesret, jf. Jens Evald, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udg., 2000, side 4. Procesretten indeholder bestemmelser, som giver kontrahenterne adgang til at aftale, hvilken domstol, der har den stedlige kompetence. Se eksempelvis Domsforordningens art. 23.

Under titlen "Fald på normale gangarealer – En retsøkonomisk analyse af arbejdsmiljøretten i et erstatningsretligt perspektiv"<sup>36</sup> foretages der i en kandidatafhandling på cand.merc.jur. studiet med udgangspunkt i arbejdsmiljølovens<sup>37</sup> § 42 en retsdogmatisk analyse af arbejdsgiverens ansvarsgrundlag for arbejdsstedets indretning og den erstatning og godtgørelse som arbejdstageren kan opnå som følge af tabt arbejdsfortjeneste, erhvervsevnetab, svie og smerte, varige mén og helbredelsesudgifter. Den retsdogmatiske analyse efterfølges af en retsøkonomisk analyse baseret på Steven Shavell<sup>38</sup> med henblik på at analysere og vurdere, hvorvidt retstilstanden inden for dette retsområde kan karakteriseres som Kaldor-Hicks efficient.<sup>39</sup> Det konkluderes i afhandlingen, at retstilstanden ikke kan anses som Kaldor-Hicks efficient.

Forud herfor fremfører forfatterne en række forslag til, hvorledes lovgivningen kan ændres med henblik på at skabe en Kaldor-Hicks efficient retstilstand. En sådan tilgang kan karakteriseres som en retspolitisk tilgang. Blandt forslagene er en ændring af ansvarsgrundlaget for arbejdsgiveren fra et culpa ansvar til et objektivt ansvar, at der i lovgivningen differentieres mellem risikoneutrale og risikoaverse arbejdsgivere i forhold til arbejdsskadesikringsloven,<sup>40</sup> hvor præmiefastsættelsen skal ske på mere individuelt niveau, egen skyld vurderingen hos arbejdstageren i forbindelse med arbejdsskader ændres, så den ikke er så lempelig som på nuværende tidspunkt.

Ud over den mere akademiske interesse for at integrere retsøkonomi og retsvidenskab har ovennævnte type af afhandling også et bredere perspektiv, idet denne integrerede anvendelse af samfundsvidenskabelige discipliner kan danne grobund for fremtidig lovgivning, som øger den samlede samfundsmæssige velfærd. På denne baggrund synes det oplagt, at retsøkonomi indgår i det lovforberedende arbejde, når det er relevant. Heraf følger, at retsøkonomi kan indgå som en del af den retspolitiske metode.

---

<sup>36)</sup> Utrykt kandidatafhandling på cand.merc.jur. studiet udfærdiget af Marlene L.B. Madsen og Peter Andersen 2003.

<sup>37)</sup> Lovbekendtgørelse nr. 784 af 11. oktober 1999 om arbejdsmiljø.

<sup>38)</sup> Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987, side 1 – 262.

<sup>39)</sup> Se om dette efficiensbegreb Agnete Raaschou Nielsen og Nicolai Juul Foss, *Indledning til Rets- og Kontraktøkonomi*, side 14, hvor forfatterne anfører, at dette er det sædvanlig anvendte efficiensbegreb i retsøkonomiske studier.

<sup>40)</sup> Lovbekendtgørelse nr. 943 af 16. oktober 2000 om sikring mod følger af arbejdsskade.

### 4.3. Erhvervsjuridisk metode

Juridisk metode omfatter som nævnt retsdogmatik, komparativ retsdogmatik, retshistorie, retssociologi og retspolitik. Når der ses bort fra den retspolitiske metode er juridisk metode, som nævnt i hovedsagen, karakteriseret ved at være aktørforudsætningsuafhængig, og på det abstrakte plan opereres der ej heller med bestemte markedsforudsætninger. Derved er det metodiske udgangspunkt i retsvidenskaben anderledes funderet end økonomisk teori.

Der opereres ikke i juridisk metode med en problemejer eller en på forhånd fastlagt problemejer. Ud fra den anvendte juridiske metode skal et nærmere fastlagt retsområde/forhold beskrives og analyseres.

I den erhvervsjuridiske metode er problemejeren fastlagt ved at være en given virksomhed. Derved adskiller den erhvervsjuridiske metode sig fra retsøkonomien, hvor analyseniveauet er på et samfundsmæssigt niveau. Der er således tale om en aktør, der opererer på et marked med nærmere fastlagte aktørforudsætninger. Retsøkonomi er derfor i metodisk sammenhæng forskellig fra erhvervsjuridisk metode og er derfor ikke en del af denne erhvervsjuridiske metode. Kontraktøkonomien kan derimod anses som en del af den erhvervsjuridiske metode under forudsætning af, at synsvinklen i kontraktøkonomien er virksomhedens.

Retsdogmatikken, nationalt som komparativt, er efter min vurdering helt central i anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode.<sup>41</sup> Retshistorie må i et virksomhedsperspektiv ikke anses for at spille en større rolle. Retssociologi kan næppe anses for udelukket i anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode; f.eks. i forbindelse med undersøgelsen af, hvorledes kontrahenter reagerer som følge af en bestemt kontraktadfærd.

Fastlæggelsen af gældende ret anvendes i den erhvervsjuridiske metode som et grundlag for beslutningstagning i en virksomhed. Der foreligger ikke i Norden efter de foreliggende oplysninger afhandlinger, hvor den erhvervsjuridiske metode finder anvendelse.

Retsdogmatikken kan derfor anskues som grundstenen i den erhvervsjuridiske metode. Retsdogmatikken kan imidlertid ikke stå alene som det metodiske fundament i den erhvervsjuridiske metode. Hvis den erhvervsjuridiske metode skal have et selvstændigt videnskabeligt indhold, der rækker videre end den rets-

---

<sup>41)</sup> Til støtte for dette synspunkt, se Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 7. udg., 2002, side 229 og Børge Dahl, *Erhvervsjura i et markedsøkonomisk perspektiv*, 7. udg., 2002, side 29 og Peter Møgelvang-Hansen, *Forbrugerret og Erhvervsret – To sider af samme sag*, Julebog 2000, Juridisk Institut, side 215.

dogmatiske metode, må der ske en inddragelse af økonomiske modeller og teorier i et samspil med retsdogmatikken.<sup>42</sup> I den erhvervsjuridiske metode inddrages derfor økonomiske modeller og teorier i et samspil med de foreliggende oplysninger om gældende ret for derigennem at minimere negative eksternaliteter og profitmaksimere eller opnå rents i et fremadrettet præventivt perspektiv; en ex-ante tilgang som økonomer vel ynder at beskrive en sådan situation.

Den erhvervsjuridiske metode er derfor som metode problemorienteret<sup>43</sup> med udgangspunkt i en eller flere juridiske og økonomiske problemstillinger set fra virksomhedens synsvinkel, hvor der skal foretages et eller flere valg med henblik på at optimere i økonomisk henseende og minimere risikoen for retskonflikter, men også med henblik på at bruge juraen som et styringsinstrument.<sup>44</sup> Der kan dog ikke ses bort fra, at en virksomhed konsekvent vil retsforfølge for at hindre, at andre virksomheder potentielt som aktuelt krænker virksomhedens rettigheder, f.eks. en ophavsret, også selv om der kan være tvivl om, hvorvidt der kan være en forventning om at opnå medhold ved domstolene. Dette kan i forhold til potentielle krænkere have en præventiv effekt.

I den erhvervsjuridiske metode er sondringen mellem offentlig ret og privatret af betydning. Virksomheden skal per se efterleve de offentlige retlige regler, hvorfor den erhvervsjuridiske metode i den henseende ikke synes at have den store relevans. I forhold til omverdenen er det velsagtens mest af alt et spørgsmål om reputationseffekter for det tilfælde, at virksomheden hænges ud i pressen ved ikke at overholde de offentlige retlige regler, som eksempelvis konkurrenceloven.

Anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode må derfor som udgangspunkt anses for særdeles begrænset i relation til de offentlig retlige regler for så vidt angår anvendelse inddragelsen af økonomiske modeller og teorier, jf. dog nedenfor om den strategiske anvendelse af juraen i forbindelse med e-handelsdirektivet.

---

<sup>42)</sup> Børge Dahl, Erhvervsjura i et markedsøkonomisk perspektiv, 7. udg., 2002, side 28 anfører: *"Mens den traditionelle juridiske metode rendyrker juraen som middel til løsning af foreliggende tvister, består den erhvervsjuridiske metode i på forhånd at integrere juraen med en virksomheds øvrige styringsredskaber, således at virksomheden alt taget i betragtning disponerer optimalt..."*

<sup>43)</sup> Til støtte for dette synspunkt, se Peter Møgelvang-Hansen, Forbrugerret og Erhvervsret – To sider af samme sag, Julebog 2000, Juridisk Institut, side 214.

<sup>44)</sup> Børge Dahl, Erhvervsjura i et markedsøkonomisk perspektiv, 7. udg., 2002, side 29: *"Det er med henblik på en sådan anvendelse af juraen, at der er behov for udviklingen af en præventivt orienteret retsvidenskab – i relation til erhvervsvirksomhed for en jura tilpasset den erhvervsjuridiske virksomhedsstyring".*

Inden for privatretten må der henses til, hvorvidt reglerne er deklaratoriske eller præceptive. De præceptive bestemmelser skal per se overholdes, hvorfor der ikke i den sammenhæng overlades virksomheden eksplicitte muligheder for at inddrage økonomiske modeller og teorier. Såfremt der er tale om beskyttelsespræceptive bestemmelser, kan der vel ikke ses bort fra, at en fravigelse heraf kan være en konkurrenceparameter.<sup>45</sup>

Nedenfor gives der under henholdsvis punkt 4.3.1 og 4.3.2. eksempler på den mere praktiske anvendelse af den erhvervsjuridiske metode i forhold til offentlig ret og privatret.

#### **4.3.1. Erhvervsjuridisk metode og offentlig ret**

Selv om den erhvervsjuridiske metode må anses at have en begrænset betydning i forhold til den offentlig retlige regulering,<sup>46</sup> er det dog ikke udelukket, at en virksomheds strategiske beslutninger kan være påvirket af den offentlig retlige regulering. I et virksomhedsperspektiv kan det vel gøres gældende, at kendskabet til og efterlevelsen af de offentlig retlige regler kan betragtes som transaktionsomkostninger for overhovedet at kunne agere på et givet nationalt marked, og at efterlevelsen heraf kan give virksomheden et positivt omdømme. Samspillet mellem erhvervsjuridisk metode og offentlig ret har derfor først og fremmest betydning derhen, at den offentlige retlige regulering kan ses som en begrænsning i de muligheder som økonomiske modeller og teorier giver virksomheden med henblik på at realisere dennes målsætning om profitmaksimering. Dermed er erhvervsjuridisk metode ikke nødvendigvis knyttet til, at der foretages en retsdogmatisk analyse først efterfulgt af økonomiske modeller og teorier. Det kan meget vel tænkes, at den offentlige retlige regulering indskrænker den virksomhedsbeslutning, der ellers havde været optimal.

Antag, at en given virksomhed etableret i Danmark overvejer at iværksætte traditionel distribution af sin produktportefølje i de øvrige medlemsstater i EU. Såfremt der foretages sekundære etableringer i de øvrige medlemsstater i EU, vil de enkelte datterselskaber i de respektive medlemsstater skulle overholde de nationale offentlig retlige regler i de lande, hvori der udøves virksomhed. De

---

<sup>45)</sup> På bilmarkedet har konkurrencen på konsumentvaremarkedet bevirket, at forbrugers retsstilling ofte er langt bedre, end hvad der fordres efter købeloven, hvorfor salgsbetingelserne kan karakteriseres som garantier. I forhold til de beskyttelsespræceptive regler bliver anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode vel begrænset til markedsføringsmæssige overvejelser.

<sup>46)</sup> Sondringen mellem offentlig ret og privatret eksisterer ikke i common law.

omkostninger, der er forbundet med at få det fornødne kendskab til national offentlig ret i de enkelte medlemsstater er vel næppe ubetydelige.

I et strategisk perspektiv, og velsagtens særligt ud fra en omkostningsstrategi, bør virksomhedsledelsen overveje, at distributionen sker som elektronisk handel.<sup>47</sup> Efter e-handelsdirektivets<sup>48</sup> art. 3 gælder der et afsenderlandsprincip, hvorefter virksomheden skal overholde national ret i den medlemsstat, hvori virksomheden er etableret. Bestemmelsen i art. 3 kan fortolkes som en international offentlig retlig regel, hvorefter virksomheden "udelukkende" er forpligtet til at overholde de nationale offentlig retlige regler i etableringslandet, da der efter art. 3, stk. 2 gælder et princip om gensidig anerkendelse. Hvorvidt bestemmelsen i art. 3 endvidere kan fortolkes som en international privatretlig regel er omdiskuteret.<sup>49</sup>

Indførelsen af afsenderlandsprincippet i forbindelse med elektronisk handel (informationssamfundstjenester) bør derfor give anledning til strategiske overvejelser om valg af distributionskanal, særligt for de virksomheder, der endnu ikke har foretaget en sekundær etablering. Den offentlige retlige regulering kan derfor under visse omstændigheder have strategiske implikationer, der indebærer en anvendelse af den erhvervsjuridiske metode.

Foruden at den nationale offentlig retlige regulering i medlemsstaterne kan have betydning for virksomhedens etablering må det i et privatretligt perspektiv indtages, hvor virksomheden bør etableres i et selskabsretligt perspektiv, idet der kan være knyttet fordele til etablering i en medlemsstat frem for en anden. Dette betegnes også som konkurrence mellem retssystemer.<sup>50</sup> Fastlæggelsen af hvor en virksomhed etableres kan derfor have strategisk betydning for virksomheden, som følge af den offentlig retlige og privatretlige regulering.

---

<sup>47)</sup> Se nærmere Kim Østergaard, Elektronisk Handel og International Proces- og Privatret – En komparativ analyse af retten i USA og EU, 2003, side 18 ff. for en nærmere begrebsafklaring.

<sup>48)</sup> Jf. 2000/31/EF.

<sup>49)</sup> Se nærmere herom Ruth Nielsen, E-handelsloven – privatretlig og/eller offentligretlig lov, Julebog 2002, Juridisk Institut, side 225 – 251, Ruth Nielsen, U 2003.67 og Kim Østergaard, Elektronisk Handel og International Proces- og Privatret – En komparativ analyse af retten i USA og EU, 2003, side 301 ff.

<sup>50)</sup> Se nærmere herom Hanne Søndergaard Birkmose, Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv, 2003.

### 4.3.2. Erhvervsjuridisk metode og privatret

Som nævnt under punkt 4.3. har den erhvervsjuridiske metode først og fremmest betydning, hvor de privatretlige er deklatoriske, idet virksomheden i en sådan situationer kan have mulighed for inddrage og dermed integrere økonomiske modeller og teorier med henblik på en integreret anvendelse af juraen og økonomien som et styringsredskab for virksomhedens aktiviteter.

Kontraktøkonomien er efter min vurdering en del af den erhvervsjuridiske metode, såfremt synsvinklen er virksomhedens. Den rette koncipering af kontrakter har implikationer såvel økonomisk som juridisk, selv om en kontrakt blot kan betragtes som et middel til at gennemføre en transaktion, hvor kontrahenternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser fastlægges.<sup>51</sup> Hvem af kontrahenterne, der affatter kontrakten, der indbyrdes styrkeforhold, rationalitetsniveau, kontraktens realydelse m.v. har væsentlig betydning for, hvorledes kontrakten udformes.

Det grundlæggende spørgsmål er herefter, hvorledes økonomiske modeller og teorier kan inddrages og integreres i den måde, hvorpå kontrakten konciperes. I en nyere kandidatafhandling<sup>52</sup> på cand.merc.jur. studiet er målsætningen med afhandlingen at udfærdige en kontraktstyringsmodel med henblik på at minimere virksomhedens transaktionsomkostninger. Udgangspunktet i fremstillingen er, at realydelserne, der gøres til genstand for omsætning på markedet, til stadighed bliver mere og mere komplekse, hvorfor baggrundsretten ved aftalesupplering ikke nødvendigvis imødekommer kontrahenternes krav. Dette nødvendiggør enten den formåede retsdannelse; dvs. modernisering af lovgivningen eller kontrahenterne tager højde herfor i kontraktkonciperingen. Dette indebærer dog samtidig transaktionsomkostninger, som virksomheden skal økonomisere med. I afhandlingen er udgangspunkt i økonomisk henseende den af Brosseau uarbejdede "kontraktgrammatik", der således anvendes med henblik på at opstille en mere generel model for, hvorledes en virksomhed i et juridisk som økonomisk perspektiv skal konciperer kontrakter.<sup>53</sup>

---

<sup>51)</sup> Højesteret i USA anførte i sagen *Burger King Corporation v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 105 S.Ct. 2174 (1985) om kontraktens funktion følgende: "*Instead, we have emphasized the need for a highly realistic approach that recognizes that a contract is ordinarily but an intermediate step serving to tie up prior business negotiations with future consequences which themselves are the real object of the business transaction.*"

<sup>52)</sup> Anders Melgaard, Mikkel H. Hove og Christian Oluf Thaulow, *Opstilling af en kontraktstyringsmodel*, Handelshøjskolen i København, 2002.

<sup>53)</sup> Eric Brosseau, *Contracts as Modular Mechanisms: Some Propotions for the Study of Hybrid Forms*, *International Journal of the Economics of Business* 2, 1995, side 409 – 439.

## **5. Konklusion**

Anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode er ingenlunde enkel, idet udøvelsen heraf forudsætter, at udøver er i stand til at anvende såvel juridisk som økonomisk metode med de forudsætninger, der er givet herfor. Den erhvervsjuridiske metode er tværdisciplinær, hvilket bidrager til den samfundsvidenskabelige forskning hver gang, idet en kombination af jura og økonomi forudsætter en selvstændig videnskabelig indsats.

I et virksomhedsperspektiv vil en stadig stigende og bevidst anvendelse af den erhvervsjuridiske metode kunne bidrage til, at virksomhedsbeslutninger træffes på et bedre og dermed mere kvalificeret grundlag, hvorved virksomhedens indtjening og konkurrenceevne kan forbedres.