

Juridisk Institut

Julebog 2004



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2004

Juridisk Institut
Julebog 2004
1. udgave, 1. oplag

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004

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 2004
ISBN 87-574-1187-5
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@djoeef.dk
www.djoeef-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 2004
Peter Møgelvang-Hansen
Instituttleder

Indholdsfortegnelse

Er reglerne om stillingsfuldmagt utidssvarende af professor, lic.jur. Lennart Lyng Andersen	9
Beskatning af immaterielle aktiver - en oversigt af lektor, Jakob Bundgaard	29
Den nye EU-konkurrenceregulering med lovgivning gennem meddelelser - fremskridt, retlig sikkerhed, eller blot komplicerethed af professor, dr.jur. Jens Fejø	57
Standaraftaler - Muligheder og risici af adjunkt, Ph.d., Kim Frost	67
Should Facts be Bought and Sold? af Robin Elizabeth Herr	85
IT-kontrakter af adjunkt, Ph.d., Søren Sandfeld Jakobsen	111
A Vision of a Global Commercial Contract Code af professor, dr.jur. Ole Lando	129
Når en virksomhed ikke er en virksomhed af lektor, ph.d. Ulla Neergaard	145
Udkastet til global domskonvention af lektor, ph.d. Peter Arnt Nielsen	189
Overladelser af suveræniteten på skatteområdet af forskningsassistent, cand.jur. Karin Skov Nilausen	209
Labour versus the WTO: the clash between economic, international law, and labour law theories af lektor, ph.d. Lynn Roseberry	227

Krav ved kontraktophør i vesteuropæiske agenturforhold af docent, cand.jur. Elisabeth Thuesen	249
Erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler af lektor, ph.d. Steen Treumer	265
Information Requirements and Mobile Commerce in the European Union af kandidatstipendiat, cand.merc.jur. Jan Trzaskowski	277
Offentlig-Private Partnerskaber af lektor, ph.d. Christina D. Tvarnø	297
Periodisering af skattepligtige indtægter ved salg af varer af professor, dr.jur. Niels Winther-Sørensen	317
Aftalelovens anvendelighed på indgåelsen af elektroniske kontrakter af adjunkt, ph.d. cand.merc.jur. Kim Østergaard	329

Hvad må en ledende (bank)medarbejder love kunderne?

- Er reglerne om stillingsfuldmagt utidsvarende?

Lennart Lynge Andersen
Center for kreditret og kapitalmarkedsret

1. Oversigt og tema

1.1.

Fuldmagtsretten er den praktisk vigtigste del af mellemmandsretten, hvor de primære aftaleparter (sælger og køber m.v.) i aftaleprocessen suppleres af en person, der handler på deres vegne. Fuldmagtslæren er et af formuerettens klassiske emner, som man aldrig bliver færdig med. Emnet er per tradition funderet i privatretten, men der er overlapninger til den offentlige ret, herunder processen. Fuldmagtsreglerne udgør foruden dets selvstændige område et væsentligt supplement til selskabsrettens regler om *tegning og prokura*. Regelsættet blev kodificeret i den fællesnordiske aftalelove fra (for Danmarks vedkommende) 1917, og loven har vist sig forbavsende resistent trods forslag i faglitteraturen om forandringer. De bærende principper står der stadig. Det kan eksempelvis konstateres, at fuldmagtskapitlet ikke er blevet ændret siden 1917, bortset fra nogle konsekvensændringer som følge af værgemålsloven i 1995 og dødsboskiftereformen i 1996. Der er skrevet om fuldmagt gennem århundreder, men realiteten er dog - og er vist almindelig erkendt -, at *Henry Ussing* lagde sig meget tungt på emnet, og at det skete i en form, der tog luften ud af de fleste. Enkeltreglerne hviler stadig på det fællesnordiske samarbejde, hvor *Julius Lassen*, *Fredrik Stang* og *Tore Almén* var hovedaktørerne, men i teorien er man ikke nået meget videre siden *Ussings* artikel i TfR 1930 s. 1 ff, hvor han satte nogle ganske kraftige spørgsmålstejn ved ideologien og forarbejderne bag aftalelovens regulering.

Denne robusthed kan skyldes flere ting. Det kommer i betragtning, at man i alle tre lande var indstillet på, at en del af udfyldningen af fuldmagtskapitlet (og fuldmagtsproblemer i det hele taget) måtte overlades til domstolene, men en del af forklaringen kan findes i, at Justitsministeriet i mange år kun nødtørftigt har gennemført lovgivning på formuerettens område¹ og at dette normalt kun sker, hvis det er tvingende, det vil navnlig sige, når EU-retsakter skal implementeres. Et "serviceeftersyn" af gamle love er næsten ukendt uden for retspleje- og straffelovenes rammer, og de "skandalesager", der på andre felter fører til politiske reaktioner og eventuel lovgivning, falder ikke på formuerettens område. Aftaleloven er så vigtig og så omfattende i sin betydning, at et permanent aftalelovråd ikke ville være en unaturlig tanke, men man skal ikke forvente denne tanke født i mandarinregie.

1.2.

Det kan også skyldes, at der ikke er behov for ændring. Dette synspunkt har ikke støtte i eksempelvis drøftelserne på De Nordiske Juristmøder, hvor emnet flere gange været drøftet. Hos *Folke Schmidt*² hedder det følgende:

"Min kritik i avdelning C om avtalslagens fullmaktsregler är egentligen densamma som kritiken mod 1 kap. avtalslagen. 2. kap. avtalslagen ger en någorlunda fyllig reglering endast av en enda fullmaktstyp, nämligen det slag av fullmakt som i sig utgör en viljeförklaring, närmast då den skriftliga fullmakten. Allt annat är styvmoderligt behandlat eller helt obeaktat. Man borde här kunna tala om realfullmakter ungefär på samma sätt som man talar om realhandlingar som rättsgrundande element."

Forfatteren uddybede sin kritik i rapporten til mødet (Bilag 7 s. 14-17), hvor han efter at have konstateret, at aftalelovene kender to slags fuldmagt, *den selvstændige fuldmagt* og *opdragsfuldmagten* peger på *Henry Ussings* og *Kurt Grönfors'* kritik. Det hedder, at »Föreställningen att fullmakten alltid är en viljeförklaring riktad till tredje man färgar lagtexten ...« Ved en revision bør man derfor finde en terminologi, der er bedre egnet til at beskrive retsreglerne, og samtidig kunne man overveje at gruppere stoffet på en anden måde. *Folke Schmidt* peger tillige på, at man i retspraksis har anerkendt nye fuldmagtstyper i erkendelse af, at der er andre aftalebegrundende fakta end viljen. Her nævnes dommene *NJA 1943.316* og *NJA 1950.86*, og generelt hedder det:

»Lagens författare har arbetat med ett trångt tankeschema. Vad som fallit utanför

¹) Små. *Mogens Koktvedgaard* i U 2000 B s. 1 ff.

²) Forhandlingerne på Det 24. Nordiske Juristmøde (1966) s. 185 f.

detta har man försummit att beakta. Liksom vid uppkomsten av avtal har man vid fullmakt att tillägga rättsverkan även åt realhandlingar. Om man utgår från huvudindelningen självständig fullmakt - uppdragsfullmakt av annat slag, den senare lämpligen benämnd *realfullmakten*. Av de många skiftande företeelser som faller under detta begrepp har lagstiftaren endast beaktat en, nämligen ställningsfullmakten. Däremot innehåller lagen ingenting om vad Grönfors kalat toleransfullmakt och kombinationsfullmakt. Vidd ett blivande reformarbete bör man taga upp till samlad bedömning frågan när en realfullmakt skall anses vara för handen och vilka rättsverkningar som bör knytas till denna.»

Flere talere på mødet beskæftigede sig med fuldmagt, herunder navnlig *Stig Jørgensen*, der var udpeget som korreferent. Han udvidede området for revision til også at omfatte kommissionsloven og generelle mellemmandsregler og udtalte støtte til kritikken (s. 193), bl.a. fordi praksis var

»gået videre end ordlyden og motiverne og har anerkendt fuldmagtsvirkninger, hvor nogen ved sine handlinger og undladelser har givet trediemand føje til at regne med, at hovedmanden vil være forpligtet. Grönfors har især fremdraget passiviteten som et vigtigt retsfaktum ved siden af fuldmagtserklæringen og stillingsfuldmagten. Grönfors har også peget på betydningen af i et vist omfang at antage fuldmagtsvirkninger med forpligtende virkning for den, der i egen interesse benytter hvad der på svensk kaldes en »bulvan«, som optræder i eget navn. Engelsk ret har også en ganske anden principiel løsning på problemet om »the undisclosed principal« end skandinavisk rets regler om kommission.»

Emnet blev senere taget op af *Torgny Håstad* på Det 32. Nordiske Juristmøde (1990), navnlig Del I s. 272 f.

1.3.

Hvis man skal søge at filtrere problemerne, er der efter min bedømmelse grundlag for følgende (og det må antages at gælde alle de nordiske lande):

- Man har siden 1910'erne kunnet leve med den "baglæns regulering", d.v.s. at aftalelovene kun regulerer tilbagekaldelse af fuldmagt.
- Bortset fra de punkter, jeg nævner nedenfor, må det reelt antages, at fuldmagtsretten i al væsentligt kan leve uden (yderligere) lovindblanding. Der er (i alle landene) meget få retssager om fuldmagtsforhold, bortset fra stillingsfuldmagten (§ 10, stk. 2) og *det der ligner* - det vil navnlig sige

adfærdsfuldmagten (tolerance/kombinationsfuldmagt). I Sverige har Högsta Domstolen inden for de seneste år afsagt tre principielle domme (og alle inden for den finansielle sektor), og også den øvrige internationale udvikling taler for at se på disse typer, som allerede *Folke Schmidt* som nævnt var inde på i 1960.

- Der synes at være behov for at se nærmere på forholdet mellem fuldmagtsretten og selskabsrettens regler om tegning.
- En fuldmægtig er *mellemmand*. Fuldmægtigen er først og fremmest karakteriseret ved, at han kan foretage retshandler - aktivt eller passivt - for fuldmagtsgiver (hovedmanden). Han har kun én herre og skal følge dennes instrukser. Situationen i dag er, at der er dukket en række nye mellemmandstyper op i de seneste 30-40 år, som på en række punkter "ligner" fuldmægtigen, men hvor det hverken er klogt eller muligt at overføre fuldmagtsreglerne. Dette gælder eksempelvis mæglerne, selv om dette ikke er et entydigt begreb. Handelsagenterne har fået deres egen lovregulering.
- Der må ligeledes antages at være behov for at se nærmere på de spørgsmål, det rejser, at offentlige myndigheder - navnlig kommunerne - i vore dage har aktiviteter, der ikke var kendt (eller lovlige) tidligere, og som bryder de traditionelle grænser mellem den offentlige ret og privatretten.

Der er således nok at tage fat på på fuldmagtsområdet, og i denne artikel *indleder* jeg en undersøgelse af stillingsfuldmagten (§ 10, stk. 2) og *det der ligner*.

2. Den svenske udvikling

2.1.

Den seneste udvikling i svensk ret (hvor litteraturen om navnlig stillingsfuldmagt er langt mere intensiv end i Norge og Danmark) repræsenteres af tre domme fra

Högsta Domstolen (HD) fra 2001 og 2002.³ De vedrørte alle banksektoren - og den såkaldte bankkrise i begyndelsen af 1990'ne - og problemet i sagerne var kort og godt, om en person i det højere bankhierarki havde stillingsfuldmagt inden for sit område. Der er en række teoretiske kommentarer til dommene, der synes at have overrasket svenske jurister. Inden da havde man givetvis levet med en forestilling om, at stillingsfuldmagt ikke indtog nogen fremtrædende placering i bankverdenen. Jeg kan måske ikke helt følge kritikken af de to første domme.

I *NJA.2001.191 HD (I)* var A&L Fastighetsutveckling (stor)kunde i Nordbanken. En forretningsmand, Jan A., var en af interessenterne i byggevirksomheden, hvis likviditet var anstrengt. En række forhandlinger med banken resulterede bl.a. i, at Jan A. i juli 1991 påtog sig kaution for virksomhedens gæld. Kautionen var for alle mellemværender, men begrænset til 1 mio. kr. plus renter. Kautionen blev op-sagt i 1992, og virksomheden trådte i konkurs i 1993.

Gyldigheden af kautionen som sådan var ikke omtvistet, men Jan A. gjorde gældende, at han og bankens "ställföreträdande regionchefen" havde aftalt, at kautionen kun skulle løbe i 3 måneder. Bankmanden forklarede herom, at der var tale om en meget turbulent tid⁴, hvor han for nylig var tiltrådt i embedet, men at han ikke kunne huske, om han var gået med til dette vilkår. Han sagde samtidig, at det var hans opfattelse, at kautionen skulle afløses gennem sikkerhedsstillelse af fast ejendom (hvilket aldrig skete). Endelig bar han ved til bålet ved at udtale, at hans stilling i banken efter hans mening var sådan, at banken accepterede de aftaler, han indgik for bankens regning.

Byretten gav Jan A. medhold på grundlag af parts- og vidneforklaringerne og tilføjede yderligere, at der ikke var givet nogen forklaring på, at der ikke skete en fortsat sikkerhedsstillelse. Samme resultat nåede landsretten til under direkte fremhævelse af, at regionschefen gennem sin stilling i banken havde en sådan be-myndigelse, at hans aftale med kautionisten var bindende for banken. Her var der altså tale om, at aftalelovens § 10, stk. 2, fandt anvendelse.

For Højesteret gjorde kreditor (banken) alene gældende, at regionschefen ikke havde stillingsfuldmagt. Der blev indhentet en udtalelse fra den svenske bankforening, der bl.a. udtalte:

»... Vid tiden för ingåendet av den aktuella borgensförbindelsen återfanns bestä-melsema om firmateckningsrätt i bankaktiebolagslagen (1987:618). Dessa bestäm-

³⁾ Smh. *NJA 2001.191 HD (I og II)* samt *NJA 2002.244 HD*

⁴⁾ Dette fremhæves i flere kommentarer til afgørelserne, men det er vel et spørgsmål, hvad oplysningen fører til. Det kan vel ikke være kundernes problem?

melser gällde enbart styrelseledamöter och särskilt utsedda firmatecknare. I kommentarer till bankaktiebolagslagen anfördes att regler om andra representanter för banken, t.ex. anställda med ställningsfullmakt, återfanns i annan lagstiftning. Härmed torde ha avsetts avtalslagens regler om fullmakt och särskilt 10 § 2 st. avtalslagen om ställningsfullmakt. Av handlingarna framgår att Peter E. var ställföreträdande regionschef i Nordbanken och tillika vice verkställande direktör i banken. ...

Inom bankväsendet är det vanligt förekommande att avtal och överenskommelser ingås för bankens räkning av anställda som genom sin ställning inom banken enligt sedvänja anses ha rätt att självständigt träffa för banken bindande överenskommelser. *Verksamhetens behöriga gång inom bankväsendet får anses vara beroende av att överenskommelser kan träffas på nämnda sätt* [min fremhævelse]. Peter E. måste anses ha haft en sådan position inom banken att han ägt ställningsfullmakt och därmed varit behörig att träffa den aktuella muntliga överkommelsen om villkoren för borgensförbindelsen.«

Den svenske Højesteret lægger sig op ad denne brancheudtalelse, idet man i præmisserne udtaler, at en bankansat i en chefstilling, der indgår aftaler på bankens vegne, ofte har tilstrækkelig bemyndigelse gennem sin stilling og uanset modstående interne regler i banken, til at binde banken. En særlig grund til at fortolke bemyndigelsen forholdsvis vidtgående er, at det for en bankkunde ofte vil være forbundet med betydelige vanskeligheder at skaffe sig kendskab om bankens interne fordeling. Højsta Domstolen henviser herved til Bankforeningens udtalelse. Regionschefen ansås at have en høj stilling i banken, og det var hans opgave at foreslå kautionsaftalen. Herved lå det også i hans bemyndigelse at drøfte med kunden, hvilke indvendinger denne havde mod den foreslåede tekst, og der var intet, der tydede på, at han ikke havde denne bemyndigelse. Kunden var derfor i god tro.

I *NJA 2001.191 (II) HD* vedrørende samme bank var spørgsmålet kort og godt, om chefen for bankens kontor i en filial i Stockholm (med titel af direktør?) havde haft bemyndigelse til at indgå en aftale, hvorefter banken ikke ville kræve yderligere sikkerhed ud over en nærmere præciseret ejendom. Aftalen var kort tid efter bekræftet skriftligt, underskrevet af en kreditchef og en anden ansat i banken. Byrettens og landsrettens domme blev afsagt før dommen i sag (I); byretten frifandt banken, (navnlig) da der ikke forelå lov eller grundlag i sædvane for at statuere stillingsfuldmagt. Byretten tilføjede - med "lånte" ord - at

»Institutet ställningsfullmakt avser schablonartade och i det dagliga livet ofta upprepade rättshandlingar, under det att ovanliga och mera omfattande rättshandlingar har fullmaktsdokumentet som sit naturliga instrument.«

For landsretten gjorde bankkunden lidt tydeligere gældende, at direktøren havde

haft stillingsfuldmagt, og det gjordes yderligere gældende, at i »vart fall har s.k. kombinations- eller toleransfullmakt förelegat.« Ingen af disse anbringende bar frem, men landsretten fandt dog anledning til at udtale, at man havde været meget nær (!) en stillingsfuldmagt. Kunden fik af flertallet medhold af andre grunde, idet disse dommere fandt, at den efterfølgende bekræftelse af aftalen var bindende for banken. Mindretallet tog afstand fra såvel stillingsfuldmagts- som kombinationsfuldmagtsanbringendet.

For Højesteret blev der påny afgivet en udtalelse fra Svenska Bankföreningen (og fra det svenske advokatsamfund, hvis udtalelse ikke er gengivet i dommen).⁵ Efter en redegørelse for sagsgangen i det "normale kreditliv" udtaler Bankforeningen, at en kunde må

»kunna fästa tilltro till de besked av olika art som dene får fra de personer inom banken som kunden uppfatter som ansvariga för det aktuella ärendet. Endast om det hade funnits anledning för kunden att känna beaktansvärd osäkerhet i fråga om dessa bankens företrädares befogenhet eller behörighet är det rimligt att kunden kontrollerar om formella förutsättningar för att träffa avsett avtal föreligger.«

Flertallet i Högsta Domstolen voterede for, at der var indgået en aftale mellem banken og kunden på grundlag af den agerendes stillingsfuldmagt. Disse dommere henviser til Bankforeningens udtalelser, til den bankansattes stilling, og fremhæver, at bemyndigelsen ikke alene omfatter adgang til at indgå en kredit-aftale med bindende virkning for banken, men også at udforme de enkelte vilkår og at ændre disse vilkår. Den aktuelle aftale kunne efter disse dommeres opfattelse ikke anses som usædvanlig.

En dommer dissenterede: Han pegede på den historiske udvikling af 10 § 2 st., hvor det afgørende har været, om der var udviklet en sædvane, der kunne angive grænserne for vedkommendes bemyndigelse. »... med en viss ställning följer, erfarenhetsmässigt och därmed objektivt, en klart avgränsad behörighet, som inte i det enskilda fallet kan varieras av huvudmannen.« Der var ikke grundlag for at statuere tolerance- eller kombinationsfuldmagt, og HD kunne ikke anses for bundet af afgørelsen i sag (I). Den sprogligt magtfulde dissens afsluttes med ordene:

⁵⁾ Endvidere påberåbte parterne sig responsa afgivet af 4 svenske, toneangivende jurister. Forholdene er således anderledes end i Danmark, se *U 1996.1293 H* og kritisk *Lennart Lyngé Andersen* og *Bernhard Gomard* i *U 1997 B* s. 231 ff. Norsk ret følger den danske, men man har - for at tingene ikke skal kunne misforstås - indsat et direkte forbud i tvistemålslovens § 197. Se om spørgsmålet også *Anders Agell* i *Rättsvetenskapliga Studier Tillägnade Carl Hemström* (De lege 1996) s. 1 ff.

»Utgångspunkten för domstolens bedömning bör i stället vara den uttolkning av rättsläget beträffande ställningsfullmakt som skett genom hittillsvarande rättspraxis.«

2.2.

Interessen for de to retssager har været stor i Sverige: Endog før Högsta Domstolens afgørelser blev de behandlet af *Göran Millqvist* i Festskrift till Ulf Bernitz (Juridisk Tidskrift 2001 s. 69) ff. Der er tale om en generel gennemgang af udviklingen i domspraksis på området for de to nævnte fuldmagtstyper. Han peger s. 78 i note 21, at forarbejderne til den (dagældende) svenske banklov udtrykkeligt fremhæver, at "højere bankembedsmænd" ikke har stillingsfuldmagt. På s. 73 hedder det - stadig før HD havde truffet afgørelse - vedrørende rekviritet sædvane, at der ikke i de seneste 25 år er noget eksempel på, at Högsta Domstolen har anerkendt stillingsfuldmagt.

Rolf Dotevall har skrevet om dommene i JT 2001-02 s. 104 ff. Artiklen indeholder nogle bemærkninger om sædvane og synonymer for sædvane. Efter lovens mening skal handlingsmønstret være alment accepteret og have en vis geografisk spredning, s. 106. Han finder *raison d'être* i de to domme i, at kundens aftale var indgået med en person, der besad en chefstilling. At lade hovedmanden bære risikoen for alle ansatte er tiltalende gennem sin enkelthed, men herved varetages tredjemand interesser i for høj grad. Der bør stadig være omstændigheder, der peger på, at det er velbegrundet, at vedkommende har fuldmagt.

Endelig har *Lars Gorton* behandlet dommene i JFT 1/2002 s. 5 ff, navnlig s. 21 ff. De omtales i en meget intensiv artikel med udgangspunkt i, hvorledes kreditaftaler indgås i det praktiske liv og giver desuden et komparativt udblik. Forfatteren peger på, at mange aftaleretlige sager vedrører det sammenvævede spørgsmål, om en aftale er gyldig, og om der forelå stillingsfuldmagt e.l. De konkrete sager (I og II) vedrørte tilfælde, hvor der blev ændret på en bestående kreditaftale. Han fremhæver s. 21 de to udtalelser fra Bankforeningen og peger på, at de foretager en afvejning mellem behovet for et smidigt bankvæsen, og behovet for at interne instruktioner bliver fulgt. Han finder s. 23, at det er en "grannlaga uppgift" at forsøge at forstå, hvad der ligger i ordene »beaktansvärd osäkerhet« i Bankforeningens udtalelse. *Lars Gorton* har tydeligvis mere sympati for dissensen i sag (II), og generelt må hans kommentarer til dommene efter min bedømmelse forstås således, at *Lars Gorton* havde foretrukket en fortsættelse af den hidtidige praksis i svensk ret. Det ligger i hans artikel, at den gode tro skal kunne vurderes på grundlag af en objektiv vurdering, d.v.s. inden for rammerne af "sædvane" i § 10, stk. 2.

2.3.

I den tredje sag - *NJA 2002.244 HD* - var spørgsmålet, om en chef for en forholdsvis lille filial af en stor bank havde bemyndigelse til at udstede en anfordringsgaranti på 50 mio. SEK. (Det nærmere forretningsforhold er uden betydning i denne sag). Tingsrätten afviste dette, bl.a. under fremhævelse af, at det »måste nära nog framstå som en självklarhet att en enskild banktjänsteman vid ett bankkontor och utan firmateckningsrätt inte kan ikläda banken forpliktelser om mångmiljonbelopp.«⁶ Det "selvklare" stod dog ikke klart for Hovrätten,⁷ idet retten - efter at have overvejet tegningsreglernes betydning og udsteders stilling (»En banktjänsteman på hög nivå bör exempelvis i kraft av sin ställning kunna vidta mer långtgående åtgärder än en bankkassörska«) fastslog, at vedkommende medarbejder måtte antages at have bemyndigelse vedrørende de forhold, der faldt inden for den forretningsgruppe i banken, som han var chef for.

Dommens resultat blev imidlertid stadfæstet, da de tidsmæssige rammer for at trække på garantien antoges at være udløbet.

Herefter måtte Högsta Domstolen for tredje gang på få år tage stilling til fuldmagtsforholdene i bankverden. Den indstævnte bank var i mellemtiden blevet til en del af Nordea.⁸ Der foretages i dommens præmisser en intensiv gennemgang af fuldmagtsspørgsmålet. Det konstateres ubestridt, at bankmanden havde overskredet sin bemyndigelse, og det oplyses, at det pågældende kontor omsatte for ca. 250 mio. SEK per år. Efter en gengivelse af den svenske aftalelovs § 10, stk. 2, hedder det - nærmest som en teoretisk udredning - at

»Existensen av en ställningsfullmakt skulle med andra ord, när den påstås vara grundad på sedvänja, vara en utredningsfråga, där den som gör gällande att ställ-

⁶) *Lars Gorton* peger i JT 2002-03 s. 300 på, at tingsrättens skrivning kan forstås på flere måder, og at der i det hele taget er betydelig forskel på behandlingen (= dybden) i hovrätten.

⁷) Man får et tankevækkende billede af forholdene i den svenske bankverden i slutningen af 1980'ne, se navnlig dommen s. 248-249, hvor den garantiudstedende bankmand oplyser, at han selv mente, at han havde stillingsfuldmagt, og at hans kreditinstruktion gik ud på, at han på egen hånd kunne bevilge lån op til 500.000 SEK mod sikkerhed og op til 100.000 SEK uden sikkerhed. Virkede han som stedfortrædende kreditchef var rammen op til 2 mio. SEK. Regionsstyrelsen havde ikke indvendinger, når han havde overskredet sin bemyndigelse, idet »Man tänjde på gränsema eftersom man ville öka utlåningen, "låna bara ut", var det som gällde.«

⁸) For Högsta Domstolen var fremlagt responsa afgivet af to fremtrædende internationale(kredit)jurister, og retten henviser i dommen udtrykkeligt til disse udtalelser, se note 5 ovf. Jeg antager dog som mest nærliggende, at de pågældende responsa har relation til garantidokumentets gyldighed.

ningsfullmakt föreligger har bevisbördan. I HD:s praxis finns också åtskilliga rättsfall där ett påstående om allmän ställningsfullmakt inte godtagits, därför att det inte styrkts att den gängse uppfattningen är att huvudmannen måste infria förbindelsen (se t.ex. NJA 1985 s. 717 och 1990 s. 591).

Trots lagtexten torde förekomsten av ställningsfullmakt emellertid inte vara en ren bevisfråga. I rättspraxis finns fall där allmän ställningsfullmakt ansetts föreligga utan att behörigheten kunnat förankras i vare sig lag eller sedvänja men där en behörighet har betraktas som ändamålsenlig (se t.ex. NJA 1956 s. 656 samt Grönfors, Avtalslagen, 3. uppl. 1995 s. 120 f. och Ställningsfullmakt och bulvanskap, 1961 s. 151 ff. och 208). Denna utvidgning av den allmänna ställningsfullmakten framstår som naturlig med tanke på att fullmaksreglerna i övrigt innehåller normativa inslag (se exempelvis NJA 1974 s. 706 där t.o.m. bristande övervakning från hovudmannens sida medförde att en anställd ansågs behörig).

...«

Retten henviser herefter til Bankforeningens (nye) udtalelse, der dog ikke gives som i de andre domme. Det oplyses, at bankforeningen ikke kommer ind på, hvorledes det skulle være praktisk muligt for kunden at finde ud af, om der foreligger en bemyndigelse eller ej, men at Bankforeningen havde oplyst, at på daværende tidspunkt var det fast praksis, at der skulle to underskrifter på en bankgaranti.

Herefter afviser Högsta Domstolen, at der forelå stillingsfuldmagt i det konkrete tilfælde. Retten henviser til det netop nævnte om bankpraksis, men en afgørende præmis - og dermed distancen til de to forudgående afgørelser - synes indeholdt i,

»... att de praktiska skäl för ställningsfullmakt som åberopats i Bankföreningens yttranden i 2001 års mål inte i samma utsträckning gör sig gällande när en banktjänsteman gör ett åtagande till förmån för en beneficent som inte i egenskap av bankkund står i förbindelse med banken.«

Högsta Domstolen afviser uden videre diskussion, at der havde foreligget tolerance/kombinationsfuldmagt (som man kalder "særskild ställningsfullmakt"), og banken blev frifundet.

2.4.

Også den sidstnævnte afgørelse har betaget den svenske teori, se *Lars Gorton* i JT 2002-03 s. 297 ff (der fremhæver at sager om stillingsfuldmagt er sjældne, og at de fortjener nogle kommentarer) og *Rolf Dotevall* i SvJT 2003.637 ff. *Lars Gorton* peger indledningsvis på, at den dagældende svenske banklovgivning nu er afløst af et regelsæt, der er tilnærmet den almindelige bolagslovgivning, og at

banker nu i højere grad anses for at være "almindelige foretagender". (Det kan vel her tilføjes, at det var på høje tid). Han indleder sin analyse af dommens fuldmagtsperspektiver med at konstatere, at vedkommende bankansatte ikke var tegningsberettiget, og at han ikke havde nogen særskilt (personlig) fuldmagt. Interessen måtte derfor vende sig mod det samme tema som i de forrige domme, om der kunne statueres stillingsfuldmagt efter § 10, stk. 2. Det nævnes, at Högsta Domstolen slog bremserne i i *NJA 1990.551 HD*, men at praksis har udviklet nogle nye typer. Stillingsfuldmagten er generel i sin natur, medens tolerance m.v. er koblet til den individuelle situation og relation. I bankverden vil der være en intern instruktion, men denne sætter i almindelighed ikke grænsen for bemyndigelsen. Dog kan man efter forfatterens mening sige, at mellemmandens stilling påvirkes af instruktionerne på en sådan måde, at de udgør en del af, hvad der indgår i handelsbrug/sædvane og derigennem påvirker stillingsfuldmagtens grænser. Det nævnes s. 314, at der er forskel på, hvem man kan henvende sig til eksempelvis i en bank.

Hvad angår Bankforeningens udtalelser i de nævnte sager anfører *Lars Gorton* noget pessimistisk:

- Kan man som kunde gå ud fra noget andet end den tegningsret, som den enkelte er udrustet med, evt. en specialfuldmagt?
- Hvad ved kunderne om kreditkomitéer?
- Det er vanskeligt at angive nogle generelle grænser for, hvad den enkelte ansatte kan foretage med bindende virkning for banken.
- Kunden skal være i god tro.

Generelt stiller *Lars Gorton* sig kritisk til dele af præmisserne i dommen, idet han bl.a. anfører:

»Den omständigheten att beneficenten "inte i egenskap av bankkund står i förbindelse med banken" tyder på att det är den enskilda situationen HD har för ögonen. Kan verkligen en ställningsfullmakt knytas till *ett* bankkontor? Kan en ställningfullmakt knytas till en enskild bankkund? Är det inte snarare fråga om partsbruk, som kan knytas till "toleransfullmakt eller kombinationsfullmakt"? Enligt min uppfattning om ställningsfullmaktens karaktär borde den snarare knytas till en bransch. ...«

Og forfatteren slutter artiklen med at spørge, om Högsta Domstolen må antages at have søgt efter omstændigheder, der kunne give anledning til at fravige de to domme fra 2001 - og (eller) om forholdet er det, at man fortsætter den praksis i banksammenhæng, som man havde før disse afgørelser. Han antyder s. 317, at retten godt kunne have givet mere vejledning af hensyn til fremtiden.

Rolf Dotevall peger i artiklen "Något om ställningsfullmaktens utveckling" på, at begrebet sædvane i § 10, stk. 2, ikke omfatter handlingsmønsteret i en alt for snæver kreds. Bestemmelsen har sit direkte forbillede i HGB § 56, og det er også tysk ret, der har været inspirator for udviklingen af de nyere fuldmagtsformer. Indhentelsen af brancheudtalelser kan være tvivlsomme, da de kommer fra den branche, hvor hovedmanden er virksom. Hvad angår de to domme (I og II) nævnes det s. 639 f, at det er det billede, som virksomheden selv giver og det fortroende som bankens organisering af virksomheden skaber hos tredjemand, der beskyttes. Banken bærer således organisationsrisikoen (s. 640 med henvisning til *Viggo Hagstrøm* i TfR 1996 s. 1 ff og til *Hugo Tiberger & Rolf Dotevall: Mellanmansrätt* (9. uppl. 1997) s. 76). Forfatteren spørger, om tredjemand herved opnår en alt for vidtgående beskyttelse. Han finder, at dommene i *NJA 2001.191 I og II* taler for at give ordene »känna beaktansvärd osäkerhet« i *NJA 2002.244 HD* en snæver fortolkning, og bankkunden bør kun i undtagelsestilfælde tvinges til at spørge til bemyndigelsesforholdene. Vigtige omstændigheder er transaktions størrelse og karakter, og der bør sondres mellem, om bankkunden er privatkunde eller erhvervskunde.

Rolf Dotevall finder s. 644, at en løsningsmodel, hvorefter hovedmanden må bære risikoen for de ansatte, er enkel og sparer for en bedømmelse af, hvad hovedmanden har indset eller måtte indse, men at modellen varetager tredjemands interesser for stærkt.

Endelig er de nævnte domme behandlet af en afhandling af *Marie Wallin: Om Ställningsfullmakt och Agent with Apparent Authority - en komparativ studie av svensk och engelsk rätt* (i *Vingestipendiet: Affärsjuridiska uppsatser 2002* (2004) s. 409 ff). Forfatteren oplyser, at det var de to første domme, der førte hende til at undersøge dele af agencylæren. Hun finder (s. 493) det ikke udelukket, at Högsta Domstolen i hvert fald i de første to domme har fundet inspiration i principperne i agencylæren – måske bevidst har lagt sig op ad de nyeste afgørelser - men stiller sig i øvrigt kritisk til, at HD ikke i højere grad har tilstræbt at skelne mellem stillingsfuldmagt og tolerance/kombinationsfuldmagt.

3. Nogle foreløbige overvejelser

3.1.

Samfundet har forandret sig og er i fortsat bevægelse. Bondens søn er blevet landmand, og hans barnebarn er blevet agronom. Den lille købmand, der stod alene eller sammen med konen bag disken, er nu indehaver af et supermarked med stort assortiment og med mange ansatte. Der indgås nye (former) for partnerskab. Franchising er allerede et gammelt eksempel. Virksomheder bliver fusionerede, de skal være større og større. Rentabiliteten kræver flere kunder, flere aftagere, og at kunderne aftaler flere ydelser end tidligere. Pengeinstitutternes såkaldte rådgivning er blot ét eksempel på en brancheaktivitet, der i nyere tid har produktudviklet og etableret et sælgerkorps af anseelig størrelse. Der indgås mange flere aftaler end tidligere med kunderne, og langt den overvejende del indgås af bankpersonalet – fuldmægtigene - og det er centralt for forståelsen, at disse aftaler ikke er den eneste aftale mellem parterne. Der indgås del- og tillægsaftaler, og de vedrører - som de svenske sager også illustrerer - ikke kun ydelse af lån og kredit om sådan. Ofte vedrører de vilkårene for låneoptagelsen.

Efter aftalelovens § 10, stk. 2, anses en person, der efter aftale med en anden indtager en *stilling*, som efter lov eller sædvane medfører beføjelse til inden for visse grænser at handle på den andens vegne, befuldmægtiget til at foretage retshandler, der falder inden for disse grænser. *Stillingsfuldmagten*, der omfatter stort som småt, er i det praktiske retsliv langt den vigtigste fuldmagtstype. Det gælder således antallet af transaktioner som de beløb, der er involveret i fuldmægtigenes virksomhed. Tænk blot på, hvor mange transaktioner, der udføres i erhvervslivet hver dag - der er grund til at antage, at langt mere end 90 % af disse transaktioner udføres af fuldmægtige, og i en række tilfælde aner kunden ikke noget om, hvem der er hovedmanden.

Jeg har flere gange i årenes løb (fragmentarisk) været inde på, at der kan være (opstået en) diskrepans mellem aftalelovens § 10, stk. 2, og erhvervslivets (ændrede) anvendelse af stillingsbetegnelser. Aftaleloven er uomtvisteligt af ældre dato, og den bygger i så henseende på en stillingsterminologi, der delvis synes at være forladt, og formentlig har været forladt i nogle år. I årene omkring 1917 var det *forretningsbestyrere*, *forretningsførere*, *brugsforeningsuddelere*, *hotelporriere*, *bankassistenter*, *faktorer*, *mejerister*, *godsforvaltere*, *viceværter*, *forstandere* og *husbestyrerinder*, der prægede fuldmagtsafgørelserne,⁹ men nu er det navnlig *key account managers*, *HR-managers*, *controllerchefer*, *country managers* og *financial systems analysts*, *presales-managers*, *finanschefer*, *operations mana-*

⁹⁾ Se herved også eksemplerne hos Henry Ussing: *Aftaler* (1. udg. 1931) s. 153, note 42.

gers, management trainees, projektchefer, teamchefer, Chief Financial Officers, kommunikationschefer, kundesupportere, category analysts o.s.v., der er med til at præge billedet. Der kan være flere grunde hertil. Jeg antager, at det først og fremmest skyldes *snoobbisme* og internationaliseringen¹⁰, men uanset baggrunden for den ændrede sprogbrug leder det til en undersøgelse af, om fuldmagtslærens (meget objektive) regler om stillingsfuldmagt i dag må bedømmes på et andet grundlag end aftalelovens tekst, og om aftalelovens udgangspunkt, hvorefter en "stilling" - inden for sin kategori - er et (forholdsvis?) entydigt begreb med tilhørende "sædvane"- er forældet.

Aftalelovens § 10, stk. 2, taler foruden om »ved lov« om begrebet »sædvane«, således at der skal knytte sig en sædvane til stillingen, før lovens kriterium er opfyldt - d.v.s. før tredjemand kan påberåbe sig et fuldmagtsforhold på grundlag af lovbestemmelsen - men det er et spørgsmål, om dette kriterium rækker - *endsige giver mening* - i dag? Hvor er grænserne for denne konstruktion, og hvorledes skal der forholdes med hensyn til stillingsfuldmægtiges dispositioner, der må anses for fornuftige, når der principielt ikke knytter sig nogen sædvane til stillingen? Giver det i dag mening at basere et resultat på viljesregler eller bør der fokuseres på tredjemands forventninger, når hovedmanden ikke selv agerer? Bør reglerne om stillingsfuldmagt stadig bygge på et hovedhensyn til hovedmanden, eller fører reglens historiske begrundelse - i første række omsætningens sikkerhed - til den modsatte løsning i dag? Hvorledes håndteres reglerne, når hovedmanden - hvad der jo ofte er tilfældet - er en vidt forgrenet organisation?

De svenske afgørelser og de artikler, der er skrevet om dem, bestyrker desuden, at en indvending ikke behøver at blive taget i betragtning: Det kunne indvendes, at alle "fra begyndelsen", (d.v.s. aftalelovenes gennemførelse) havde anerkendt, at aftalelovenes regulering ikke er udtømmende, og at lovgiver bevidst overlod en del af arbejdet til domstolene, ligesom man kan forvente indvendingen, at man ad den vej har opnået og fortsat vil kunne opnå fornuftige og afbalancerede resultater. Dette synspunkt rammer ikke det rigtige i betragtning af, at det er selve kernepunkterne - sædvanen samt de ændrede samfundsforhold - der gør en analyse nødvendig.

3.2.

Efter min bedømmelse farver dele af den citerede svenske teori billedet alt for sort, når det gælder om at bedømme konsekvenserne af de tre domme: Tager man banklivet som eksempel, henvender man sig ved skranken (tager et nummer), eller man aftaler en tid for et møde. Man kan, medmindre man selv har en "råd-

¹⁰⁾ Jf. også "Lederne" august 2004, der har gennemført en undersøgelse af medlemmernes titler.

giver”, ikke selv bestemme, hvem man skal tale med. Skal man virkelig som kunde sikre sig, at den bankansatte ikke går for vidt. Skal man ikke - i hvert fald som hovedregel - kunne stole på den repræsentant for medkontrahtenten, som man mere eller mindre tilfældigt får stukket ud? Og helt ejendommelig bliver situationen, hvis man som det er tilfældet i flere banker er blevet påtvunget “din bankrådgiver”. Det virker ejendommeligt, at denne fuldmægtig altid skal spørge i organisationen, når man går videre end beskedne forbrugs lån. Det kommer vel også i betragtning - se eksempelvis den svenske Bankforenings udtalelser i de nævnte domme - at kunderne skal kunne stole på, hvad der foregår.

Se som blot ét eksempel “Aktieposten” februar 2004 (Forstædernes Bank), hvor det bl.a. hedder:

»Fra kvalitetsregnskabet ved vi, at kunderne ønsker kontakt med personer, der er beslutningsdygtige. Kunderne vil ikke spille tiden med at tale med nogen, der alligevel ikke kan tage en beslutning. Det indretter vi os efter.

Tilgængelig hvor kunderne er

Vi gør os tilgængelige og træffer beslutninger lokalt på stedet - tæt på kunden. Her ser vi udgangspunktet for en attraktiv markedsposition, forklarer Gunnar Kobberup.

Det er strategien for at forankre kompetencen over for kunderne decentralt i rådgivnings-miljøer i hver enkelt afdeling.

Ved udgangen af 2003 havde over halvdelen af bankens afdelinger selvstændige rådgivningsmiljøer inden for både erhverv, investering, pension og bolig. Det er intentionen, at alle bankens afdelinger inden udgangen af 2004 skal have sådanne rådgivningsmiljøer. Den enkelte afdeling skal kunne rådgive professionelt inden for disse specialområder - med egne kompetente medarbejdere.

...

I hverdagen er der ikke altid tid til at skulle spørge hovedkontoret om lov. Det er bedre at bruge tiden på det, der gør en forskel for kunderne.«

Det kommer tillige i betragtning, at ikke alene er bankerne selskabsretligt undergået en forandring, således at man strukturelt deler en række regler med andre (store) aktieselskaber: Det er også blevet *business*, hvor hensynet til bankens indtjening indtager en høj placering i bankens og de ansattes dagligdag. Dette kan ikke undgå at føre til aftaler, hvor der gås vidt fra den ansattes side med hensyn til vilkår - lavere renter, begrænsning i kautionen eller pantessikkerheden o.s.v. - men det er ikke en naturgiven ting, at dette bør komme kunderne til skade i relation til vurderingen af konflikter om stillingsfuldmagtens grænser.

3.3.

Ved de nævnte spørgsmål er det også nødvendigt at gøre nogle bemærkninger om forholdet mellem selskabsrettens regler om *tegning* (tidligere oftest kaldet tegning og signatur) og *fuldmagts*reglerne. Alle forfattere har erkendt, at der kan være et slægtsskab, men aftaleretlige forfattere har normalt henvist problematiseringen til selskabsretten, og de selskabsretlige forfattere har normalt henvist problematiseringen til aftaleretten. De, der har skrevet inden for begge felter, har lagt bånd på sig selv. Dette er ikke holdbart i dag, eftersom en analyse af stillingsfuldmagtens grænser for nogle stillingskategoriers vedkommende (f. eks. direktørers) begynder i selskabsretten, *men ikke ender der*. (I de ovenfor nævnte svenske Højesteretsdomme fra 2001 og 2002 var bankens påstand i de enkelte sager, at der hverken var tegningsret eller fuldmagt (bemyndigelse) til at foretage de omhandlede dispositioner.)

Forholdet mellem tegning og fuldmagt begynder naturligt i selskabsrettens regulering, men man kan - i denne præsenterende fase - også henvise til praktiske hensyn. Man kan ikke drive en større forretning eller virksomhed, hvis de tegningsberettigede hele tiden skal trommes sammen for at underskrive. Det er i stedet nødvendigt at gøre sig klart, *at* tegningsreglerne og fuldmagtsreglerne hver har deres særlige område, *men også at fuldmagtsretten supplerer tegningsreglerne - ikke omvendt*. Jeg tror, at man i fremtiden kan nå en større grad af klarhed, hvis man antager, at tegningsreglerne først og fremmest har relation til selskabernes struktur, medens fuldmagtsreglerne finder anvendelse, når det gælder dispositioner, der vedrører driften af selskabet.

3.4.

Henry Ussing skrev i Aftaler (3. udg. 1950) s. 299 følgende:

»En fuldmagt med særlig tilværelse må også kunne skabes ved anden Adfærd fra Hovedmandens side. Domstolene må kunne anerkende Fuldmagt i ethvert Tilfælde, hvor der er Grund til at give Tredjemand Ret til at regne med en vis Fuldmagt.«

Her er der tale om de fuldmagtsforhold, *der ligner*. I Aftaler og mellemmand (1. udg. 1987, nu 4. udg. 2001) valgte vi at tale om *adfærdsfuldmagt*, hvor man tidligere - med inspiration i fremmed ret - talte om tolerance- og kombinationsfuldmagt. Dette udtryk synes at være slået igennem. Kurt Grönfors har dog flere steder (næsten enslydende)¹¹ udtalt, at »Nackdelen med detta tillvägagångssätt är att fallen av toleransfullmakt är mycket enklare att avgränsa tack vare det likartade

¹¹⁾ Jf. JT 1990/91 s. 434 og Avtalslagen (3. uppl. 1995) s. 126.

rekvisitet upprepat handlande än fallen av kombinationsfullmakt, där betydande utrymme lämnas för en friare bedömning vid utbildandet av relevanta kombinationer av fullmaktgrundande rättsfakta, där passivitet kan utgöra ett delmoment bland flera andra samverkande omständigheter.«

Adfærdsfuldmagt er en fuldmagtstype, der først og fremmest tager sigte på at beskytte en konkret, godtroende tredjemands interesser, hvor stillingsfuldmagten dels er generel, dels kan hævdes at have kompromissets karakter. Det er ofte et naturligt - og nødvendigt - led i undersøgelsen af stillingsfuldmagten at inddrage adfærdsfuldmagt, idet stillingsfuldmagtens "overlevelse" gennem så mange år muligvis kan forklares med, at adfærdsfuldmagten kan opfange i hvert fald nogle af de situationer, hvor reglerne om stillingsfuldmagt ikke slår til, men hvor hensynet til (den godtroende) tredjemand taler for et fuldmagtslignende resultat af en tvist. Som generel regel vil jeg være mere tvivlende.

I *NJA 2001.191 HD (II)* hedder det i landsrettens mindretal bl.a.:

»... En förutsättning för att en toleransfullmakt skall föreligga är att det varit av unikt slag, varför sådan fullmakt är utesluten. [Dette synspunkt er yderst tvivlsomt, min bem.] För att en kombinationsfullmakt skall föreligga krävs en kombination av olika omständigheter, vilka i samverkan med varandra kan anses vara ägnade att inge en medkontrahent föreställningen att han har att göra med en behörig mellanman. De omständigheter, som konstituerar en kombinationsfullmakt kan vara av skiftande slag. Praxis har dock intagit en mycket restriktiv hållning till denna typ av fullmakt och det synes krävas mycket speciella omständigheter för förekomsten av sådan fullmakt. ...«

Den senere udvikling i Danmark efter nogle oplagte sager (*U 1969.380 H* og *U 1976.108 H*) gør det vanskeligt at besvare, om adfærdsfuldmagten er det reelle alternativ i sager, hvor der ikke er nogen sædvane, men hvor forholdene i øvrigt taler for en § 10, stk. 2-løsning. Dommen (flertallet) i *U 1995.164 H* kan gøre en noget pessimistisk i så henseende.

3.5.

Gældende ret er udmærket opsummeret hos *Mads Bryde Andersen*: *Grundlæggende aftaleret* (2. udg. 2003) s. 298, hvor det - også under henvisning til *Ussings* bemærkning s. 299 - hedder, at aftaleloven ikke er udtømmende, samt at:

»I en række tilfælde har domstolene ladet fuldmagtsvirkninger indtræde som følge af passivitet mv. Der er i sig selv intet overraskende i denne praksis, hvis man - som antaget i afsnit 1.3.c - går ud fra, at aftaleretlige forpligtelser ofte beror på en risikoovervejning, der vurderer den handling eller undladelse A træffer, over for den forventning, B knytter hertil.«

Disse bemærkninger gøres ved indledningen af forfatterens afsnit om adfærdsmagt, men de har efter min bedømmelse generel vægt, når man overvejer stillingsfuldmagtens fremtid.

Bestemmelsen i aftalelovens § 10, stk. 2, stiller med sit krav om, at hovedmanden kun er bundet, hvis der er en stilling, og stillingsindehaveren handler inden for grænserne af den sædvane, der knytter sig til en sådan stilling, tredjemand (i god tro) i en for ringe retsposition. Bestemmelsen er fra begyndelsen blevet udhulet af en række beslægtede former. Tiden er løbet fra de "begreber" og "principper", der prægede tidligere tiders debat om fuldmagtsinstituttet - og havde konsekvenser for udformningen af aftalelovens § 10, stk. 2 - men skal disse principper genoplives en kort stund, forekommer det rigtigst at indbygge et *forventningsprincip* som ledetråden for hovedmandens bundethed frem for at lade *viljesprincippet* få en så stor platform, som tilfældet er. En række faktorer taler herfor, og det harmonerer tillige med den internationale udvikling.¹²

Det må antages, at der er behov for en nyordning, og denne bør som følge af dens principielle karakter lovfæstes. Det forhold, at lovgiver fra begyndelsen har overladt en del af retsskabelsen til domstolene - så at sige udstyret den med en fuldmagt - er ikke tilstrækkeligt med den forsigtighed, danske domstole traditionelt udviser, da man stadig i retsanvendelsen vil være præget af lovens ordlyd, ganske særligt kravet om en sædvane.

Rekvisitterne i den nye ordning - de afgørende retsfakta, der skal føre til anerkendelse af en stillingsfuldmagt - kunne være

stilling ifølge aftale

tredjemands gode tro

Kravet om en *stilling* vil være uændret i forhold til i dag, d.v.s. at reglerne om stillingsfuldmagt kun finder anvendelse, hvor fuldmægtigen indtager en stilling, og dette sker efter aftale med fuldmagtsgiver.

Det kunne overvejes helt at ophæve aftalelovens § 10, stk. 2, således at en stillingsfuldmagt måtte bedømmes på grundlag af almindelige regler om fuldmagt, herunder § 10, stk. 1, og § 11. De mange situationer og aftaler, der involverer en stillingsfuldmægtig, taler imod denne løsning, og den ville formentlig være mere processkabende.

Det hidtidige krav om sædvane nedtones, og i en række tilfælde opgives. I

¹²⁾ Se eksempelvis CISG art. 8 og PECL art. 3:201.

anvendelsen af ordet “nedtones” ligger, at sædvanen (stadig) kan tænkes at spille en vis rolle ved fastlæggelsen af tredjemands gode tro. Nedtoningen af sædvane betyder, at den aftaleretlige bedømmelse og løsning ved tvister om fuldmagts grænser i højere grad kommer til at ligne bedømmelsen af tvister om arbejdsgiveransvaret uden for kontraktforhold. Herved går der et skridt videre end i gældende ret. Risikoovervejelser bør føre til, at hovedmanden er bundet i større omfang end i dag, eller sagt på en anden måde: Han bør regelmæssigt være bundet af (stillings)fuldmægtigens handlinger og dermed bære ansvaret for dårlige folk.

Der bliver øget focus på tredjemands gode tro, eftersom sigtet må være at skabe en afbalanceret ordening på stillingsfuldmagtsområdet. Som i dag vil den hierarkiske placering, som vedkommende stilling indtager i virksomheden, være af fortolkningsmæssig betydning. De gamle eksempler - kassedamen kan ikke sælge kasseapparatet, kontorlederen kan ikke sælge virksomheden - er holdbare også under en nyordning. Det vil i øget omfang blive tillagt vægt, hvem der har taget initiativ til aftalen.

3.6.

De få retssager, der er om stillingsfuldmagts grænser,¹³ tyder på, at erhvervslivet har indregnet “risikoen” ved en nyordning.

¹³⁾ De nyeste afgørelser er U 2002.179 V, U 2002.1452 H, U 2002.2644 H og U 2004.1415 Ø.

Beskatning af immaterielle aktiver - en oversigt

Jakob Bundgaard

1. Indledning

Artiklen giver en oversigt over beskatningen af immaterielle aktiver. Der findes ingen almindelig juridisk definition af immaterialrettigheder, immaterielle rettigheder eller immaterielle aktiver. Negativt afgrænset kan det dog formentlig siges, at der ikke er tale om fysiske eller finansielle aktiver.¹ Immaterielle aktiver i skatteretlig forstand omfatter ikke kun de rettighedstyper der behandles i immaterialretten, idet denne disciplin alene omfatter lovbestemte rettigheder. Sidstnævnte kan benævnes immaterialrettigheder, mens betegnelsen immaterielle aktiver er noget bredere. Immaterialretten er snævert knyttet til ophavsretsloven, patentloven, brugsmodelloven, halvlederloven, designloven og varemærkeloven. Derimod må det skatteretlige immaterialretsbegreb omfatte samtlige de rettigheder eller aktiver, hvorom der er givet særlige skatteregler.

Immaterielle aktiver i denne brede skatteretlige forstand tiltager sig større og større betydning som følge af internationaliseringen. Nutidens mest værdifulde virksomheder kan således tilskrive størstedelen af værdien til de immaterielle aktiver.² Af samme årsag bliver immaterielle aktiver tilsvarende vigtigere som beskatningsobjekt og som instrument i moderne skatteplanlægning. Når hertil kommer, at det udgør et vanskeligt problem i praksis at værdifastsætte immaterielle aktiver, kan der næppe herske tvivl om emnets centrale betydning.

Immaterielle rettigheder vil ofte være oparbejdede i virksomheden, men kan til-

¹⁾ Jf. *Steen Askholt* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 539.

²⁾ Jf. *Baruch Lev*: *Intangibles – Management, Measurement, and Reporting*. The Brookings Institution 2001.

lige fremkomme ved køb heraf eller erhvervelse på anden måde. I regnskabsmæssig henseende sker der udelukkende aktivering af immaterielle aktiver, hvis de er erhvervet mod vederlag, jf. ÅRL § 33. Derimod kræves ikke, men tillades i ÅRL § 33, stk. 1, at der kan ske indregning af visse immaterielle aktiver, selvom de er oparbejdet af virksomheden selv. Det drejer sig om internt oparbejdede immaterielle aktiver, såsom patenter, koncessioner, varemærker og lignende rettigheder.³ Det er alene rettigheder der tillades indregnet og dermed ikke eksempelvis goodwill. Også udviklingsprojekter kan indregnes, jf. ÅRL § 83.

Det historiske udgangspunkt for beskatning af immaterielle aktiver var, at fortjeneste og tab ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af immaterielle aktiver var indkomstopgørelsen uvedkommende, med mindre aktiverne var afstået som led i næring eller var erhvervet i spekulationshensigt, jf. SL §§ 4-5. Med den første ligningslov fra 1939, jf. lov nr. 458 af 22.12. 1939, blev immaterielle aktiver for første gang undergivet kapitalgevinstbeskatning. Siden er der sket utallige ændringer i lovgivningen som følge af den generelle skattepligt og som følge af det stigende skattetryk.⁴ Den nuværende regulering af immaterialrettigheder findes særligt i afskrivningsloven og ligningsloven samt fortsat i statsskatteloven.

Den skattemæssige behandling af immaterielle aktiver udgør et centralt instrument til at skabe incitament til forskning og udvikling i erhvervslivet. De danske regler benyttes da også som led i sådanne målsætninger, men vist nok ikke helt i det omfang der kendes internationalt.⁵

Artiklen beskriver indledningsvis de skatteretlige konsekvenser som følge af afståelse af immaterielle aktiver, herunder en omtale af værdiansættelsesproblematikken, hvilket efterfølges af en beskrivelse af reglerne for skattemæssig afskrivning af immaterielle aktiver. Herefter behandles beskatningen af det løbende afkast som immaterielle aktiver kan give anledning til. Afslutningsvis beskrives i korte vendinger, hvordan immaterielle aktiver kan indgå i skatteplanlægning.

³⁾ Jf. *Olaf Hasselager m.fl.*: Årsrapporten – kommentarer til årsregnskabsloven, 2001, s. 307 ff.

⁴⁾ Jf. *Peter Dyhr* i Statsskattelovens 100 års Jubilæum, SR-Skat 2003/3, s. 117 ff.

⁵⁾ Se hertil eksempelvis *B. Anthony Billings & Randolph Paschke* i *Tax Notes International*, 2003, s. 487 ff. Se eksempelvis LL § 8 B om afskrivning af forsknings- og udviklingsudgifter, LL § 8 F ekstrafradrag ved grundforskning og den nedenfor omtalte AFL § 51.

2. Afståelse af immaterielle aktiver

2.1. Generelt

I henhold til AFL § 40, stk. 6 medregnes fortjeneste og tab ved salg eller opgivelse⁶ af aktiver omfattet af AFL § 40, stk. 1 og 2 ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.⁷ Omfattet af de nævnte bestemmelser er:

- Goodwill, jf. § 40, stk. 1.
- Særlige fremstillingsmetoder eller lignende (know how), jf. AFL § 40, stk. 2.
- Patentrettigheder, jf. AFL § 40, stk. 2.
- Forfatter- og kunstnerret, AFL § 40, stk. 2.
- Ret til mønster eller varemærke, jf. AFL § 40, stk. 2.
- Rettigheder i henhold til en udbytte-, leje-, eller forpagtningskontrakt, jf. AFL § 40, stk. 2.

Opgivelse af visse retspositioner underkastes samme skatteretlige behandling, jf. AFL § 40, stk. 9. Herefter medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst:

- Godtgørelser i anledning af opgivelse agentur eller lignende, jf. AFL § 40, stk. 3.
- Vederlag for påtagelse af konkurrenceklausuler, når vederlaget ydes én gang for alle, jf. AFL § 40, stk. 3.
- Vederlag for afløsning (opgivelse) af pensionstilsagn, der ikke er afdækket i et pengeinstitut.⁸

Sælgers vederlæggelse ved afståelse af immaterielle aktiver sker ofte med løbende ydelser. Den skattemæssige regulering af sådanne løbende ydelser findes i LL § 12 B.⁹ Denne bestemmelse finder således anvendelse ved hel eller delvis berig-

⁶⁾ Udløbet af en immaterialrettighed anses ikke som opgivelse, jf. TfS 2001.448 LR.

⁷⁾ Med salg sidestilles andre former for afhændelse og afståelse, jf. AFL § 47. Som udgangspunkt behandles forsikrings- og erstatningssummer som salgssummer, jf. AFL § 48.

⁸⁾ Se hertil eksempelvis TfS 1997.2 Ø.

⁹⁾ Se *Jørn Vestergaard-Jensen & Albert Kusk* i TfS 1999.959 om vederlæggelse i form af løbende ydelser i forbindelse med overdragelse af immaterialrettigheder.

tigelse af immaterielle aktiver ved påtagelse af løbende ydelser i forbindelse med gensidigt bebyrdende retshandler. Princippet er i hovedtræk, at såvel køber som sælger skal føre en konto over den kapitaliserede værdi af aktivet. Som udgangspunkt beskattes sælger af en eventuel avance ved at anse den kapitaliserede værdi som salgssum, jf. AFL § 40, stk. 6, ligesom køber kan afskrive herpå, jf. AFL § 40, stk. 1 og 2. Efterfølgende betalinger af løbende ydelser fra køber til sælger er ikke skattepligtige for sælger og kan ikke fratrækkes for køber, så længe betalingen ikke overstiger den kapitaliserede (og beskattede) saldo som er bogført hos køber og sælger. Overskydende betalinger ud over saldoen indtægtsføres af sælger og kan fratrækkes af køber. Se nærmere om LL § 12 B. Afgrænsningen mellem løbende ydelser og fikserede beløb er ikke altid simpel i praksis.¹⁰

Overdragelse af immaterielle aktiver fra en fysisk person til dennes selskab kan i visse tilfælde tillige finde sted ved en skattefri virksomhedsomdannelse i overensstemmelse med reglerne herom i virksomhedsomdannelsesloven.¹¹

Er aftalen om salg eller opgivelse af en *udbytteret* omfattet af LL § 12 B, stk. 6 finder AFL § 40, stk. 1 og 2 ikke anvendelse. LL § 12 B, stk. 6 omhandler afståelse af retten til at modtage løbende ydelser.

De særlige regler om *succession ved overdragelse mellem ægtefæller* i KSL § 26 A, stk. 2 og KSL § 26 B gælder ikke ved overdragelse af immaterielle aktiver omfattet af AFL § 40, stk. 1 og 2, hvis den ene af ægtefællerne hjemmehørende i udlandet jf. AFL § 40, stk. 8. Overdragelse af immaterielle aktiver mellem ægtefæller i denne situation betragtes dermed som et skattepligtigt salg.¹² Reglen sigter til at modvirke overdragelser med succession til ægtefæller hjemmehørende i udlandet, der vil kunne undgå avancebeskatning ved senere afhændelse af aktiverne uden dansk beskatning.¹³

¹⁰⁾ Jf. eksempelvis TfS 2003.255 LR, hvor en enkelt regulering af en salgssum medførte, at der var tale om en løbende ydelse. Der kan dog ikke heraf generelt udledes, at enhver regulering af en salgssum medfører at der er tale om en løbende ydelse.

¹¹⁾ Jf. TfS 2002.468 LR om indskud af nogle patentansøgninger som altså blev fundet at udgøre en igangværende virksomhed i henhold til virksomhedsomdannelsesloven og TfS 2003.452 LR, hvor virksomheden dog utvivlsomt var igangværende.

¹²⁾ Køber har dog afskrivningsadgang, jf. AFL § 40, stk. 1 og 2.

¹³⁾ Trods bestemmelsens klare ordlyd antager *Jens Drejer & Hanne Søgaard-Hansen: Afskrivningsloven – en lovkommentar*, 1998, s. 207, tilsyneladende, at bestemmelsen gælder generelt ved overdragelse mellem ægtefæller.

2.2. Særligt om goodwill

2.2.1. Afgrænsning af goodwill

Goodwill er ikke noget entydigt begreb, og der kan formentlig ikke opstilles en samlet goodwilldefinition som et gældende i alle retlige henseender. Det regnskabsmæssige goodwill-begreb udtrykker ofte som den merpris i forhold til de bogførte værdier, som en køber har været villig til at betale for virksomheden.

I praksis findes der en selvstændig skatteretlig goodwilldefinition. Ved goodwill forstås således i skattemæssig henseende den til en erhvervsvirksomhed knyttede kundekreds, forretningsforbindelse eller lignende.¹⁴ Det forudsættes herved, at der findes nogle forretningsmæssige relationer eller lignende af økonomisk værdi som kan omsættes i markedet.¹⁵ Er virksomheden af en karakter, hvortil der ikke i sædvanlig forstand er tilknyttet nogen kundekreds mv., vil der efter praksis ikke kunne anerkendes tilstedeværelse af nogen goodwill-værdi.¹⁶ Det følger ligeledes af ovenstående, at goodwill kun kan være knyttet til en virksomhed og ikke til enkeltpersoner.¹⁷ Det forhold, at en person, der besidder særlige kvalifikationer, fortsætter i den overtagne virksomhed, har dermed ikke i sig selv betydning for afgørelsen af, om der i skattemæssig henseende foreligger goodwill.

Beskatning efter AFL § 40 betinger, at der er tale om overdragelse af en erhvervsvirksomhed, idet goodwill ikke kan overdrages særskilt.¹⁸ Bestemmelsen omfatter både den situation, hvor *hele* virksomheden sælges m.v. og den situation, hvor der er tale om salg m.v. af *en del* af en erhvervsvirksomhed.¹⁹ Overdragelsen skal væ-

¹⁴⁾ Jf. TfS 1992.431 V, TfS 1998.459 V, TfS 1990.119 Ø, TfS 1992.537 V, LV E.I.4.1.1., Steen Askholt i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 544 ff og Ole Bjørn i FSR's Årsskrift 1990, s. 9 ff. Sidstnævnte anfører, at det skatteretlige udgangspunkt har været den klassisk formueretlige betragtningsmåde.

¹⁵⁾ Se TfS 1997.222 H om overdragelse af kundeforhold mellem interesseforbundne parter.

¹⁶⁾ Se TfS 1992.431 V om overdragelse af landbrugsejendom med almindelig svineavl, TfS 1987.439 LR om en minkfarm, TfS 1991.507 LSR, TfS 1998.630 LR om en gartners auktionssalg og TfS 1998.731 H om afståelse af busser som følge af mistet koncession til buskørsel.

¹⁷⁾ Jf. LV E.I.4.1.1.

¹⁸⁾ Jf. TfS 2002.288 H, og om denne dom Bent Ramskov i SO 2002, s. 239 ff samt Ole Bjørn i SR-Skat 2003, s. 176 ff. Se også TfS 1986.376 Ø og TfS 1991.16 H.

¹⁹⁾ Jf. TfS 1990.23 Ø.

re *reel* og det er af afgørende betydning ved vurderingen heraf, for hvis regning og risiko virksomheden hidtil er blevet drevet, og for hvis regning og risiko den drives fremover.²⁰

Goodwillbegrebet indebærer tillige, at erhvervsvirksomheden skal være i *drift* og samtidig, at der skal være tale om *konkrete konstaterbare faktorer*, som betinger forventningerne om den fremtidige indtjeningsevne, som kunde- eller forretningsforbindelser repræsenterer. Af sådanne kan blandt andet nævnes tilstedeværelsen af en fast individualiserbar kundekreds eller særlige forretningsforbindelser og disse skal kunne dokumenteres.²¹ Derimod er den blotte forventning om fremtidig indtjening ikke tilstrækkelig til at begrunde tilstedeværelsen af goodwill i skatteretlig henseende.²² I tilfælde af personsammenfald mellem virksomheden og kunden beror det på en konkret vurdering, om der herved er tale om goodwill.²³

Eksistensen af goodwill kan dog ud over kundekredsen konstateres ved det faktum, at der konkret er tale om en *igangværende og veletableret virksomhed*. Yderligere kan det tillægges betydning, om virksomheden besidder en generel erfaring og et godt omdømme.²⁴ Endelig er det et karakteristikum ved goodwill, at den oprindelige indehaver ved virksomhedsoverdragelsen skal være påført et *tab* for mistet goodwill.²⁵ Et tab foreligger ikke, hvis virksomheden fortsætter sin drift i nærheden med uændret varesortiment, navn og form.²⁶

Negativt afgrænset anses goodwill ikke at foreligge, hvor virksomheden drives gennem personlig arbejdsindsats for en enkelt arbejdsgiver. Goodwill foreligger ej heller, hvor virksomheden overdrages til dennes eneste kunde på grund af per-

²⁰⁾ Jf. TfS 1991.85 Ø, TfS 1990.23 Ø, TfS 1989.483 LSR, TfS 1991.133 LSR, TfS 1992.211 Ø og TfS 1999.646 Ø og hertil LV 2004 E.1.4.1.1.

²¹⁾ I TfS 2002.218 H fandtes en revisors modtagelse af sin andel af interessentskabsformuen ved udtreden af et revisorinteressentskab ikke som goodwill. I TfS 2002.276 LSR fandtes en merpris for erhvervelse af en erhvervsanpartslejlighed ikke for goodwill.

²²⁾ Jf. TfS 2002.891 V.

²³⁾ Jf. TfS 1997.222 H og TfS 2000.392 LR. I nævnte Højesteretssag bemærkede Østre landsret endvidere, at den omstændighed, at en virksomhed kun har én enkelt kunde ikke findes at kunne udelukke, at kundeforholdet har en karakter der kan begrunde goodwill. Denne retsopfattelse er formentlig udtryk for gældende ret.

²⁴⁾ Jf. TfS 2000.256 LR.

²⁵⁾ Jf. LV E.1.4.1.1.

²⁶⁾ I sådanne tilfælde kan der i stedet være tale om vederlag for afståelse af lejede lokaler eller vederlag for opgivelse af retten til forpagtningkontrakt, som tillige er omfattet af AFL § 40, stk. 6, jf. stk. 2.

sonsammenfald.²⁷ Dette gælder med mindre en uafhængig køber af virksomheden må antages at ville tillægge de pågældende kundeforhold goodwillværdi.²⁸ Goodwill som følge af beliggenhed indgår ikke i den skatteretlige goodwilldefinition.²⁹

I tilfælde af *bortforpagtning* af en virksomhed er udgangspunktet, at ejerskabet til virksomheden og herved samtlige hertil knyttede aktiver og passiver forbliver hos bortforpagter også efter forpagtningsaftalens ophør. Dette udgangspunkt gælder også for goodwill, herunder også for goodwill som forpagter har oparbejdet.³⁰

Når et vederlag ikke kan henføres til betaling for goodwill, vil det ofte kunne henføres til vederlag eller betaling for et af de øvrige formuegoder omfattet af AFL § 40. Tidligere tiders afgrænsning af goodwill over for andre immaterialrettigheder har ikke længere den store relevans. Siden 1982 var goodwill atter skattefri, mens andre immaterialrettigheder var skattepligtige, hvilket gav anledning til en del tvister om afgrænsningen mellem goodwill og andre immaterialrettigheder.³¹ Trods dette udgangspunkt har spørgsmålet dog fortsat en vis – om end beskedent – betydning.³² Dette skyldes *for det første*, at goodwill som nævnt ikke kan overdrages særskilt. Derimod er der intet til hinder for, at en række andre immaterielle aktiver kan overdrages særskilt. *For det andet* har grænsedragningen betydning

²⁷⁾ Jf. TfS 1991.346 LSR.

²⁸⁾ Jf. TfS 1997.222 H.

²⁹⁾ Jf. TfS 1991.85 Ø, TfS 1991.2 Ø og TfS 1993.32 V.

³⁰⁾ Se om forpagtning TfS 2000.347 LR, TfS 1987.446 Ø (forlig ved TfS 1991.16 H) og TfS 1986.376 Ø.

³¹⁾ Jf. UfR 1968.859 Ø og UfR 1969.319 H. De to sager kan siges at være udtryk for korrektion i tilfælde af et interessefællesskab, der konkret indebar, at parterne manglede interesse i at kvalificere en del af vederlaget som betaling for goodwill (konkret interessefællesskab). Se til sidstnævnte dom *H. Schaumburg* i UfR 1969 B, s. 239. Se tillige TfS 1991.471 Ø (afgrænsning af goodwill i forhold til afståelse af retten ifølge lejemål). Dommen blev efterfølgende anket til Højesteret, men Skatteministeriet tog siden bekræftende til genmæle, jf. TfS 1994.755 H. Tilsvarende resultat ses i TfS 1993.32 V (afgrænsningen mellem goodwill og opgivelse af retten ifølge lejekontrakt). Praktis er opretholdt i TfS 1995.549 V og TfS 1995.550 V. Endelig prøvelse i Højesteret fik spørgsmålet ved TfS 1998.731 H. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en del af vederlaget for overdragelse af 4 rutebiler tilhørende kontraktkørsel for et regionalt trafikelskab kunne kvalificeres som personlig goodwill for sælgeren. Højesteret tiltrådte, at der ikke ved overdragelsen var sket en afståelse af goodwill, hvorfor afhændelse af kontraktrettighederne var skattepligtige efter dagældende lov om særlig indkomstskat § 2, nr. 5, om blandt andet forpagtningskontrakter. Efterfølgende praksis med dommen i TfS 1998.459 V er i overensstemmelse hermed. Et tilsvarende resultat fremkom i TfS 1995.280 V, hvor en fraflytningsgodtgørelse omkvalificeredes fra goodwill til betaling af opgivelse af lejemål. Se om denne praksis *Ole Bjørn* i FSR's årsskrift 1990, s. 9 ff.

³²⁾ Jf. herom *Ole Bjørn* i SR-Skat 2003, s. 175 f.

for overdragelser omfattet af AFL § 40, stk. 3, idet der under visse betingelser er adgang til straksafskrivning på sådanne aktiver. *For det tredje* har grænsedragningen betydning ved overdragelser, der finder sted til retssubjekter, der er domicilerede i udlandet, f.eks., hvis det udenlandske retssubjekt, der erhverver et immaterielt aktiv, indgår i en dansk sambeskatning, og reglerne i udlandet ikke er identiske med de danske regler. *For det fjerde* har grænsedragningen betydning for reglen i AFL § 41, hvorefter der kan tillades straksafskrivning på de af bestemmelsen omfattede rettighedstyper. Sker der en samlet virksomhedsoverdragelse, vil det nødvendiggøre en identifikation af, om de samme aktiver er afstået, idet disse qua reglen i AFL § 41, stk. 2 eventuelt skal beskattes på en anden måde end den goodwill, der skal beskattes, men ikke nødvendigvis behøver at være fuldt ud afskrevet i den sælgende virksomhed.

2.2.2. Værdiansættelse

Værdiansættelse af goodwill er en nødvendighed såvel ved fastlæggelse af afståelsessummen for sælger som for afskrivningsgrundlaget for køber.

Som udgangspunkt skal skattemyndighederne anerkende den *værdiansættelse* der har fundet sted mellem parterne i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, herunder værdiansættelse af goodwill. Det fremgår af bemærkningerne til AL § 45, stk. 2-4, at parternes aftale om *fordeling* af købesummen på de enkelte aktiver i en overdragelsesaftale, som udgangspunkt skal lægges til grund af skattemyndighederne, med mindre den aftalte fordeling åbenbart ikke svarer til de faktiske værdier.³³⁾ Lovhjemmel til at foretage en efterprøvelse og eventuel tilsidesættelse af den af parterne aftalte overdragelsessum og fordelingen heraf findes i AL § 45, stk. 3, jf. stk. 2. Er den skatteansættende myndighed for sælger og køber ikke den samme, træffer den skatteansættende myndighed for sælger, der i øvrigt foretager skatteansættelsen af sælger, afgørelse om den samlede salgssum og fordelingen heraf også med direkte bindende virkning for køber, jf. AL § 45, stk. 4. Skattemyndighedernes adgang til korrigere en aftale mellem parterne om fastsættelse af goodwill vil sædvanligvis forekomme ved overdragelse mellem parter, der har interessesammenfald. Ved handel mellem parter med interessesammenfald vil der kunne forekomme tilfælde, hvor den aftalte fordeling af vederlaget står i misforhold til værdien af de enkelte overdragne aktiver. Det samme vil kunne være tilfældet, hvor kun den ene part har en skattemæssig interesse i fordelingen. Overdragelser mellem interesseforbundne parter skal ske til handelsværdien.

Det er kendetegnende, ikke alene for værdiansættelse af goodwill men for immaterielle aktiver generelt, at værdiansættelsen heraf er en overordentlig vanskelig

³³⁾ Jf. lovforslag L 102 (lov nr. 433 af 26.6. 1998) til § 45.

sag forbundet med store usikkerheder. Parterne må derfor indrømmes ganske vide rammer for den foretagne værdiansættelse af immaterielle aktiver.

Handelsværdien af goodwill kan i henhold til praksis værdiansættes efter et skøn under hensyntagen til de konkrete foreliggende omstændigheder.³⁴ Hvis der i en branche eksisterer en fast kutyme for værdiansættelse af goodwill anerkendes også skattemæssigt sådanne kutyper. Foreligger der ingen branchekutyme, kan værdiansættelsen blandt andet sandsynliggøres ved hjælp af tilstrækkeligt underbyggede sagkyndige erklæringer eller dokumenterede købstilbud fra fremmede. Såfremt der ikke er andre holdepunkter for udøvelsen af skønnet over handelsværdien, har Ligningsrådet vedtaget en beregningsregel, der som vejledende regel kan danne grundlag for skønnet over handelsværdien. Det skal understreges, at reglen er vejledende og derfor må fraviges, såfremt særlige forhold gør sig gældende, og det resultat der fremkommer som følge af reglen skal underkastes en selvstændig vurdering af, om det afspejler handelsværdien.

Beregningsreglen fremgår af Ligningsrådets vejledende anvisning om værdiansættelse af goodwill vedtaget i marts 2000, jf. TSSCIR 2000-10. Beregningsreglen er udtryk for en standardiseret form for beregning af goodwill. Der kan derfor foreligge konkrete omstændigheder, der gør beregningsmodellen mindre anvendelig. I disse tilfælde skal der korrigeres i resultatet, således at den endelige værdiansættelse skønsmæssigt svarer til den pris, en uafhængig tredjemand antages at ville betale for goodwill under de foreliggende omstændigheder. Ved anvendelsen af beregningsmodellen er det således afgørende, at der tages stilling til, hvorvidt beregningsmodellen giver en realistisk værdiansættelse af goodwill, samt om der i den situation foreligger omstændigheder, der skal tages højde for.

Grundlaget for beregningen er de regnskabsmæssige resultater før skat for de seneste 3 regnskabsår opgjort efter reglerne i årsregnskabsloven. Såfremt der tages udgangspunkt heri, skal der korrigeres for følgende poster i de enkelte år:

- ÷ Finansielle indtægter
- + Finansielle udgifter
- +/- Eventuelle ekstraordinære poster i henhold til årsregnskabsloven
- + Afskrivninger på tilkøbt goodwill

Det korrigerede resultat for 3. sidste regnskabsår ganges med 1, det korrigerede resultat for 2. sidste regnskabsår ganges med 2 og det korrigerede resultat for sid-

³⁴⁾ Jf. herom LV 2004 E.I.4.1.2.

ste regnskabsår ganges med 3. Herefter divideres med 6, hvorved en vægtet gennemsnitsindtjening fremkommer.

Såfremt der har været en konstant resultatmæssig udvikling (positiv eller negativ) inden for de 3 år, beregnes der et tillæg/fradrag for udviklingstendensen. Denne beregning tager udgangspunkt i den resultatmæssige udvikling, der har været fra det tredjesidste regnskabsår før overdragelsen til det sidste år før opgørelsestidspunktet. Som udtryk for gennemsnittet af udviklingen i de to udviklingsperioder divideres den samlede udvikling med 2. Det beregnede tillæg for udviklingstendens tillægges/fratrækkes den vægtede gennemsnitsindtjening.

Herefter fratrækkes en forrentning af samtlige aktiver i virksomhedens seneste balance forud for overdragelsen bortset fra driftsfremmede aktiver som for eksempel obligationer og pantebreve samt bogført værdi af tilkøbt goodwill. Dette gælder også likvide midler.³⁵ Forrentningen fastsættes til den på overdragelsestidspunktet gældende kapitalafkastssats, jf. VSL § 9 plus 3%. Kapitaliseringsfaktoren udtrykker forholdet mellem det forventede årlige afkast i form af en forrentningsprocent og goodwillens forventede levetid, som udtryk for, i hvor mange år man kan forvente et afkast på den erhvervede goodwill. Forrentningsprocenten er den samme som just nævnt. Goodwill kan have varierende levetid og kapitaliseringsfaktoren må ansættes i forhold hertil.³⁶

Som eksempler i anvisningens pkt. 4 på elementer der kan have betydning for værdiansættelsen og dermed føre til justering af ansættelsen efter modellen fremhæves: (1) velbegrundede forventninger til fremtiden, (2) udviklingen fra afslutningen af sidste regnskabsperiode til opgørelsestidspunktet, (3) situationer, hvor medarbejdere med afgørende indflydelse på virksomhedens indtjening, ikke følger med virksomheden, (4) i tilfælde hvor virksomhedens indtjening udelukkende eller i det væsentligste er baseret på en eller ganske få meget store kunder, vil beregningsmodellen være mindre anvendelig, og der bør ske nedslag som udtryk for den usikkerhed der er forbundet hermed.

Såfremt en virksomhed ikke har aflagt årsregnskab for de seneste 3 regnskabsår, må anvisningen anvendes med de fornødne tilpasninger.

³⁵⁾ Jf. TfS 2001.356 LR.

³⁶⁾ I anvisningen nævnes som eksempler på, hvad der er afgørende for levetiden for erhvervet goodwill: (1) type og kompleksitet af virksomhedens produkter og/eller tjenesteydelser, (2) produktion/forhandling af et indarbejdet og anerkendt varemærke må antages at have en forlængende effekt på goodwillens levetid, (3) hvis køber i løbet af kort tid ved etablering af en helt ny virksomhed kan opbygge en tilsvarende goodwill, som den der er knyttet til den aktuelle virksomhed, må goodwill antages at have en forholdsvis kort levetid. I TfS 2002.235 LSR blev levetiden for goodwill i et salgsselskab skønsmæssigt sat til 7 år.

I TfS 2003.451 LR er det fastslået, at ekstraordinære poster i de regnskaber, der indgår i beregningsgrundlaget i medfør af TSSCIR 2000-10, skal udgå af beregningen.³⁷ Denne skal alene baseres på virksomhedens primære erhvervsområde, hvorved eksempelvis gevinster fra salg af driftsmidler, ejendomme eller værdipapirer kan udgå af beregningsgrundlaget.

2.3. Andre immaterielle rettigheder

2.3.1. Enerettigheder – beskatning og værdiansættelse

Fortjeneste og tab ved afståelse mv. af immaterielle rettigheder omfattet af AFL § 40, stk. 2 medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. AFL § 40, stk. 6. Bestemmelsen omfatter særlige fremstillingsmetoder eller lignende (knowhow), patentrettigheder, forfatter- og kunstnerrettigheder, mønsterrettigheder og varemærkerettigheder. Med særlige fremstillingsmetoder eller lignende tænkes navnlig på knowhow, som vedrører opfindelser og værker, der er skabt af afhænderen selv. Begrebet forfatter- og kunstnerret sigter til ophavsrettigheder som omfattet af ophavsretsloven, herunder forfatterrettigheder til skønlitteratur, videnskabelig eller faglig litteratur, filmrettigheder, retten til musikværk og retten til edb-programmer mv. Et mønster er forbilledet for en vares udseende eller ornament som er beskyttet i henhold til designloven. Et varemærke er særlige kendetegn for varer eller tjenesteydelser, som benyttes eller agtes benyttet i erhvervsvirksomhed. Varemærker nyder beskyttelse i henhold til varemærkeloven.

Opregningen af immaterielle aktiver er efter sammenhængen ikke udtømmende, idet AFL § 40 må anses for at opregne typeeksempler på immaterielle aktiver. Det er ingen betingelse for anvendelse af bestemmelsen, at rettighederne er registrerede.³⁸

Ophavs- og patentrettigheder *værdiansættes* til en skønnet værdi, hvor man ved ansættelsen af denne værdi er henvist til at foretage beregninger over de fremtidige indtægter på grundlag af ydelser som er modtaget.³⁹ Der kan blandt andet lægges vægt, på om ydelsen gennem årene har været stigende eller faldende. I mangel af andet grundlag kan rettigheden sættes til 2/3 af det samlede afkast i de sidste 3 år. Branchekutymen eller dokumenterede købstilbud fra tredjemand kan også spille en rolle i værdiansættelsen.

³⁷⁾ Se om sagen *Ole Bjørn* i SR-Skat 2003, s. 254 f.

³⁸⁾ I TfS 1994.669 LR og TfS 1995.80 LR blev filmrettigheder og i TfS 1999.574 V blev en pressefotografers personlige billedarkiv anset for at være immaterialrettigheder.

³⁹⁾ Jf. pkt. 29 i Cirk. nr. 185 af 17.11. 1982.

Særligt know how, koncessioner, varemærker og lignende immaterialrettigheder kan også volde vanskeligheder i forbindelse med opgørelsen af en handelsværdi. Der kan formentlig også ved det konkrete skøn henses til branchekutymen eller dokumenterede købstilbud fra tredjemand.⁴⁰

2.3.2. Udbytte-, forpagtnings- eller lejekontrakter

Omfattet af AFL § 40, stk. 2 er tillige udbytte- forpagtnings- og lejekontrakter. Ved en *udbyttekontrakt* forstås enhver kontrakt, der giver ret til løbende indkomst. Der er ikke her kun tale om retten til overskudsandel, idet eksempelvis også ret til licensindtægter og aftaler om retten til at administrere faste ejendomme kan anses som udbyttekontrakter.⁴¹ En sådan ret kan være opstået enten ved overdragelse af udnyttelsesretten til et formuegode eller i forbindelse med et salg mv. af et sådant. AFL § 40, stk. 2 omfatter udelukkende overdragelse af *bestående udbyttekontrakter*. Selve stiftelsen af en udbyttekontrakt i forbindelse med overdragelse af et immaterielt aktiv vil være omfattet af LL § 12 B om løbende ydelser. Det ses herved, at AFL § 40, stk. 2 omhandler overdragelse af udbyttekontrakter som er eksisterende, mens selve stiftelsen af en aftale herom er omfattet af LL § 12 B.

Tilsvarende omfatter AFL § 40, stk. 2 alene kontrakter om beløb der er uforfaldne, idet overdragelse af retten til forfaldne beløb er omfattet af kursgevinstlovens regler. Afregningsmetoden for beløbene berører ikke bestemmelsens anvendelsesområde, herunder om der er tale om kontantafregning eller frigørelse fra gæld.⁴² Følgende rettigheder ikke omfattet af AFL § 40, stk. 2: testamentarisk ret til

⁴⁰⁾ Værdiansættelse af immaterielle aktiver udgør en ganske stor udfordring i skatteretten. Spørgsmålet har betydning i følgende relationer: (1) fordeling af anskaffelsessummen på de enkelte aktivtyper, jf. AFL § 45, stk. 2, (2) opgørelse af grundlaget for afskrivning og straksfradrag vedrørende patentrettigheder og knowhow, jf. AFL §§ 40 og 41, (3) straksfradrag for udgifter til softwarerettigheder og softwarelicenser, jf. AFL §§ 5 og 6, (4) begrænsning af afskrivningsgrundlag ved koncernintern overdragelse af goodwill, jf. AFL § 40, stk. 5, (5) fastsættelse af indgangsværdier ved inddragelse af afskrivningsberettigede aktiver under dansk beskatning, og (6) intern overdragelse og licensering mv., jf. LL § 2. Se for denne opgørelse og værdiansættelsesspørgsmålet generelt *Arne Møllin Ottosen* i SU 2004.83. Forfatteren konstaterer skatterettens manglende manglende værdiansættelsesinstrumenter vedrørende immaterielle aktiver og omtaler i forbindelse hermed alternative modeller. Det konkluderes, at afgørelse af, hvilken model der er den rigtige afhænger af såvel aktivets karakter som den kommercielle og juridiske sammenhæng, rettigheden og værdiansættelsen konkret indgår i, og af hvilket empirisk materiale der måtte være til rådighed. Sammenfattende fremhæves dog det fællestræk, at der er usikkerhed forbundet med værdiansættelsen af unikke aktiver som immaterielle aktiver udgør.

⁴¹⁾ Se TfS 1989.64 LR om et bedøkningsbevis og TfS 2002.386 Ø om en rettighed i henhold til abonnement (telefonnumre).

⁴²⁾ Jf. TfS 1991.170 LSR.

udbytte, retten til arbejdsindtægt, en interessents ret til overskudsandel i interessentskabet og pensionsaftaler mellem arbejdsgiver og - tager.⁴³

Ved *forpagtnings- eller lejekontrakt* forstås enhver kontrakt, hvor ejeren af et formuegode mod vederlag overdrager brugs- eller udnyttelsesretten hertil. Forpagtning adskiller sig fra leje ved, at forpagtningsaftaler typisk også omfatter den erhvervsvirksomhed som formuegodet knytter sig til. Det er som udgangspunkt uden betydning, om de omhandlede formuegoder har karakter af fast ejendom eller løsøre, ligesom retten til at indtræde som lejer eller forpagter og retten til at fortsætte et lejemål er omfattet af AFL § 40, stk. 2.

2.3.3. Agentur eller lignende

Godtgørelse i anledning af opgivelse afagentur eller lignende medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. AFL § 40, stk. 9, jf. stk. 3. Ud over egentlige agenturer er også tilsvarende forhold såsom eneforhandlingsrettigheder, forhandlerprivilegier og lignende omfattet af bestemmelsen.⁴⁴ Det er ingen betingelse, at modtageren skal have et egentligt krav på godtgørelsen. Også godtgørelser der ydes ud fra billighedsbetragtninger er omfattet. Det er ikke en betingelse, at godtgørelsen ydes som en engangsydelse.⁴⁵

Vederlag for påtagelse af indskrænkninger i adgangen til fri erhvervsudøvelse (konkurrenceklausuler) medregnes tillige ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. AFL § 40, stk. 9, jf. stk. 3.⁴⁶

2.4. Særlige regler vedrørende beskatning af sælger ved afståelse af immaterielle aktiver.

Ud over hovedreglen i AFL § 40, stk. 6 findes der en række særbestemmelser i ligningsloven, som hjemler en lempeligere beskatning af afståelsesvederlaget

⁴³⁾ Jf. LV 2004 E.I.4.2.2.1.

⁴⁴⁾ Højesteret har i to situationer fastslået, at kundekredsen (og dermed goodwill) i *eneforhandlingsaftaler* tilhører leverandøren/producenten og dermed ikke eneforhandleren. Det blev således i TfS 2001.231 H og TfS 2002.563 H fastslået, at opsigelse af en eneforhandlingsret blev anset for at udgøre en afståelse omfattet af dagældende LSI § 2, nr. 9, nu AFL § 40, stk. 3. Se om disse domme *Ole Bjørn* i SR-Skat 2003, s. 176 f. Tilsvarende blev det i TfS 1999.84 H fastslået, at vederlag udbetalt i forbindelse med opsigelse af en *agenturafiale* måtte anses dels som en godtgørelse for opgivelse afagentur dels som vederlag for påtagelse af en konkurrenceklausul.

⁴⁵⁾ Jf. TfS 1993.198 LSR.

⁴⁶⁾ Se hertil eksempelvis TfS 1999.967 Ø.

eller en udskydelse af beskatningstidspunktet. Disse regler findes i LL §§ 7 O, 27 A og 27 E. LL § 27 A er en periodiseringsregel og omtales derfor nærmere under punkt 5.

2.4.1. Beskatning af visse éngangsindtægter - LL § 7 O

I henhold til LL § 7 O, stk. 2 kan visse særligt store indtægter for *fysiske personer* undergives en lempelig beskatning.⁴⁷ Herved udlignes i et vist omfang den progressionsvirkning i skattesystemet, der ellers ville blive udløst ved at særligt store indtægter samles i ét år. Den lempelige beskatning består i, at der indrømmes et bundfradrag, hvorefter alene 85% af den resterende indkomst medregnes i den skattepligtige indkomst. I 2004 udgør bundfradraget 12.700 kr. Beløbet reguleres i henhold til PSL § 20.

LL § 7 O foreskriver i stk. 1, nr. 4 de særlige betingelser for immaterielle aktiver. Bestemmelsen omfatter indtægter fra opfinderarbejde, arbejde af litterær karakter, skabende kunstnerisk eller videnskabelig karakter. Omfattet er således indtægter ved afståelse af patenter, brugsmodeller, ophavsret⁴⁸, mønsterrettigheder og formentlig knowhow.⁴⁹ Derimod omfattes ikke vederlag ved afståelse af et varemærke, idet en sådan rettighed ikke er et produkt af opfinderarbejde mv. LL § 7 O omfatter tillige løbende betalinger i form af royalties.

Bestemmelsen forudsætter, at arbejdet er udført af den skatteyder der oppebærer indtægten. Samtidig forudsætter bestemmelsen, at indtægten har en særligt kvalificeret størrelse, idet det angives, at indkomsten efter at være reduceret med arbejdsmarkedsbidrag skal overstige et sammenligningsbeløb. Sammenligningsbeløbet opgøres som 25% af gennemsnittet af skatteyderens indtægt i de tre forudgående år forud for den ekstraordinært store indtægt. Skatteyderens indtægt opgøres som skatteyderens skattepligtige indkomst. Hvis den skattepligtiges øvrige indkomst i det år hvori indkomsten erhverves er mindre end gennemsnittet forhøjes sammenligningsbeløbet med forskellen.

De indtægter der omfattes af lempelsesreglen må ikke antage en så varig og fast karakter, at der ud fra en konkret bedømmelse ikke længere vil være tale om én ekstraordinær stor indtægt. Hertil kommer, at der skal være en direkte sammen-

⁴⁷⁾ Se herom Cirk. nr. 199 af 16.12. 1999, pkt. 2.8.4.1. med eksempler på reglens anvendelse og *Mette Klingsten & Henrik Peytz*: Ligningsloven med kommentarer, 2000, s. 222 ff.

⁴⁸⁾ Der skal være tale om et *værk* i ophavsretlig forstand, hvormed kun skabende kunstneres arbejde er omfattet af reglen.

⁴⁹⁾ *Jf. Jørn Vestergaard-Jensen & Albert Kusk* i TfS 1999.959.

hæng mellem indtægterne og det arbejde, der kvalificerer til lempelse. Legater og stipendier er ikke omfattet af reglen.

Der er så vidt ses ikke noget til hinder for at LL § 7 O kan anvendes i sammenhæng med LL § 27 E (om overdragelse mod vederlæggelse med idéaktier), LL § 27 A (om udskydelse af beskatningen ved overdragelse på kredit) eller AFL § 40, stk. 7 (om henstand med skattebetalingen).⁵⁰

2.4.2. Idé-/opfinderaktier – LL § 27 E

Ligningslovens § 27 E giver mulighed for, at en fysisk person, som ved afhændelsen af et forsknings- eller udviklingsarbejde til et aktie- eller anpartsselskab modtager hele afståelsesvederlaget i form af aktier eller anparter (idéaktier) i det modtagende selskab, kan medregne vederlaget til sin skattepligtige indkomst over en 10-årig periode.⁵¹ Den 10-årige periode begynder med det indkomstår, hvori afhændelsen finder sted.

Bestemmelsen omfatter patenter, supplerende beskyttelsescertifikater, brugsmødder, samt formentlig ret til halvledertopografi, software omfattet af ophavsretsloven samt knowhow.⁵² Begrebet ”forsknings- eller udviklingsarbejde” er dog ikke nærmere defineret nogetsteds.

Det er en betingelse, at afhændelsen sker med henblik på *videreudvikling* af det nævnte forsknings- eller udviklingsarbejde. Videreudvikling skal fortolkes bredt. Der kan eksempelvis være tale om konstruktions- eller modningsarbejder, fremsstilling eller afprøvning af prototyper, formgivning, udvikling og konstruktion af eventuelt særligt produktionsudstyr, markedsundersøgelser, tekniske undersøgelser samt andre aktiviteter, som er nødvendige forudsætninger for en erhvervs-mæssig udnyttelse af resultaterne af et forsknings- eller udviklingsarbejde. Der kan endvidere være tale om, at selskabet skal forestå den egentlige kommercielle udnyttelse af arbejdet herunder anlægs- og driftsfinansiering.

Den skattepligtige bestemmer selv, hvor stor en del af vederlaget der skal medregnes i de enkelte indkomstår inden for 10-års perioden. Hermed udgør reglen tillige en undtagelse til almindelige periodiseringsprincipper. Beløb der er medregnet for indkomsten for ét år, kan ikke senere overføres til et andet år. Ved selv-

⁵⁰⁾ Jf. Jørn Vestergaard-Jensen & Albert Kusk i TFS 1999.959.

⁵¹⁾ For ikke at komme i strid med den EU-retten må der formentlig indrømmes en tilsvarende adgang ved overdragelser til kapitalsekskaber i EU.

⁵²⁾ Jf. Jørn Vestergaard-Jensen & Albert Kusk i TFS 1999.959.

angivelsen skal der gives oplysning om den del af vederlaget, der endnu ikke er medregnet i den skattepligtige indkomst, jf. LL § 27 E, stk. 2.

Der er for så vidt intet til hinder for at anvende LL § 27 E ved overdragelse til forskerens eget selskab. Endvidere kan bestemmelsen kombineres med reglerne i virksomhedsomdannelsesloven.⁵³

Vederlaget for de afståede immaterielle aktiver, som modtages i aktier/anparter, ansættes i afhændelsesåret til værdien af de modtagne aktier. Denne værdi udgør tillige aktiernes anskaffelsessum. De efterfølgende værdistigninger af de modtagne aktier/anparter beskattes ved afståelse af aktierne/anparterne, jf. ABL § 2 e. ABL § 2 e indebærer, at de almindelige sondringer mellem kort- og langtidsaktier og børsnoterede og ikke-børsnoterede aktier er irrelevant. I stedet er det bestemt, at avancen på idéaktier altid skal opgøres efter gennemsnitsmetoden, jf. ABL § 6, stk. 1, sammenholdt med stk. 3.⁵⁴ Fortjeneste og tab udgør altid aktieindkomst, jf. PSL § 4 a, stk. 1, nr. 4.

Ved afhændelse af idéaktierne skal skatteyderen have medregnet den del af vederlaget ved sin skattepligtige indkomst, der svarer til afståelsessummen, jf. LL § 27 E, stk. 3.

I LL § 27 E, stk. 4 gives særlige regler om den situation, hvor skatteyderens skattepligt til Danmark ophører. Er dette tilfældet, skal der i ophørsåret ske medregning ved indkomstopgørelsen af den del af vederlaget der endnu ikke er medregnet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

2.5. Næring

Afstås aktiver, som nævnt i AFL § 40, stk. 1 eller 2, der er erhvervet som led i den skattepligtiges næringsvej, beskattes fortjeneste og tab fuldt ud i den skattepligtige indkomst i salgsåret, jf. AFL § 50, stk. 1.⁵⁵

⁵³⁾ Jf. TfS 2003.452 LR om en forskergruppes overdragelse af denne virksomhed til et fælles nystiftet selskab. Forskerne kunne hver især anvende LL § 27 E.

⁵⁴⁾ Om gennemsnitsmetoden erindres det, at der herved tages udgangspunkt i en gennemsnitlig anskaffelsessum for aktionærenes beholdning af aktier i det pågældende selskab i stedet for anskaffelsessummen for de enkelte aktier. Fortjeneste eller tab er forskellen mellem afståelsessummen og den gennemsnitlige anskaffelsessum.

⁵⁵⁾ I TfS 1996.652 H ansås goodwill knyttet til salg af næringsejendomme med hotelvirksomhed ikke for omfattet af næringsvirksomheden.

3. Afskrivning

Reglerne om skattemæssige afskrivninger er lovgivningsmæssigt placeret som det centrale regelgrundlag vedrørende beskatningen af immaterielle aktiver, idet reglerne om afståelsesbeskatning som beskrevet ovenfor tillige er placeret i afskrivningsloven. Fremstillingsteknisk behandles situationerne dog omvendt i denne fremstilling.

Afskrivningshjemmelen vedrørende immaterielle aktiver findes i AFL § 40, stk. 1-5. Generelt må det bemærkes, at AL § 40 indebærer samme afskrivningsperiode for immaterielle aktiver. Erhververen af et immaterielt aktiv kan afskrive fuldt ud i afståelsesåret, jf. AFL § 40, stk. 1 og 4. Som også afskrivningslovens øvrige afskrivninger er afskrivningerne i henhold til AFL § 40 ubundne (frivillige).

Såfremt et immaterielt aktiv er erhvervet til brug for *forsøgs- eller forskningsvirksomhed*, kan skatteministeren tillade, at afskrivning påbegyndes før igangsættelsen af den erhvervsvirksomhed, som forsøgene eller forskningen tager sigte på, jf. AFL § 51.⁵⁶

3.1. Goodwillafskrivning

Den skattemæssige behandling af goodwill, herunder afskrivningsadgangen har været undergivet en del ændringer gennem tiden. Ved erhvervelse af goodwill kan erhververen efter nugældende regler foretage afskrivninger fra og med det indkomstår, hvori der er indgået endelig aftale om overdragelsen. Afskrivningstidspunktet udgør en fravigelse fra det almindelige udgangspunkt i afskrivningsloven, hvorefter afskrivning forudsætter erhvervsmæssig benyttelse af aktivet, jf. AFL § 1. Der kan ikke foretages afskrivning i det indkomstår, hvori goodwill som del af en virksomhed sælges eller opgives, jf. AFL § 40, stk. 4.

Anskaffelsessummen kan afskrives med indtil 1/7 årligt.⁵⁷ Der er med andre ord tale om lineære afskrivninger (en fast årlig afskrivning af det oprindelige afskriv-

⁵⁶⁾ Den kommunale skattemyndighed er ved § 10 i bekg. nr. 520 af 25.6. 2002 bemyndiget til at træffe afgørelser i 1. instans vedrørende fysiske personer og dødsboer. Hvis der er tale om et aktie- eller anpartsselskab er det ikke nødvendigt at indhente tilladelse.

⁵⁷⁾ Denne afskrivningssats som tidligere var 1/10 har virkning fra 1.1.1998 og har medført, at tidligere tiders vanskelige afgrænsning overfor påtagelse af kundeklausuler og overtagelse af lejekontrakter ikke længere er aktuel. Goodwill erhvervet før 1.1. 1998 kan fortsat kun afskrives med indtil 10% årligt, jf. AFL § 60.

ningsgrundlag). Goodwillafskrivningerne er ubundne.⁵⁸ Det er alene tilkøbt goodwill der kan afskrives, mens adgangen ikke består for goodwill som er oparbejdet i virksomheden.⁵⁹

Ved *overdragelse af goodwill mellem interesseforbundne parter* gælder der i medfør af AFL § 40, stk. 5 særlige regler om fastsættelsen af afskrivningsgrundlaget. Der findes ikke en tilsvarende særregel ved overdragelsen af andre immaterielle aktiver. Af reglen følger, at afskrivningsretten for goodwill reduceres i det omfang aktivet erhverves fra en interesseforbundet part, der som følge af overgangsregler i AFL ikke selv skal beskattes fuldt ud ved afståelsen, jf. også AFL § 60, stk. 2. Ordlyden af bestemmelsen angiver anvendelsesområdet til at omfatte overdragelse mellem en person og et selskab mv. eller mellem selskaber mv. indbyrdes. Herved sigtes til selskaber mv. omfattet af SEL §§ 1 og 2 og FBL § 1, uanset om disse er fuldt skattepligtige, begrænset skattepligtige eller slet ikke skattepligtige her til landet. Det er en forudsætning, at den ene af parterne har

⁵⁸⁾ Koncerngoodwill opstået ved et selskabs opkøb af et andet kan ikke afskrives skattemæssigt, idet der er tale om erhvervelse af aktier eller anparter og dermed ikke goodwill, men derimod mérpris for aktierne, jf. herom *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2003/04, s. 254.

⁵⁹⁾ Dette forhold har ledt til skatteplanlægning, hvorefter koncerner har foretaget skattefri omstruktureringer i udlandet, hvorved der er sket en overdragelse af eksempelvis oparbejdet goodwill fra et koncernselskab til et andet. Siden etableres der dansk sambeskatning eller selskabet flytter til Danmark. Det erhvervende selskab vil herefter, når det bliver omfattet af dansk beskatning, kunne afskrive på aktivet på grundlag af handelsværdien på omstruktureringstidspunktet ved sin danske indkomstopgørelse. Koncernen opnår herved en afskrivningsret på et immaterielt aktiv, som ikke er erhvervet mod vederlag, idet koncernen selv har oparbejdet aktivet, jf. herom lovforslag L 27 af 9.10. 2003. For at imødegå dette er det nu i SEL § 8 B, stk. 1 fastslået, at hvis afskrivningsberettigede aktiver er erhvervet fra et koncernforbundet selskab inden inddragelsen under dansk beskatning uden at overdrageren er blevet beskattet efter danske eller udenlandske regler, indtræder det erhvervende selskab i det overdragende selskabs anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter. Endvidere er det i SEL § 8 B, stk. 2 fastslået, at et immaterielt aktiv anses for oparbejdet af det selskab, som inddrages under dansk beskatning, når aktivet er erhvervet fra et koncernforbundet selskab, som selv har oparbejdet aktivet. Dette gælder dog kun i de tilfælde, hvor det koncernforbundne selskab ikke er blevet beskattet efter danske eller udenlandske regler i forbindelse med overdragelsen. Herved undgås det, at en koncern konverterer ikke afskrivningsberettigede immaterielle aktiver til afskrivningsberettiget erhvervet goodwill. Endvidere undgås det, at der opnås en "gratis" forøgelse af anskaffelsessummer og dermed afskrivningsgrundlaget (step up). Disse regler er udslag af neutralitetsprincippet, idet det ikke skal være mere fordelagtigt at drive virksomhed i koncernform end i enkeltsselskaber.

bestemmende indflydelse på den anden parts handlemåde, herunder på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse.⁶⁰ Bestemmelsen finder ikke anvendelse ved overdragelse mellem fysiske personer.

Formålet er at forhindre skattemæssige fordele som følge af, at erhververen som udgangspunkt kan afskrive på den fulde anskaffelsessum, mens overdrageren alene beskattes af en opnået fortjeneste. AFL § 40, stk. 5 indebærer, at der fastlægges et nyt afskrivningsgrundlag for erhververen. Afskrivningsgrundlaget fastsættes til et beløb der svarer til overdragerens skattepligtige fortjeneste med tillæg af den uafskrevne del af overdragerens afskrivningsberettigede anskaffelsessum.⁶¹

3.2. Afskrivning på andre immaterielle aktiver

Hvis en skatteyder afholder udgifter til køb af andre immaterielle rettigheder i form af, knowhow, forfatter- og kunstnerrettigheder⁶², mønsterret, varemærkerettigheder eller retten ifølge en udbytte-⁶³, forpagtnings-, eller lejekontrakt, kan sådanne rettigheder i lighed med goodwill afskrives som en 7 årlig lineær afskrivning, jf. AFL § 40, stk. 2 og 3 og § 41. Rettigheder erhvervet før 1.1.1998 kan dog kun afskrives med indtil 10% årligt. Der kan afskrives fra og med det indkomstår, hvor der er indgået endelig aftale om afståelse eller opgivelse (fuld afskrivning i aftaleåret), jf. AFL § 40, stk. 1, til og med året før afståelses- eller opgivelsesåret (ingen afskrivning i afståelsesåret), jf. AFL § 40, stk. 4.⁶⁴ Sidstnævnte regel er en konsekvens af førstnævnte.

Som allerede nævnt er AFL § 40, stk. 2 ikke udtømmende.⁶⁵ Ved erhvervelse af rettigheder, der er beskyttet efter anden lovgivning, og hvor beskyttelsesperioden

⁶⁰⁾ Der er herved tale om en præciseret variant af det skatteretlige kriterium om bestemmende indflydelse, jf. hertil *Jakob Bundgaard* i Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 77 ff. I LV 2004 E.C.5.3.6. gives eksempler på forståelsen af kriteriet om bestemmende indflydelse i AFL § 40, stk. 5, ligesom kriteriet er belyst i TfS 1997.87 LR.

⁶¹⁾ Der skete en nedsættelse af afskrivningsgrundlaget i TfS 2000.65 LR.

⁶²⁾ Begrebet omfatter ophavsrettigheder og dermed principielt tillige retten til edb-programmer. Udgifter til anskaffelse af tidsubegrænset brugsret til edb-programmer afskrives dog efter regler i afskrivningslovens kapitel 2 (driftsmidler og skibe).

⁶³⁾ I TfS 2002.158 Ø blev en aftale om vederlæggelse af 10% af honorarindtægterne fra en udtrædende revisors tidligere klienter ikke anset som en afskrivningsberettiget udgift til erhvervelse af en udbyttekontrakt i.h.t. dagældende LSI § 15.

⁶⁴⁾ Udløb af en rettighed sidestilles ikke med rettighedens opgivelse, jf. TfS 2001.448 LR.

⁶⁵⁾ I TfS 2003.760 V blev der indrømmet afskrivningsadgang til en betaling for en brugsret til fast ejendom i forbindelse med opførelsen af en vindmølle.

på aftaletidspunktet er mindre end 7 år, kan der afskrives med en sats svarende til at anskaffelsessummen afskrives med lige store beløb over beskyttelsesperioden. Dette udsagn sigter mod erhvervelse af eksempelvis patenter eller ophavsrettigheder, hvor den resterende beskyttelsesperiode er under 7 år. Retten til at foretage afskrivning gælder alene så længe rettigheden består, idet afskrivning herefter ikke længere kan finde sted.

Erhververen af en løbende ydelse kan efter AFL § 40, stk. 2, 2. pkt. ikke afskrive på anskaffelsessummen, når erhververen er identisk med yderen af den løbende ydelse, hvilket vil sige, at afståelsen/erhvervelsen er omfattet af LL § 12 B, stk. 7.

Også godtgørelser i anledning af opgivelse af agenturer eller lignende og vederlag for påtagelse af konkurrenceklausuler, hvor vederlaget ydes én gang for alle kan afskrives med 1/7 årligt, jf. AFL § 40, stk. 3. Det samme gælder for vederlag til afløsning (dvs. opgivelse) af pensionstilsagn, der ikke er afdækket i et pengeinstitut. En ret til straksafskrivning kan dog komme på tale, hvis ydelser af den nævnte karakter, tilsammen udgør mindre end 5% af de samlede lønudgifter i yderens virksomhed.

For så vidt angår udgifter til erhvervelse af knowhow og patentrettigheder samt udgifter til erhvervelse af licens- eller brugsrettigheder til knowhow eller patentrettigheder findes der tillige mulighed for at fradrage udgiften fuldt ud i det indkomstår, hvori udgifterne er afholdt (straksafskrivning), jf. AFL § 41, stk. 1.⁶⁶ Det er en betingelse for denne adgang, at udgifterne til erhvervelse af de immaterielle aktiver skal være afholdt i tilknytning til den skattepligtiges erhverv. Er dette ikke tilfældet behandles også knowhow og patentrettigheden som de øvrige rettigheder, hvorved der er adgang til at foretage en 7-årig lineær afskrivning.

Til denne straksafskrivningsadgang knytter der sig en særlig regel om den efterfølgende afståelsessituation, jf. AFL § 41, stk. 2. Således gælder det, at salgssummen skal medregnes fuldt ud i den skattepligtige indkomst i det indkomstår, hvori salget finder sted, hvis der er foretaget straksafskrivning. Reglen indebærer med andre ord skat af genvundne afskrivninger.

Ved afståelse af immaterielle aktiver sker der tillige generelt beskatning af genvundne afskrivninger, jf. AFL § 40, stk. 6, idet beskatningen sker på baggrund af afståelsessummen med fradrag af anskaffelsessummen og samtlige foretagne afskrivninger.

⁶⁶⁾ Det er ikke helt klart, hvad det vil sige, at udgiften skal være afholdt. Formentlig er det tilstrækkeligt, at køber har forpligtet sig til at betale købesummen.

4. Løbende indtægter fra immaterielle aktiver

Værdien af immaterialrettigheder findes forenklet sagt i, at de giver rettighedshaveren ret til at nedlægge forbud mod, at konkurrenter gør brug af eksempelvis samme opfindelse, produktkendetegn eller produktdesign. I forbindelse med rettighedshaverens overvejelser om, hvorvidt det immaterielle aktiv skal afstås helt eller delvist, har det blandt andet betydning, at salg af en immaterialrettighed er en uigenkaldelig handling, og rettighedshaveren derved mister samtlige rettigheder over det pågældende immaterielle aktiv. En *licensaftale* indebærer derimod alene, at licensgiver overlader retten til at bruge/udnytte en immaterialrettighed til en eller flere licenstagere, mod betaling i form af royalty, licensafgift eller leje (samlet benævnt royalty i det følgende). Licensaftalen minder således i vidt omfang om en lejeaftale, idet ejendomsretten til immaterialretten fortsat tilhører licensgiver. Løbende betalinger for immaterielle aktiver kan tillige forekomme som følge af virksomhedsleje.

Idet der ikke findes nogen særregler om beskattningen af royaltybetalinger falder vi tilbage på de almindelige regler i SL §§ 4 og 6. Indkomst fra licensaftaler, herunder i form af royalty og lignende, anses for indkomst omfattet af SL § 4 b. SL § 4 b omfatter tidsbegrænset overdragelse af brugsrettigheder til immaterielle aktiver.⁶⁷

Skatteretligt må royalty som udgangspunkt forstås i overensstemmelse med den civilretlige kvalifikation af ydelsen. Dog må den skatteretlige royaltydefinition i KSL § 65 C, stk. 4 være retningsgivende for hvad der skal anses for at udgøre royaltybetalinger.⁶⁸ Heraf fremgår, at der ved royalty forstås betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende ethvert patent, varemærke, mønster eller model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller som vederlag for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.

Med udgangspunkt i parternes aftale kan det således afgøres om der tillige i skatteretlig henseende foreligger en royaltybetaling. Der bør således undersøges, hvilke retlige beføjelser over det immaterielle aktiv der overdrages, herunder hvorvidt der alene overdrages en brugsret (partiell overdragelse), eller om den fulde ejendomsret til aktivet overdrages. I førstnævnte tilfælde vil indtægten udgøre en royaltybetaling, mens den i sidstnævnte tilfælde vil udgøre et afståelsesvederlag.

Er der tale om royalty skal der ikke ske kapitalisering af ydelsen i aftaleåret. Dette

⁶⁷⁾ Se herom ovenfor og Jørn Vestergaard-Jensen & Albert Kusk i TfS 2000.649.

⁶⁸⁾ Jf. Jørn Vestergaard-Jensen & Albert Kusk i TfS 2000.649.

gælder uanset, om der er fastsat en minimumsroyalty for den årrække, som licensaftalen løber. Udgangspunktet er, at modtageren af en royalty beskattes heraf i betalingsåret. Betaling af et éngangsbeløb (lump sum payment) for benyttelsen af et immaterielt aktiv over en årrække vil ofte ikke i sin helhed skulle indtægtsføres i aftaleåret. I stedet skal der ske en fordeling af ydelsen, idet retserhvervsprincipperne tilsiger, at ydelsen først skal indtægtsføres, når der er erhvervet endelig ret hertil.⁶⁹ Det afgørende er med andre ord, om modtageren har erhvervet endelig ret i aftaleåret eller om denne retserhvervelse først indtræder løbende. Typisk erhverves først endelig ret til indkomsten, når licenstagere har haft adgang til licensen i det enkelte år, idet licenstagere herved forpligtes til at betale for brugen af licensen.⁷⁰

LL § 7 O om nedsættelse af skatten ved særligt store engangsindtægter finder tilsvarende anvendelse ved royaltybetalinger, hvis betingelserne for at anvende bestemmelsen i øvrigt er opfyldt.

Licenstagernes fradragsret for royaltybetalinger følger af SL § 6 a. Pligtpådragelsesprincippet tilsiger, at fradragsretten indtræder i takt med at der opstår en retlig forpligtelse til at afholde udgiften. Hvis der betales en royalty for en flerårig periode ved et éngangsbeløb i aftaleåret, vil licenstagere skulle henføre betalingen til det indkomstår, som udgiften relaterer sig til, jf. SL § 6 a, med kravet om at en udgift skal være "anvendt" i "årets løb" for at kunne fradrages som en driftsomkostning det pågældende indkomstår.⁷¹

⁶⁹⁾ Jf. Jørn Vestergaard-Jensen & Albert Kusk i TfS 2000.649.

⁷⁰⁾ Jf. TfS 1989.224 LSR modsætningsvis, TfS 1995.462 Ø, TfS 1998.697 og TfS 1995.811 SKM.

⁷¹⁾ I TfS 2004.76 H anerkendte højesterets flertal et selskabs fradrag efter SL § 6 for anskaffelsesudgiften til en række filmrettigheder, vedrørende ældre film. Fradraget skulle dog fordeles over anskaffelsesåret og det følgende indkomstår. Selvom dommen vedrører fortolkningen af dagældende LSI § 2, nr. 4 og dagældende LL § 16 F, stk. 2 har den tillige betydning for fortolkningen af AFL § 40, stk. 2. Præjudikatværdien ses i forhold til selve afhændelsesbegrebet. Dommen må tages til indtægt for det standpunkt, at begrænsede afståelser af ophavsrettigheder ikke udgør en afståelse af en begrænset tinglig rettighed omfattet af SL § 5 a og kapitalgevinstbeskatningslovgivningen, men derimod en overgivelse af brugsrettigheder omfattet af SL §§ 4 og 6. Dommen er kommenteret af Jan Pedersen i RR 2004 SM 30 ff, der finder, at dommens resultat vel kan forsvares, såfremt der er tale om en kortere overladelse af brugsretten (som i sagen på 3 og 4 år) eller af brugsmæssig karakter.

AFL § 41 om straksafskrivning af udgifter til erhvervelse af licens til knowhow eller patentrettigheder finder også anvendelse i denne situation.⁷²

Betalinger af royalties fra Danmark til en licensgiver i udlandet kan udløse *be-grænset skattepligt* heraf for den udenlandske licensgiver, jf. KSL § 2, stk. 1, litra i) og SEL § 2, stk. 1, litra g). Royalty er defineret i KSL § 65 C, stk. 4. Som følge af indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster kan denne skat dog skulle frafaldes eller nedsættes. Som følge af vedtagelsen af EU's rente-/royaltydirektiv (direktiv 2003/49/EF) gælder der imidlertid en kildeskattefritagelse for koncerninterne royaltybetalinger, jf. direktivets art. 1 og SEL § 2, stk. 1, litra d).

I medfør af SKL § 7 A, stk. 1, nr. 2 er der indberetningspligt for virksomheder, der har udbetalt eller godskrevet vederlag for udnyttelse af ophavsrettigheder, patentrettigheder, mønster, varemærke og lignende samt vederlag for reklame-mæssig udnyttelse af en person.

5. Opgørelsen af fortjeneste og tab, fastlæggelse af afskrivningsgrundlag og periodisering

Fortjeneste eller tab ved afståelse af immaterielle aktiver opgøres som forskellen mellem afståelsessummen og anskaffelsessummen med fradrag for samtlige foretagne afskrivninger, herunder forlodsafskrivninger. Afstås oparbejdet goodwill eller andre immaterielle aktiver, der er skabt af afhænderen selv, opgøres fortjenesten som et beløb svarende til den kontantomregnede afståelsessum, da anskaffelsessummen vil være 0 kr. Har sælgeren både oparbejdet og tilkøbt goodwill, er det nødvendigt at afgøre, hvilken del af virksomhedens goodwill, der anses for afstået ved opgørelsen af anskaffelsessummen og dermed fortjeneste eller tab. Omfatter overdragelsen en delvis virksomhedsafståelse med både eget oparbejdet goodwill og tilkøbt goodwill, skal den solgte goodwill anses for at hidrøre fra såvel virksomhedens oparbejdede som tilkøbte goodwill.

Hvis der ikke foretages en kontanthandel skal der ske en omregning til salgssum-mens, vederlagets eller godtgørelsens *kontantværdi*, jf. AFL § 45. Det samme gælder for erhververens anskaffelsessum til brug for fastsættelse af dennes af-skrivningsgrundlag. Kontantværdien beregnes ved at lægge den kontante del af salgssummen henholdsvis anskaffelsessummen sammen med kursværdien af den resterende del af overdragelsessummen (aktivets gældsposter). Der er således tale

⁷²⁾ Det er dog uklart, hvilke udgifter i relation til licensrettigheder, der kan anses for "erhverv-elsesudgifter". Formentlig kan bestemmelsen anvendes til at straksfradrage udgifter til lump-sum payments og up front payments, samt udgifter til notering af licensrettigheden hos de patentudstedende myndigheder.

om at finde handelsværdien for den opståede fordring.⁷³ Omregningen skal ske efter kursværdien på overdragelsestidspunktet (anskaffelses- henholdsvis afståelsestidspunktet). Hvis det kan dokumenteres, at et aktiv er købt til markedspris kontant, og forrentning og vilkår i øvrigt ikke afviger fra markedsvilkårene for den pågældende type aktiver, kan den aftalte pris umiddelbart danne grundlag for afståelsesbeskatningen og afskrivningerne.⁷⁴ Hvor der er tale om lån, der ikke er obligationsbaserede sker værdiansættelsen efter et skøn under hensyntagen til de konkrete omstændigheder. Der henses i denne forbindelse til fordringens forrentning, løbetid og sikkerhed. Efter omstændighederne vil indhentede erklæringer fra sagkyndige kunne tillægges betydning. Ved en virksomhedsoverdragelse mellem uafhængige parter vil den aftalte kursværdi skulle lægges til grund.

For fysiske personer medregnes fortjeneste eller tab, godtgørelse eller vederlag i den personlige indkomst, jf. PSL § 3. Det samme gælder royaltybetalinger. Udgifter i form af royaltybetalinger kan hos erhvervsdrivende fysiske personer fradrages i den personlige indkomst, jf. PSL § 3, stk. 2. Afskrivninger på immaterielle aktiver fradrages i personlig indkomst, jf. PSL § 3, stk. 2, nr. 11.

For selskaber, beskattes afståelsesvederlag som skattepligtig selskabsindkomst, og afskrivninger på immaterielle aktiver kan fradrages i den skattepligtige selskabsindkomst. Hermed har sådanne indtægter eller fradrag en skatteværdi på 30%, jf. SEL § 17, stk. 1. Tilsvarende gælder modtagne royaltybetalinger. Foretagne royaltybetalinger kan ligeledes fradrages i den skattepligtige indkomst.

For såvel fysiske personer og selskaber gælder det, at CFC-indkomst blandt andet omfatter vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver og fortjeneste og tab ved afståelse af sådanne aktiver, jf. SEL § 32, stk. 5 og LL § 16 H. Der findes dog en undtagelse for ikke-koncerninterne transaktioner med immaterielle aktiver, der er foranlediget af datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed.

Såfremt vederlaget for det immaterielle aktiv udgøres af en løbende ydelse omfattet af LL § 12 B, stk. 1-5 kan Skatteministeren efter begæring herom give *henstand med betalingen af skatten* efter AFL § 40, stk. 6, jf. AFL § 40, stk. 7.⁷⁵ Hvis der kun er tale om delvis vederlæggelse med en løbende ydelse, kan der gives henstand for den del af skatten af fortjenesten, som svarer til den forholds-

⁷³⁾ Ligningsrådet har med TS-Cirk 1998-32 givet anvisninger herfor.

⁷⁴⁾ Jf. pkt. 3.4. i TS-Cirk 1998-32.

⁷⁵⁾ Henstanden gælder dog ikke for kommunale skatter, jf. AFL § 40, stk. 7, sidste pkt. Sådanne skatter skal afregnes i indkomståret efter reglerne i lov om kommunal indkomstskat.

mæssige andel af den kapitaliserede værdi af den løbende ydelse i forhold til afståelsessummen. Det er en betingelse for opnåelse af henstand, at begæringen herom indsendes inden udløbet af selvangivelsesfristen for aftaleåret. De modtagne ydelser skal betales som afdrag på henstandsbeløbet og forfalder til betaling den 1. i måneden efter modtagelsen af ydelsen med sidste rettidige betalingsdag den 10. i forfaldsmåneden, jf. AFL § 40, stk. 7, 7. pkt. Er hele henstandsbeløbet ikke betalt senest 7 år efter indgåelsen af overdragelsesaftalen, forfalder restbeløbet til betaling ved udløbet af dette indkomstår. Hvis derimod de løbende ydelser ophører inden 7 år, uden at modtageren fra yderen har opnået et tilstrækkeligt beløb til dækning af henstandsbeløbet, frafaldes kravet på det ikke betalte henstandsbeløb.

Som udgangspunkt skal fortjeneste ved afståelse af immaterielle aktiver beskattes i afståelsesåret i henhold til de almindelige skatteretlige periodiseringsprincipper, jf. SL §§ 4-6, uanset, hvornår berigtigelsen af købesummen finder sted. Som en undtagelse hertil findes reglen i LL § 27 A. Denne regel finder anvendelse, hvor der er tale om helt eller delvis kreditsalg af immaterielle aktiver. Dette vil sige tilfælde, hvor det er aftalt, at vederlaget ikke skal betales på én gang i afståelsesåret. Reglen indebærer, at skatteyderen i et konkret og senere indkomstår kan vælge kun at indtægtsføre de vederlagsbeløb, som efter den oprindelige aftale kan kræves betalt i det pågældende år.⁷⁶ Vederlagsbeløbene skal dog senest indtægtsføres i det år, hvori de betales. LL § 27 A indebærer en beskatning af sælgeren efter et kasseprincip når denne modtager betaling fra køberen. LL § 27 A finder anvendelse på vederlag for afhændelse af patentret, ophavsret til litterære og kunstneriske værker, ret til mønster eller varemærke eller lignende tidsbegrænsede rettigheder, herunder brugsmodelret, beskyttelsescertifikater og ret til halvledertypografi, eller vederlag for afhændelse af knowhow. De omfattede rettighedstyper er identisk med kredsen omfattet af AFL § 40, stk. 2. Trods ordlydens angivelse af udelukkende at finde anvendelse ved tidsbegrænsede rettigheder kan dette ikke med sikkerhed fastholdes, idet eksempelvis indarbejdede varemærker og knowhow ikke er tidsbegrænsede.⁷⁷ Bestemmelsen finder formentlig ikke anvendelse, hvis der sker vederlæggelse med en løbende ydelse.⁷⁸ For så vidt angår *fysiske personer* er det en betingelse, at den skattepligtige er ophavs-

⁷⁶⁾ Ændrer parterne efterfølgende den oprindelige kreditaftale, således af afdragsperioden bliver længere, skal afdragene alligevel tages til indtægt i de indkomstår, hvori de kunne kræves betalt efter den oprindelige aftale. Omvendt skal vederlagene indtægtsføres i de år, hvor de faktisk betales i tilfælde, hvor afdragene betales hurtigere end aftalt. Reglen indebærer hermed en betydelig likviditetsfordel for den, der sælger immaterialrettigheder på kredit.

⁷⁷⁾ Jf. *Niels Josephsen & Niels Reinau* i SU 2003.52.

⁷⁸⁾ Det anførte udtrykker skatteministeriets opfattelse, hvilket imødegås af *Niels Josephsen & Niels Reinau* i SU 2003.52.

mand til den afhændende rettighed eller knowhow, eller at den pågældende rettighed eller knowhow er erhvervet som led i den skattepligtiges næringsvej eller spekulationsøjemed, jf. LL § 27 A, stk. 1. Reglen finder tillige anvendelse for *selskaber og foreninger*, som er skattepligtige af vederlag ved afståelse af immaterielle aktiver i henhold til selskabsskatteloven, jf. LL § 27 A, stk. 2.

Ved afståelse af formuegoder omfattet af AFL § 40, der er erhvervet ved *gave, arv eller arveforskud* betragtes anskaffelsessummen henholdsvis salgssummen som det beløb, der er lagt til grund ved beregningen af gaveafgift, boafgift eller indkomstskat af den pågældende erhvervelse, jf. AFL § 49, 2. pkt. Har denne ikke været afgifts- eller indkomstskattepligtig, betragtes det pågældende aktivs handelsværdi på overdragelsestidspunktet som anskaffelsessum, jf. AFL § 49, 3. pkt. Ovenstående gælder ikke i det omfang, hververen efter skattelovgivningens regler herom indtræder i overdragerens skattemæssige stilling, jf. AFL § 49, 4. pkt.

Hvis et udenlandsk selskab flytter ledelsens sæde til Danmark skal der fastsættes indgangsværdier mv. i henhold til SEL § 4 A, stk. 1. Bestemmelsen fastsætter, at aktiver og passiver, som ikke i forvejen er omfattet af dansk beskatning anses for anskaffet på det faktiske anskaffelsestidspunkt til handelsværdien på tilflytningstidspunktet.⁷⁹

6. Immaterielle aktiver og skatteplanlægning

Grundet immaterielle aktivers store økonomiske betydning har forretningsmæssige og strategiske overvejelser om sådanne aktiver tillige tiltaget sig stigende betydning. Dette gælder ikke mindst i forbindelse med spørgsmålet om den rette placering af immaterielle aktiver.⁸⁰ I denne forbindelse spiller immaterielle aktiver tillige en rolle i forbindelse med skatteplanlægning.⁸¹

⁷⁹⁾ Hvis tilflytterselskabets aktiver udgør oparbejdede immaterialrettigheder, er disse ikke afskrivningsberettigede efter danske regler. Herved skal indgangsværdien fastsættes efter SEL § 4 A, stk. 1 og ikke efter stk. 2. Der kan således ikke afskrives på aktivet i Danmark, men dette har hidtil kunnet sælges til tredjemand til handelsværdien umiddelbart efter tilflytningen, uden nogen konstateret avance.

⁸⁰⁾ Se herom *Niels Josephsen & Niels Reinau* i SU 2003.52.

⁸¹⁾ Jf. *Jens Wittendorff* i SU 2003.53 og *Jakob Bundgaard* i *Armslængdeprincippet & Transfer pricing*, 2001, s. 203 ff. Se også *Niels Josephsen* i SU 2004.84, der særligt behandler spørgsmålet om, hvorvidt omdannelser i forretningsmodel indebærer afståelse af immaterielle aktiver og *Jørgen Juul Andersen & Thomas Bjerre* i SU 2004.85 vedrørende immaterielle aktiver og transfer pricing.

Ved international skatteplanlægning kan mobile indkomststrømme identificeres i grænseoverskridende koncerner for herved at overføre (placere eller omplacere) *income drivers* (*profit drivers*) til lavskattelande. Immaterielle aktiver er et typisk eksempel på profit drivers. De således identificerede income drivers kan følgelig (om)placeres. Der er således tale om en skattemæssig optimering af koncernens organisering af aktiviteter og aktiver. Effekten heraf er en minimering af koncernens globale skattebetaling samt en reduktion i den effektive skattesats.

Ejerskabet til koncernens *eksisterende* immaterielle aktiver kan flyttes. Dette vil dog som udgangspunkt udløse en beskatning. De nærmere konsekvenser heraf bør naturligvis undersøges konkret. En organisering af koncernernes Research & Development (R&D) aktiviteter kan medføre, at ejerskabet til fremtidige immaterielle aktiver tilfalder selskaber i lavskattelande. Dette kan bl.a. ske ved hjælp af R&D cost sharing/Cost Contribution Agreements (CCA) og kontraktsforskning.

En *cost sharing* aftale har til formål at dele ejerskabet til koncernens fremtidige immaterielle aktiver mellem koncernselskaberne ved at lade selskaber beliggende i lavskattelande dække en del af omkostningerne ved de fremtidige R&D-aktiviteter og som modydelse herfor opnå ret til at modtage en del af den fremtidige indtjening fra R&D-aktiviteten. En CCA indebærer ikke nødvendigvis, at den fysiske R&D aktivitet flyttes, idet ét selskab kan fortsætte med at udøve R&D mens et andet bidrager med finansiering.

Begrebet *contract research* (kontraktsforskning) indebærer i modsætning til omkostningsfordeling, at forskningsopgaver udlægges eller hjemtages til særlige forskningsvirksomheder beliggende i lavskattelande. Disse enheder udfører herefter forskningen efter udbyderens nærmere anvisninger. Forskningskontrakterne kan tilrettelægges således, at, koncernselskabet i det lavest beskattede land kommer til at eje de immaterielle rettigheder, der er resultatet af den fremtidig R&D indsats i højskattelandet.

Der er dog anledning til at udvise stor agtpågivenhed i forbindelse med skatteplanlægning ved immaterielle rettigheder. Således bør der i det mindste stilles følgende spørgsmål⁸²⁾: (1) Hvorledes forholder man sig til delvist udviklede ideer? Der skal foretages buy in payments såfremt ejerskabet til sådanne immaterialaktiver skal ændres. Såfremt der ikke tages hensyn hertil vil der opstå delt ejerskab, hvilket kan medføre alvorlige vanskeligheder herunder ved fremtidige afståelser og licensbetalinger mv. (2) Hvorledes behandles ideer der udspringer af tidligere udviklede ideer? Såfremt der i kontraktsforskningselskabet benyttes eksisterende immaterialaktiver opstår der tilsvarende problemer som nævnt ovenfor under (1).

⁸²⁾ Jf. John Henshall: Intellectual Property Horror Stories, i Tax Planning International Transfer Pricing, 2001/2, s. 3 ff.

Endelig skal der (3) spørges til om lavskatteselskabet vil være ejer af fremtidige immaterialaktiver der udspringer af nye ideer. Dette spørgsmål kan udelukkende besvares i henhold til den indgåede kontrakt og den relevante immaterialretslovgivning. Skatteplanlægning gennem kontraktsforskning forudsætter herved i det mindste, *at* der er indgået en aftale mellem parterne, *at* denne aftale skal være indgået inden forskningen resulterer i opdagelser, *at* aftalen tilsikrer at hele ejerskabet til immaterialaktiver tilkommer principalen samt *at* kontraktsvilkårene om nødvendigt kan håndhæves.

Resultatet af en aftale om kontraktsforskning vil være, at det højt beskattede selskab ikke længere oppebærer de økonomiske resultater fra den værdiskabende og risikofyldte R&D indsats, men i stedet modtager en væsentlig lavere betaling fra selskabet i lavskattelandet for de leverede R&D services. Ejendomsretten til forskningsresultaterne tilhører således udbyderen, mens forskningsenheden reelt er en servicevirksomhed, der bliver vederlagt i overensstemmelse hermed. Dermed nedbringes den effektive skatteprocent i koncernen som følge af, at indkomst flyttes fra det relativt højere beskattede selskabet til det lavere beskattede selskab. Disse værktøjer kan sammensættes på forskellig vis alt afhængig af den konkrete situation og den konkrete koncern.

Den nye EU-konkurrenceregulering med lovgivning gennem meddelelser - fremskridt, retlig sikkerhed, eller blot komplicerethed?

Jens Fejø

I. Den nye udvikling

Der er i de seneste år sket en gevaldig udvikling af EU-konkurrenceretten, ikke mindst på lovgivningsområdet. Man kan konstatere, at den nye udvikling manifesterede sin begyndelse for 5 år siden, hvor første skridt var ændringen af Rådets grundlæggende procedureforordning fra 1962, Rfo 17/62¹, og ændringen af Rådets hjemmelsforordning fra 1965 til udstedelse af gruppefritagelsesforordninger for visse vertikale aftaler, Rfo 19/65². Rfo 17/62 blev således ændret med hensyn til pligten til at anmelde aftaler for at få individuel fritagelse i medfør af EF-traktatens artikel 81, stk. 3. Det skete med vedtagelsen af Rfo 1216/1999³. Ved denne ændring var det navnlig den nye formulering af Rfo 17/62 artikel 4, stk. 2, nr. 2, litra a), som var af stor praktisk betydning, idet den nu blev formuleret således, at den ellers gældende "anmeldelsespligt" som betingelse for individuel fritagelse i henhold til TEF artikel 81, stk. 3 ikke gjaldt, når ... "aftalerne eller den samordnede praksis indgås af to eller flere virksomheder, der, hvad aftalen

¹⁾ Forordning nr. 17, Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens

²⁾ Rådets forordning nr. 19/65/EØF af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. (3), på kategorier af aftaler og samordnet praksis, EFT nr. P 36 af 6. marts 1965/533 med senere ændringer.

³⁾ Rådets forordning (EF) Nr. 1216/1999 af 10. juni 1999 om ændring af forordning nr. 17, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 1999 L 148/5.

angår, befinder sig på forskellige niveauer i produktions- eller distributionskæden, og som omhandler betingelserne for parternes køb, salg eller videresalg af visse varer eller tjenesteydelser”. Samtidig blev Rfo 1215/1999 vedtaget⁴. Ved denne ændringsforordning blev det muligt at udstede gruppefritagelsesforordninger på det vertikale område, som omfattede flere end 2 virksomheder, ligesom sådanne gruppefritagelser kunne omfatte mere vidtgående bindinger, end den hidtil gældende Rfo 19/65. Således havde Rfo 19/65 alene givet adgang til, at Kommissionen kunne udstede gruppefritagelsesforordninger, som omfattede aftaler, “hvori der kun deltager to virksomheder, og hvorved den ene forpligter sig til over for den anden at levere bestemte varer udelukkende til denne med henblik på videresalg i en bestemt del af fællesmarkedet, eller hvorved den ene forpligter sig til over for den anden at købe bestemte varer udelukkende af denne med henblik på videresalg, eller hvorved de to virksomheder har indgået sådanne eksklusive leverings- eller købsforpligtelser med henblik på videresalg”. På det pågældende tidspunkt havde Kommissionen i henhold til Rfo 19/65 udstedt gruppefritagelsesforordninger for eneforhandlingsaftaler, Kfo 1983/83⁵, for eksklusive købsaftaler, 1984/83⁶, og for franchiseaftaler, Kfo 4087/88⁷. Med Rfo 1215/1999 blev vejen banet for den første gruppefritagelsesforordning efter “den nye metode”, hvor intentionen navnlig er, at økonomiske hensyn, i stedet for rene form-afgørelser, skal danne baggrund for gruppefritagelse. Denne første forordning efter den nye metode var Kfo 2790/1999⁸ om vertikale konkurrencebegrænsende aftaler. Betegnende for hensigten med den nye metode over for vertikale aftaler er et udsagn fra forordningens præambel, som klart lader betydningen af de økonomiske overvejelser komme til orde:

“Vertikale aftaler som defineret i denne forordning kan forbedre den økonomiske effektivitet inden for en produktions- eller distributionskæde ved at muliggøre

⁴) Rådets forordning (EF) Nr. 1215/1999 af 10. juni 1999 om ændring af forordning nr. 19/65/EØF om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af aftaler og samordnet praksis.

⁵) Kfo 1983/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler (EFT 1983 L 173/1).

⁶) Kfo 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af eksklusive købsaftaler (EFT 1983 L 173/5).

⁷) Kfo 4087/88 af 30. november 1988 om anvendelse af Traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af franchiseaftaler (EFT 1988 L 359/46).

⁸) Kommissionens forordning (EF) Nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, EFT 1999 L 336/21.

bedre koordinering mellem de deltagende virksomheder. De kan navnlig medføre en reduktion af parternes transaktions- og distributionsomkostninger og optimere deres afsætnings- og investeringsniveau.

Sandsynligheden for, at sådanne effektivitetsfremmende virkninger opvejer eventuelle virkninger til skade for konkurrencen, som skyldes begrænsninger indeholdt i vertikale aftaler, afhænger af den grad af markedsstyrke, som de pågældende virksomheder besidder, og dermed i hvilket omfang disse virksomheder er udsat for konkurrence fra andre leverandører af varer eller tjenester, som køberen anser for indbyrdes ombyttelige eller substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål⁹⁾.

Siden da har udviklingen taget fart. I oktober måned året efter udstedelsen af Kfo 2790/1999 udsendte Kommissionen sine *Retningslinjer* i tilknytning hertil¹⁰⁾. Ligeledes i år 2000 udsendte Kommissionen sine to gruppefritagelsesforordninger vedrørende horisontale aftaler, henholdsvis om specialiseringsaftaler, Kfo 2658/2000¹¹⁾, og om forsknings- og udviklingsaftaler, Kfo 2659/2000¹²⁾. Disse forordninger blev fulgt op af Kommissionens Retningslinjer om horisontale aftaler fra januar 2001¹³⁾. I år 2002 udstedte Kommissionen en stærkt revideret gruppefritagelsesforordning for motorkøretøjer, Kfo 1400/2002¹⁴⁾. I 2004 er kommet en ny gruppefritagelsesforordning vedrørende teknologioverførselsaftaler, Kfo 772/2004.¹⁵⁾ Samme dag udsendtes Retningslinjer for teknologioverførselsafta-

⁹⁾ Præamblen pkt. (6)-(7).

¹⁰⁾ Kommissionens meddelelse af Retningslinjer for vertikale begrænsninger, EFT 2000 C 291/1.

¹¹⁾ Kommissionens forordning (EF) Nr. 2658/2000 af 29. november 2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af specialiseringsaftaler, EFT 2000 L 304/3.

¹²⁾ Kommissionens forordning (EF) Nr. 2659/2000 af 29. november 2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler, EFT 2000 L 304/7.

¹³⁾ Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, EFT 2001 C 3/2.

¹⁴⁾ Kommissionens forordning (EF) Nr. 1400/2002 af 31. juli 2002 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis inden for motorkøretøjsbranchen, EFT 2002 L203/30.

¹⁵⁾ Kommissionens forordning (EF) Nr. 772/2004 af 27. april 2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler, EUT 2004 L 123/11.

ler.¹⁶ Endelig er der tale om udstedelse af en række meddelelser i tilknytning til den nye grundforordning, Rfo 1/2003, samt en række meddelelser, der først og fremmest må ses som udstedt med anledning i, at et nyt konkurrenceretligt regime med decentralisering er trådt i kraft¹⁷. Det store arbejdsområde for Kommissionens lovgivningsmæssige aktivitet gennem flere år var dog den grundlæggende forordning til afløsning af den gamle Rfo 17/62, nemlig Rfo 1/2003¹⁸.

II. Udstrakt brug af meddelelser/retningslinier i tilknytning til gruppefritagelsesforordningerne

Ud fra et brugersynspunkt er der ikke fornuftig tvivl om, at ny lovgivning, som afspejler nye erfaringer og behov, som oftest er tilfredsstillende, når lovgivningsudstedelsen sker i et passende tempo, så den har tid til at fordøjes og implementeringen falde fornuftigt på plads. Der er for EU-konkurrenceretens vedkommende imidlertid det særlige forhold, som gør sig gældende, at der her i vidt omfang er tale om regulering, som ikke blot udgør hard core-lovgivning, men i høj grad om normer, som er "ikke-bindende" meddelelser. Disse kan imidlertid langt fra ignoreres, hverken af de berørte virksomheder, af de nationale konkurrencemyndigheder eller af de nationale domstole. Dette aspekt skal nærmere undergives nogle overvejelser i det følgende.

III. Principielle overvejelser over regulering gennem meddelelser/guidelines

Lovgivning gennem meddelelser rejser en række ikke blot principielle, men i høj grad også praktiske, problemer. Som et principielt problem kan i første række

¹⁶⁾ Kommissionens meddelelse af Retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler, EUT 2004 C101/2.

¹⁷⁾ Nævnes kan i denne forbindelse følgende meddelelser, der alle er offentliggjort i EUT den 27. april 2004: om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder, EFT 2004 C 101/43, om samarbejdet mellem Kommissionen og domstolene i EU's medlemsstater om anvendelse af EF-traktatens artikel 81 og 82, EUT 2004 C 101/54, om Kommissionens behandling af klager i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82, EUT 2004 C 101/65, om uformel vejledning i relation til nye spørgsmål vedrørende EF-traktatens artikel 81 og 82, som opstår i individuelle sager (vejledningsskrivelser), EUT 2004 C 101/78, og af Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, EUT 2004 C 101/97.

¹⁸⁾ Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 2003 L 1/1.

peges på, at den retlige konsekvens af meddelelser langt fra er klar. Udgangspunktet er således, at meddelelser ikke er bindende. Dette følger af TEF artikel 249, hvorefter der tales om udstedelse af "forordninger og direktiver samt beslutninger, henstillinger eller udtalelser", hvortil det siges, at forordninger, direktiver og beslutninger er bindende, medens henstillinger og udtalelser ikke er bindende. En "meddelelse" må i så henseende sidestilles med en udtalelse, og under alle omstændigheder har traktaten ikke tillagt meddelelserne samme bindende kraft som forordninger, direktiver eller beslutninger. Dette udelukker imidlertid ikke, at også andre end den udstedende Kommission i det EU-retlige system kan have retlige forpligtelser til at efterleve en meddelelse inden for EU-konkurrenceretens område.

EF-domstolen har i *Masterfoods*-dommen¹⁹ påpeget et krav til nationale domstole (og konkurrencemyndigheder) om, at disses afgørelser ikke må stride mod Kommissionens konkurrencepolitik, som denne fastlægges i Kommissionens beslutninger. Domstolens krav i så henseende er godt udtrykt gennem den efterfølgende artikel 16 i Rfo 1/2003, hvor det om "Ensartet anvendelse af Fællesskabets konkurrenceret" hedder:

"1. Når de nationale domstole i henhold til traktatens artikel 81 eller 82 træffer afgørelse om aftaler, vedtagelser eller praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning, kan de ikke træffe afgørelser, der er i strid med den beslutning, som Kommissionen har truffet. De skal ligeledes undgå at træffe afgørelser, som vil være i strid med en beslutning, som Kommissionen har til hensigt at træffe i en procedure, som den har indledt. Med henblik herpå kan de nationale domstole vurdere, om det er nødvendigt at udsætte sagen. Disse forpligtelser berører ikke rettighederne og forpligtelserne efter traktatens artikel 234.

2. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder i henhold til traktatens artikel 81 eller 82 træffer afgørelse om aftaler, vedtagelser eller praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning, kan de ikke træffe afgørelser, der er i strid med den beslutning, som Kommissionen har truffet".

Det turde være nærliggende at antage, at Kommissionen ved sin konkrete sagsbehandling som oftest vil være stærkt tilbøjelig til at følge sine egne meddelelser, hvis deres udsagn kan bringes i anvendelse på en konkret foreliggende situation. Det stemmer med god forvaltningspraksis og al sund fornuft. Herved bliver

¹⁹⁾ *Masterfoods mod HB Ice Cream, sag C-344/98, dom af 14.12.2000, Sml. 2000, I-11369.*

meddelelserne imidlertid "ophøjet" til mere end blot at udgøre ikke-bindende udsagn fra Kommissionens side i retning mod bindende tilkendegivelser, når meddelelserne inddrages eller lægges til grund i den konkrete beslutning, som skal respekteres og følges af de nationale domstole og nationale administrative myndigheder. Også uden at Kommissionen har truffet konkret beslutning, må det derved antages, at de nationale konkurrencemyndigheder og domstole indirekte vil være forpligtede af meddelelserne. *Masterfoods*-dommens anvisninger, der har fundet praktisk udformning gennem Rfo 1/2003 artikel 16, vil herved komme til at få afsmittende betydning for meddelelsernes rækkevidde ud over den allerede igangværende konkrete sagsbehandling af en konkurrencesag hos Kommissionen.

Man må imidlertid være opmærksom på, at Kommissionen ind imellem har fra-veget sine egne meddelelser ved konkret beslutningstagen. Blot et enkeltstående eksempel kan her fremdrages til illustration. I Kommissionens første meddelelse om patentlicensaftaler, det såkaldte "Julebudskab",²⁰ havde Kommissionen om eksklusiv-aftaler udtalt, at der ikke var tale om overtrædelse af artikel 81, stk. 1 ved forpligtelser for licensgiveren til ikke at tillade andre at benytte opfindelsen eller til ikke selv at benytte opfindelsen. I de to første beslutninger, som Kommissionen traf vedrørende patentlicensaftaler, *Burroughs*-sagerne,²¹ nåede Kommissionen imidlertid frem til et andet resultat, end hvad der fremgik af meddelelsen, idet den udtalte, at en eksklusivlicens i visse tilfælde kan udgøre en konkurrencebegrænsning, som falder ind under artikel 81, stk. 1.

Man må også være opmærksom på, at Kommissionen selv i sine meddelelser udtrykkeligt angiver, at de ikke foregriber EF-domstolens eller Retten i Første Instans fortolkning af artikel 81 og gruppefritagelsesforordningerne.

IV. Praktiske problemer som følge af regulering gennem meddelelser/guidelines

Det forekommer som udgangspunkt at være et åbenbart problem, at Kommissionen ikke indarbejder sine ønsker til konkurrencereglernes udformning i den egentlige lovgivning inden for konkurrenceretten, først og fremmest i forordningerne. I stedet udsteder den meddelelser.

²⁰⁾ ABL 2922, 24.12.1962.

²¹⁾ *Burroughs-Delplanque*, 22.12.1971, ABL L 13/50; og *Burroughs/GEHA*, 22.12.1971, ABL L 13/53.

Allerede den *kvantitative forskel* mellem forordningsteksterne og meddelelseteksterne taler sit tydelige sprog. Eksempelvis fylder gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, Kfo 2790/1999, i den danske version i EF-tidende 5 sider (inklusive præambelens 1½ side), medens meddelelsen om vertikale begrænsninger fylder 44 sider. Gruppefritagelsesforordning Kfo 2658/2000 om specialiseringsaftaler og Kfo 2659/2000 om forsknings- og udviklingsaftaler fylder tilsammen 10 sider (heraf ca. 4 sider præambler), medens meddelelsen om retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler fylder 30 sider. Gruppefritagelsesforordningen om teknologioverførselsaftaler, Kfo 772/2004, fylder 6½ side (heraf 2 ¼ side præambel) i EU-tidende, medens meddelelsen af retningslinjer om anvendelse af artikel 81 på teknologioverførselsaftaler er på 41 sider.

De retsanvendende myndigheder er således henvist til at anvende en relativt knapt formuleret forordningstekst, medens Kommissionens "fortolkningsbidrag" til dens egne forordninger dels må søges i præamblerne, dels i meddelelserne.

Et andet forhold kommer imidlertid herved for dagen, nemlig at *meddelelserne* ofte indeholder en gennemgang af *retsområder, eller elementer, som ikke findes i forordningerne*, eller kun stikordsmæssigt er omtalt dér. Eksempelvis indeholder Kfo 2790/1999 ikke et ord om aftaler om *agenter*, men i den tilhørende meddelelse findes i punkterne (12)-(20) en forholdsvis detaljeret regulering herom²². Kfo 2790/1999 anvender udtrykket "*aktivt*" og "*passivt*" salg, men forståelsen af disse vigtige udtryk er henvist til meddelelsen, som bl.a. i pkt. (51) indeholder overvejelser over forhandlernes brug af Internettet som led i reklamering eller salg af varerne. En meget omfattende del af meddelelsen er helliget "Håndhævelsespolitik i konkrete tilfælde"²³. *Retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler*, der knytter sig til de to gruppefritagelsesforordninger om Specialiseringsaftaler og F&U-aftaler, er ikke altomfattende. Således vedrører de "kun de typer samarbejde, der kan medføre effektivitetsgevinster, dvs. aftaler om F&U, produktion, indkøb, markedsføring, standardisering og miljø. Andre typer horisontale aftaler mellem konkurrenter, f.eks. om informationsudveksling eller minoritetsaktieposter, vil blive behandlet særskilt".²⁴ Og også disse retningslinjer indeholder en række eksempler på, hvad retningslinjerne for de vertikale konkurrencebegrænsninger har kaldt "håndhævelsespolitikken i konkrete tilfælde". Sidste skud på de meddelelser, der knytter an til gruppefritagelsesforordningerne,

²²) Pkt. 12 indleder i øvrigt med at meddele, at Nr. 12-20 erstatter meddelelsen om handelsrepræsentanter om enerepræsentation fra 1962.

²³) Pkt. (100)-(229), i alt 24 af meddelelsens 44 sider.

²⁴) Retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler pkt. (10).

nemlig Retningslinjerne for teknologioverførselsaftaler, rummer store afsnit, som ikke relaterer sig til gruppefritagelsesforordningen, Kfo 772/2004, men tjener til uddybende forståelse af denne og til forståelse af andre retlige forhold, der knytter sig til de intellektuelle ejendomsrettigheder eller teknologioverførselsaftaler i bredere forstand, uden at dette har været reguleret ved forordningen. Også disse retningslinjer indeholder en række eksempler og anvisninger, der kan betegnes som "håndhævelsespolitikken i konkrete tilfælde", herunder bl.a. en gennemgang af anvendelsen af artikel 81, stk. 1 og artikel 81, stk. 3 uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde.

V. Afslutning

I en periode, hvor der er tale om ny regeludstedelse, er det godt, at forklaringer til denne lovgivning ser dagens lys. Det er imidlertid et problem, hvis disse forklaringer udstedes/udsendes af en myndighed, som ikke er eneste kompetente myndighed, også selv om dens afgørelser måtte have en særlig trindhøjere, betydning. I sidstnævnte henseende er der grund til at hæfte sig ved den retstilstand, som i særlig grad har sat sig igennem med EF-domstolens afgørelse i *Masterfoods*-dommen, og efterfølgende i det væsentlige er blevet indskrevet i Rfo 1/2003 artikel 16.

Uanset det forhold, at Rfo 1/2003 har gjort de nationale konkurrencemyndigheder kompetente i henhold til EU-konkurrenceretten, og samtidig har pålagt dem i væsentlig henseende at anvende national konkurrenceret EU-konformt, indebærer "fortolkningsmeddelelserne" et stykke retsmateriale, som på den ene side ikke kan karakteriseres som "bindende" i traditionel forstand, men på den anden side heller ikke blot kan ignoreres af de kompetente nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole. At meddelelserne ikke er bindende, udelukker imidlertid ikke, at EF-domstolen vil kunne fortolke dem under en præjudiciel forelæggelse i henhold til TEF artikel 234²⁵.

Kommissionen må på sin side ligeledes være forpligtet eller i hvert fald ansporet til at følge retningslinjerne i dens egne meddelelser. Dette gør det imidlertid

²⁵⁾ Jf. herved navnlig Domstolens afgørelse i *Grimaldi* mod Fonds des maladies professionnelles de Bruxelles, sag 322/88, præ.afg.af 13.12.1989, Saml. 1989, 4407, hvor Domstolen accepterede at behandle et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af en henstilling, selv om denne ikke er bindende. Men Domstolen udtalte samtidig (i præmis 18) at de pågældende henstillinger ikke kunne anses for at være ganske uden retsvirkninger, hvorfor de nationale retsinstanser var forpligtet til at tage hensyn til dem, navnlig når disse kunne bidrage til fortolkningen af fællesskabsretlige bestemmelser.

kompliceret. Som anført ovenfor har Kommissionen ved flere tilfælde fraveget sine egne tidligere meddelelser.

Efter min mening ville det betyde et stort fremskridt og skabe større retlig sikkerhed, hvis den tekst, som indføres i Kommissionens fortolkningsmeddelelser kunne indarbejdes i bedste fald i selve de bindende forordninger, eller dog i forordningernes præambler, når meddelelserne relaterer sig til forordningsteksterne. Det ville skabe større overblik og mindske EU-konkurrencerettens komplicerede karakter.

Standardaftaler - Muligheder og risici

Kim Frost

1. Baggrund

Nutidens komplekse samfund gør det vanskeligt for selv erfarne kontraktkoncister i alle situationer at bevare det fulde overblik over en transaktions retlige risici. I andre tilfælde kan transaktionens økonomiske værdi ikke bære, at der investeres de personlige ressourcer, som ud fra en stringent retlig synsvinkel ville være ønskelige. På trods af transaktionernes forskellighed og den kendsgerning, at koncipisten i vid udstrækning kan lade sig inspirere af de kontrakter, han tidligere har medvirket til udarbejdelsen af, ved konciperingen af efterfølgende aftaler, er der således i talrige tilfælde et ganske åbenlyst behov for lovgivningsmæssig eller anden assistance.

Det står selvsagt lovgiver frit for at gennemføre en egentlig lovregulering på de områder, hvor der efter lovgivers opfattelse er behov herfor. På det formueretlige område, som er emnet for nærværende artikel, er der imidlertid tradition for en vis tilbageholdenhed i anvendelsen af lovgivning - en tradition, som også i nutiden efterleves, hvis der ses bort fra det forbrugerbeskyttelsesretlige område og de områder, hvor vi, i kraft af medlemskabet af EU eller andre internationale fora, er forpligtet til at gennemføre regler i vores lovgivning.

I rent *erhvervsmæssige* forhold mellem to eller flere erhvervsdrivende er det helt overordnede udgangspunkt således fortsat aftalefrihed. Parterne bestemmer selv, hvordan de ønsker deres indbyrdes forhold reguleret. Har de ikke aftalt sig til rette på et konkret område, eksempelvis om misligholdelse eller opsigelse, reguleres

aftalen på dette område af de almindelige obligationsretlige principper.¹ Er der tvivl om selve aftaleindgåelsen, idet en tilbudsgiver for eksempel ikke har taget stilling til, indenfor hvilken frist hans tilbud skal accepteres, kan der søges hjælp i aftaleloven.² Ønsker parterne imidlertid at fravige den retstilstand, som gælder efter almindelige principper, må de aftale sig til rette. Det er i disse situationer, standardaftalerne har deres væsentligste betydning.

2. Standardaftaler - Begreber og praktiske anvendelsesområder³

2.1. Baggrund - Begrebsapparat⁴

En standardaftale kan kort beskrives som en aftale, der indeholder bestemmelser, som i praksis har vist sig at være eller i fremtiden må formodes at vise sig at være af generel betydning for det retsområde, hvor standardaftalen aktuelt eller i fremtiden skal anvendes.⁵ Der er således tale om en reguleringsmekanisme, som er baseret på *typeforudsætninger*.

Ofte vil aftalen indeholde bestemmelser, som gennem kortere eller længere tid har manifesteret sig i praksis som en *sædvane*. Aftalen vil i så fald på dette punkt ikke gøre hverken fra eller til i parternes retsstilling, men den vil have den fordel, at

1) Den i praksis for en umiddelbar betragtning forbløffende udbredte anvendelse af mundtlige aftaler medfører ofte betragtelige problemer for den, der efterfølgende skal søge at fastslå parternes retsstilling. Selv i transaktioner, som involverer adskillige millioner kroner er det ikke usædvanligt, at parterne forlader sig på mundtlige aftaler eller i bedste fald nødtørftigt formulerede skriftlige aftaler. Afhængig af transaktionens nærmere karakter og parternes tiltro til hinanden er det dog generelt tilrådeligt at anvende skriftlige aftaler, som indeholder blot et minimum af centrale bestemmelser om misligholdelse, parternes forpligtelser, adgangen til ophævelse mv. Det er ofte set i praksis, at selv de bedste relationer mellem erhvervsdrivende, som kan have været ved i årtier, lider skibbrud på grund af omstændigheder, som kunne have været undgået eller hvis konsekvenser dog kunne have været mindsket, såfremt der havde været noget håndfast - og dokumenterbart - at henholde sig til.

2) Jf. lovens § 3, stk. 1.

3) Standardaftaler afføder en række særlige aftaleretlige problemer om vedtagelse mellem parterne. Se herom *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret* (2002) s. 363ff. og *Lennart Lyngé Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand* (2001) s. 81ff samt s. 103ff.

4) Om sondringen mellem standardaftaler og individuelle aftaler, se afsnit 4 med note 45.

5) Om standardaftaler generelt, se *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret - Aftaleretten II* (2003) s. 149ff., samme: *Grundlæggende aftaleret* (2002) s. 360ff., *Lennart Lyngé Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand* (2001) s. 28ff. med henvisninger, *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning - Misligholdelse af parternes hovedforpligtelser* (1999) s. 641 ff. samt *Ulf Bernitz: Standardavtalsrätt* (1993) med tillæg (1995).

parterne opnår viden om de principper, der ellers blot ville være underforstået, som en udtalt forudsætning for deres indbyrdes forhold.⁶

Den vil imidlertid lige så ofte derudover indeholde særlige bestemmelser, som i større eller mindre grad ændrer parternes retstilling i forhold til, hvad den ville have været i fraværet af de pågældende bestemmelser. I praksis vil et af hovedformålene med en standardaftale ikke sjældent være på denne vis at skabe en kombination af de almindelige principper og de særlige bestemmelser, som koncipisterne af standardaftalen anser for generelt væsentligt for parter inden for den pågældende branche.

Standardaftaler kan være udformet af forskellige partsrepræsentanter, eksempelvis interesseorganisationer. I så fald vil der være tale om *agreed documents*. En standardaftale kan imidlertid også udarbejdes alene eller hovedsageligt af én aktør. I så fald vil aftalen dog i reglen kun i begrænset omfang finde bred praktisk anvendelse, medmindre den trods det ensidige udgangspunkt i videst mulig udstrækning tilgodeser fælles interesser.⁷ Hensigten med en standardaftale vil ofte være, at den skal bruges i en flerhed af transaktioner, hvor den ydelse, som skal præsteres, er den samme, og formålet vil ofte være at skabe et ensartet retsgrundlag mellem de relevante parter.

Begrebsmæssigt kan det overvejes at definere en standardaftale som en aftale, der i kraft af relevante interesseorganisationers eller offentlige myndigheders deltagelse har fået et særligt (må det formodes) kvalificeret præg.⁸ En sådan anskuelse vil udelukke eksempelvis *advokaters* paradigmasamlinger, som ofte indeholder kontraktskabeloner, fra standardaftaledefinitionen. I stedet kunne man kalde sådanne aftaler for *individuelle paradigmaaftaler*.

Der er dog ikke vundet meget ved en sådan opdeling, og de retlige problemer, sidstnævnte aftaletyper kan afstedkomme, adskiller sig ikke væsentligt fra de problemer, som kan opstå i forhold til aftaler, hvor eksterne aktører har deltaget

⁶⁾ Som anført i afsnit 3.4 kan nytteværdien af denne viden dog være beskeden, hvis parterne ikke har kendskab til de pågældende princippers *indhold*.

⁷⁾ Jf. nedenfor afsnit 3.5 om K18.

⁸⁾ Sml. Lennart Lyngé Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand (2001) s. 409 om fortolkningen af sådanne standardaftaler, eksempelvis AB 92.

i konciperingen. I det følgende skelnes der derfor ikke mellem de nævnte aftaletyper, idet opmærksomheden dog primært rettes mod de større og som oftest mere autoriserede aftaler, udfærdiget under deltagelse af eksterne aktører.⁹

2.2. Praktiske anvendelsesområder

Standardaftaler anvendes på talrige områder. I takt med den stadigt stigende kompleksitet er der behov for et aftaledokument, som parterne kan fæstne lid til i videst mulig udstrækning indeholder bestemmelser, der har betydning for deres indbyrdes relation. Et af de bedst kendte eksempler på en standardaftale med betydelig udbredelse er *AB 92*, som inden for entrepriseområdet fastsætter bestemmelser om parternes forpligtelser, misligholdelse mv.¹⁰ Et andet, meget illustrativt, eksempel er den nyligt vedtagne standardkontrakt for kortvarige IT-projekter, *K01*, som afløser den fra leverandørside ofte kritiserede *K18*.¹¹

På det *nordiske* plan kendes der, navnlig som følge af det traditionelle retsfællesskab landene imellem på det formueretlige område, en lang række eksempler på standardaftaler. Velkendt er *NL 92*, som ofte i praksis betegnes og anvendes som en branchestandard inden for jern- og metalindustrien.¹² Andre eksempler er *NLM 94*, *NLT 95*, *NR 98* og *NU 98*, der alle har deres primære anvendelsesområde i den industrielle sektor.

Egentlige *internationale* standardaftaler kendes også, men i mindre udstrækning, hvilket navnlig skyldes forskellige retstraditioner landene imellem. En række organisationer har dog udfærdiget standardaftaler, som har fået en vis udbredelse i praksis, navnlig i Europa. Eksempelvis har *Orgalime* udarbejdet en række standardaftaler, der især kan anvendes ved internationale leverancer inden for maskinindustrien.¹³

⁹⁾ Se hertil Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand* (2001) s. 31. Om sondringen mellem standardaftaler og standardformularer, se afsnit 3.7 med note 34.

¹⁰⁾ Om *AB 92* generelt, se Mogens Hansen m.fl.: *AB 92 for praktikere - En kommentar til AB 92* (1993).

¹¹⁾ Se generelt om IT-aftaler Mads Bryde Andersen: *Praktisk aftaleret - Enkelte transaktioner* (2003) s. 297ff. og samme: *IT-retten* (2001) s. 823ff.

¹²⁾ Om *NL 92* generelt, se Helge Jakob Kolrud m.fl.: *Kommentar til NL 92* (1993) samt Erik Hørlyck: *Tilvirkningskøbet. NLM 94 - NL 92 - ECE 188A - ECE 188*. (1996).

¹³⁾ Det drejer sig blandt andet om *Orgalime S 2000 - General Conditions for the Supply of Mechanical, Electrical and Electronic Products*. Standardaftalen svarer i al væsentlighed til *NL 92*. *Orgalime* er en interesseorganisation, sammensat af 31 handelsorganisationer fra det meste af Europa, som varetager metal- og elektronikindustriens interesser i Europa.

3. Standardaftalens risici

3.1. Baggrund

En standardaftale kan have mange fordele: parterne sparer tid og penge ved at bruge et aftalegrundlag, som allerede er lavet; standardaftalen må formodes at indeholde en regulering af de forhold, som i transaktioner af den art, aftalen vedrører, typisk vil være relevante; standardaftalen vil i reglen være gennemarbejdet og eksempelvis fri for de modstridende eller endog direkte lovstridige bestemmelser, frit formulerede aftaler i praksis desværre ofte ses at indeholde.

Hertil kommer, hvad den, der selv har medvirket ved udfærdigelsen af en kompliceret aftale, ved, at der er en risiko for, at man som koncipist bliver grebet af detaljen og mister parternes grundlæggende fælles interesser af sigte. Ikke alle transaktioner kan bære, at der foretages langvarige aftaleforhandlinger med udveksling af udkast på udkast.

Hvor detaljeret og hensigtsmæssigt, en standardaftale end er udformet, vil den imidlertid ikke kun have fordele. I det følgende påpeges en række af de risici, parterne - og parternes rådgivere - i praksis typisk bør være opmærksomme på ved brugen af standardaftaler.

3.2. Standardaftalen er ikke et agreed document

I de tilfælde, hvor standardaftalen ikke er udarbejdet af repræsentanter for alle relevante aktører, kan der være god grund til at vise tilbageholdenhed med ukritisk at anvende aftalen. Et eksempel på en sådan standardaftale kan være den tidligere udgave af statens standardkontrakt for levering af mindre edbsystemer, K18, som leverandørerne ikke anså for et agreed document, eftersom de daværende forhandlinger mellem Finansministeriet og Direktoratet for Statens Indkøb på den ene side og Brancheforeningen Kontor & Data (nu IT-Brancheforeningen) på den anden side ikke førte til noget fælles resultat.¹⁴

En standardaftale, som er udformet af en dominerende aktør på markedet, vil i praksis snarere få virkning som et *diktat* end som en hjælp for parterne.¹⁵ Det står

¹⁴⁾ Udformes en standardaftale ensidigt af staten eller en statslig myndighed, er der en betydelig risiko for, at denne ensidighed qua statens dominerende position vil resultere i et ubalanceret retsforhold.

¹⁵⁾ En del af leverandørsidens kritik mod K18 gik netop på, at statslige myndigheder ukritisk anvendte aftalen i enhver transaktion, der involverede blot et minimum af IT, herunder også system- og programudvikling. Aftalen var helt åbenbart ikke udformet med henblik på sådanne transaktioner, hvilket i sig selv afstedkom fortolkningsmæssige problemer. Se

naturligvis en part frit for, om han ønsker at indgå på de aftalevilkår, en anden har konciperet, men denne frihed har i nogle tilfælde mere teoretisk end praktisk interesse.¹⁶ Antallet af alternative forhandlings-og afsætningsmuligheder kan være beskedent, og selvom de almene aftaleretlige regler om urimelige kontraktsvilkår¹⁷ såvel som de konkurrenceretlige bestemmelser om misbrug af en dominerende stilling på den relevante del af markedet kan medvirke til at afbøde de mest uhensigtsmæssige følger af et misbrug, vil det langt fra være tilstrækkeligt i alle tilfælde.

Så længe parterne er opmærksomme på, at en standardaftale ikke er et agreed document, og at der dermed kan være risiko for, at aftalen generelt eller på visse områder er ubalanceret, er der dog efter min opfattelse ingen grund til helt at se bort fra sådanne aftaler. Det vil ofte være en langvarig proces at udfærdige et agreed document,¹⁸ som parterne ikke i alle tilfælde kan afvente,¹⁹ og der kan også findes gode og lodige eksempler på standardaftaler, som er udfærdiget af eksempelvis en interesseorganisation.²⁰

3.3. Standardaftalen bryder med gældende ret

Som nævnt ovenfor afsnit 2.1 kan en standardaftale indeholde en nedskrivning af principper, som gennem en kortere eller længere periode har manifesteret sig som sædvane eller praksis mellem de relevante aktører. Aftalen kan imidlertid også indeholde bestemmelser, som *skaber en ny retstilstand* mellem parterne - en

hertil afsnit 3.5.

¹⁶⁾ Se om *adhæsiionsaftaler* blandt andre *Mads Bryde Andersen*: Praktisk aftaleret - Aftaleretten II (2003) s. 151f. samt *Lennart Lyngé Andersen & Palle Bo Madsen*: Aftaler og mellemmand (2001) s. 30f. og s. 409.

¹⁷⁾ Aftalelovens § 36, der som bekendt kun sjældent finder anvendelse i erhvervsmæssige forhold. I en nylig dom fra Højesteret (*U. 2004, 2400 H*) er bestemmelsen dog genanvendt til nedsættelse af konventionalbøder i erhvervsforhold.

¹⁸⁾ Til illustration kan nævnes, at arbejdet med at udfærdige en efterfølger til K18, som nu er endt med K01, tog sin begyndelse med nedsættelsen af en arbejdsgruppe i foråret 2001. Et udkast blev sendt i høring i juni måned 2003, men først den 24. marts 2004, og altså 3 år efter, at arbejdsgruppen blev nedsat, godkendte Statens IT-råd aftalen. Se generelt om K01 *Nicolai Dragsted m.fl.*: K01 med kommentarer (2004).

¹⁹⁾ En standardaftale, som samtidig er et agreed document, vil i øvrigt ofte være ganske omfattende, jf. hertil afsnit 3.2, hvilket i mere enkle transaktioner kan være for omstændeligt for parterne at arbejde med.

²⁰⁾ Sml. som eksempel den i note 13 nævnte standardaftale fra *Orgalime*.

retstilstand, som ikke ville være gældende, hvis aftalen ikke fandtes.²¹ I disse tilfælde er der særlig god grund til for parterne at være opmærksomme på, om aftalen er i overensstemmelse med de ønsker og krav, de måtte have i den konkrete situation.

Som eksempel kan nævnes, at K01 i punkt 7.1 blandt andet indeholder en bestemmelse om, at levering anses for sket på overtagelsesdagen. Overtagelsesdagen er efter K01, punkt 1, den dag, hvor kunden overgiver godkendelse af overtagelsesprøven for systemet til leverandøren. Risikoen for systemets hændelige skade eller undergang i perioden indtil kunden har godkendt overtagelsesprøven påhviler således leverandøren.

Selvom der er tale om et princip, som efterhånden må anses for velkendt i branchen, og som i øvrigt genfindes i entrepriseforhold, jf. hertil AB 92, § 28,²² bør leverandøren ikke desto mindre være opmærksom på denne udskydelse af tidspunktet for risikoens overgang og i videst mulig udstrækning søge at afdække risikoen forsikringsmæssigt. Det bør også overvejes at lade det sene tidspunkt for risikoens overgang, som i øvrigt henset til ydelsens karakter i reglen er velbegrunderet, afspejle i vederlagsfastsættelsen, selvsagt forudsat, at der kan opnås enighed herom parterne imellem.

3.4. Standardaftalen henviser til almindelige principper

Såvel standardaftaler som individuelt udformede aftaler indeholder ofte henvisninger til almindelige principper. Et eksempel herpå er parternes adgang til at kræve *erstatning* i tilfælde af medkontrahentens misligholdelse. Bestemmelser herom vil i reglen være formuleret således, at en part kan kræve erstatning i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler. Rent bortset fra, at bestemmelser med et sådant indhold ikke i sig selv gør parterne klogere på deres retsstilling inter partes, er der risiko for, at parterne tolker bestemmelserne forskelligt.

²¹⁾ Et eksempel herpå er de nye og ganske omfangsrige bestemmelser om parternes adgang til at ændre i aftalegrundlaget efter aftalens indgåelse, som den nye standardkontrakt for kortvarige IT-projekter ("K01") indeholder i punkt 5. Bestemmelsen er, henset til de ydelser, K01 tilsigter at regulere, ganske hensigtsmæssig, men bryder med det almindelige aftaleretlige udgangspunkt om, at ændringer i aftalegrundlaget kræver ny aftale. Et andet eksempel er bestemmelsen i K01, punkt 4, om kundens udtrædelsesret, som ganske vist er undergivet en lang række betingelser, men som ikke rækker ved den kendsgerning, at kunden, hvor betingelserne er opfyldt, ensidigt kan vælge at udtræde af den indgåede aftale. Bestemmelsen legitimerer dermed i realiteten en betinget fortrydelsesret for kunden. Om K01, pkt. 4-5, se Nicolai Dragsted m.fl.: K01 med kommentarer (2004) s. 54ff. samt den til K01 udarbejdede vejledning, der på s. 12ff. kommenterer K01, pkt. 4 og 5.

²²⁾ Sml. som eksempel den i note 13 nævnte standardaftale fra *Orgalime*.

For at blive ved eksemplet om parternes adgang til at kræve erstatning: er en bestemmelse herom i en standardaftale formuleret således, at parterne kan kræve erstatning i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler, kan dette af den ene part forstås således, at han har ret til at kræve erstatning for alle tab, også de indirekte og tab forårsaget af følgeskader.

Parten opfatter eksempelvis det tab af *data*, der opstår som en følge af et systemnedbrud, som et direkte tab, der kan kræves erstattet af den anden part, hvilket som bekendt ikke er udgangspunktet efter almindelige danske erstatningsregler - selvom tabet jo unægtelig er direkte forårsaget af systemnedbruddet og i praksis ofte vil være det område, hvor parten lider sit største tab.²³ I det hele taget er det vanskeligt at udtale sig med sikkerhed om grænserne for omfanget af parternes erstatningspligt i disse tilfælde.²⁴

Der er med andre ord risiko for, at parterne svæver i en vildfarelse om deres retsstilling, hvis deres opfattelse af bestemmelsen ikke harmonerer med, hvad der på baggrund af praksis og doktrinen må forstås som dansk rets almindelige principper. Bestemmelsen kan derved enten miste sit tiltænkte anvendelsesområde - fordi der ikke eksisterer noget almindeligt princip i netop den konkrete kontekst - eller påføre en af parterne eller begge et tab - fordi princippets indhold ikke er som forudsat af parterne ved aftaleindgåelsen.

I praksis ses der derfor også ofte bestemmelser, som - udover at henvise til almindelige danske principper eller regler - indeholder en præcisering af retsforholdet. Erstatningsbestemmelser som de ovenfor anførte suppleres eksempelvis i reglen med en nærmere angivelse af erstatningspligtens omfang og en økonomisk maksimering af den misligholdende parts erstatningskrav.²⁵ Indeholder en

²³⁾ Det står selvsagt parterne frit for at aftale sig til rette om, at leverandøren af et IT-system skal erstatte kunden det tab af *data*, han måtte lide ved et systemnedbrud. I praksis ses sådanne bestemmelser dog sjældent, hvilket navnlig skyldes, at det kan være uhyre vanskeligt og efter omstændighederne umuligt for leverandøren at forudse konsekvenserne af en sådan forpligtelse. Insisterer kunden herpå må han som minimum påregne at skulle betale et betragteligt forhøjet vederlag.

²⁴⁾ En erstatningsbestemmelse vil ofte være kombineret med en bestemmelse om *konventionalbod*. Fordelen ved en bodsbestemmelse er, at parterne på forhånd kender de økonomiske konsekvenser af en misligholdelse, og derfor lettere kan forholde sig hertil i forbindelse med aftaleindgåelsen. Erstatning kan da alene kræves for den del af partens tab, som ikke er dækket af boden.

²⁵⁾ Se hertil K01, punkt 18, der blandt andet indeholder en udtrykkelig bestemmelse om, at parterne ikke i noget tilfælde er ansvarlige for indirekte tab. Tab af *data* anses for indirekte tab. Det præciseres ydermere, at erstatning og konventionalbod tilsammen ikke kan overstige det vederlag, kunden skal betale for systemet. Se hertil Nicolai Dragsted *m.fl.*: K01 med kommentarer (2004) s. 162ff.

standardaftale en sådan præcisering, må det anbefales parterne at være tilbageholdende med at fravige denne, medmindre der er tale om en enkel og økonomisk beskeden transaktion, hvor parterne in concreto anser deres retsstilling for betryggende reguleret ved en ren henvisning til almindelige principper.

3.5. Standardaftalen benyttes udenfor sit tiltænkte anvendelsesområde

Det er et ikke helt ukendt fænomen i dansk standardaftalepraksis, at en standardaftale, som oprindeligt blev udformet med sigte på en bestemt type transaktioner, med tiden opnår et bredere anvendelsesområde. Et af de bedst kendte eksempler herpå er K18. K18 var, som afløseren K01 er det, tiltænkt anvendt på de mindre komplicerede leverancer af IT-systemer, i realiteten *standardiserede IT-systemer*.²⁶ I praksis har aftalen imidlertid fået et betydeligt bredere anvendelsesområde. Undertiden ses den således anvendt i praksis på egentlige *udviklingsydelser*, herunder programudvikling, på trods af, at den helt åbenbart ikke er udformet med henblik på disse ydelser og i vid udstrækning derfor heller ikke indeholder de for sådanne ydelser relevante bestemmelser.²⁷

Parterne bør udvise en betydelig tilbageholdenhed med at anvende en standardaftale på andre transaktioner end de, den er udformet med henblik på. Indeholder aftalen generelle bestemmelser om eksempelvis leveringstid og -sted, betalingsformer og renter mv., kan disse bestemmelser uden videre anvendes som en del af en anden aftale,²⁸ men parterne må holde sig for øje, hvornår der er tale om sådanne generelle bestemmelser, og hvornår bestemmelserne får et indhold, som er influeret af den transaktion, aftalen er tiltænkt anvendt på.

3.6. Standardaftalen anvendes kun delvist

En standardaftale vil, som andre aftaler, i reglen være udformet således, at der er tale om et samlet hele. Det betyder ikke, at aftalen ikke kan åbne op for alternativer, tværtimod; ganske mange af nutidens standardaftaler indeholder forslag, som parterne kan vælge imellem, eksempelvis for så vidt angår brugen af en bestem-

²⁶⁾ Er der tale om mere omfattende leverancer, anvendes K33, der i sin opbygning minder meget om K18. K33 er imidlertid mere detaljeret. Branchens aktører har i øvrigt påbegyndt arbejdet med en afløser for K33.

²⁷⁾ Som eksempel kan nævnes, at K18 slet ikke indeholder bestemmelser om indholdet af leverandørens arbejdsforpligtelse i tilfælde af udvikling. Bestemmelser herom kan selvsagt indsættes, hvilket også ses i praksis, men desværre ofte således, at der ikke tages hensyn til den sammenhæng, hvori de indsættes, jf. om dette aspekt afsnit 3.6.

²⁸⁾ Se hertil afsnit 3.6 om delvis anvendelse af standardaftaler.

melse om konventionalbod og i givet fald bodens størrelse.²⁹ Også anvendelsen af bilag er i tiltagende.³⁰

Standardaftalen er således principielt ikke et spørgsmål om enten-eller, men snarere om både-og. Dette er dog en sandhed med modifikationer. Klart er det, at åbner aftalen selv op for ændringer, idet der eksempelvis som beskrevet ovenfor er indført valgmuligheder på et eller flere områder, må det formodes, at koncipiisterne af aftalen har været opmærksomme på de konsekvenser, parternes udnyttelse af en valgmulighed kan have for aftalekomplekset som sådan - men sikker kan parterne ikke være, og det må derfor generelt anbefales parterne at være meget påpasselige med uden videre at udnytte en valgmulighed.

Graden af parternes agtpågivenhed skærpes, hvis en standardaftale fremtræder som ét samlet hele.³¹ I disse situationer vil det ofte være vanskeligt at undlade eller reformulere en bestemmelse, uden at konsekvensændre andre dele af aftalen. Bortset fra det utilfredsstillende, men dog i retlig henseende mindre betydningsfulde i, at eksempelvis en undladelse af en bestemmelse medfører systematiske komplikationer, hvis der ikke foretages konsekvensændringer i hele aftalekomplekset, er det straks mere kompliceret, hvis en bestemmelse (for eksempel om konventionalbod), som der ikke er noget stringent retligt behov for, undlades, uden at realkreditor gør sig klart, hvad en sådan undladelse kan have af økonomiske konsekvenser for ham.

Helt uholdbart bliver det naturligvis, hvis en bestemmelse (for eksempel om licenstagernes adgang til at foretage *reverse engineering* på software)³², der fra koncipiisternes side er formuleret i overensstemmelse med lovgivningen, reformuleres

29) Et andet eksempel er AB 92's bestemmelser om erstatningsberegning ved entreprenørens forsinkelse (§ 25), hvor det er op til parterne at vælge imellem forskellige principper (vedtagelse af dagbod eller ej mv.). Se om bestemmelsen *Mogens Hansen m.fl.*: AB 92 for praktikere - En kommentar til AB 92 (1993) s. 102ff.

30) Fordelen ved at anvende bilag som en del af et aftalekompleks er, at der efterfølgende kan foretages ændringer heri - under iagttagelse af kravene herfor i aftalen eller det konkrete bilag - uden at selve aftalen skal ændres. Ulempen kan være, at der i visse situationer kan gemme sig væsentlige informationer i bilagene, som parterne ikke nødvendigvis har den samme opmærksomhed rettet imod, og som derfor burde være i selve aftalen. Se hertil afsnit 3.8.

31) Se i samme retning om AB 92 *Mogens Hansen m.fl.*: AB 92 for praktikere - En kommentar til AB 92 (1993) s. 9 om AB 92 § 1, stk. 3, der har følgende ordlyd: "Fravigelser af betingelserne gælder kun, når det tydeligt og udtrykkeligt angives, på hvilke punkter fravigelse skal ske".

32) Om reverse engineering, se *Kim Frost*: Aftaleretlige implikationer af reverse engineering, UfR 2003 B s. 75ff.

således, at bestemmelsen nu er i strid med gældende ret (idet licenstagere eksempelvis forbydes at foretage enhver form for reverse engineering).³³

Forholdet er med andre ord det, at to eller flere parter meget vel kan lade sig inspirere af en standardaftale, og der er som udgangspunkt heller intet i vejen for, at de kan håndplukke nogle enkeltbestemmelser og ændre formuleringen af andre, så længe det holdes for øje, at den samlede balance ikke forskubbes på en uensigtsmæssig, urimelig eller direkte lovstridig måde

3.7. Standardaftalen anvendes ukritisk

Henset til standardaftalens særlige karakteristika kan det spørgsmål rejses, om ikke en standardaftale overflødiggør forhandling mellem parterne. Standardaftalen forudsættes jo netop at behandle de emner, som parterne erfaringsmæssigt bør forholde sig til ved aftalekonciperingen. Inden for visse retsområder vil situationen ofte være den, at en standardaftale anvendes stort set uden modifikationer. Udlejning af private beboelseslejemål er således i vid udstrækning baseret på en standardlejekontrakt, til dels begrundet i lovbefalede krav. I forbindelse med køb og salg af fast ejendom benyttes ofte pantebrevsformularer, der måske nok må anses for en særlig kategori af standardaftaler, men som dog ikke desto mindre er i besiddelse af en række af de samme karakteristika som disse.³⁴

Hvorvidt en standardaftale kan benyttes mere eller mindre ukritisk beror i første række på, om det område, aftalen vedrører, på betryggende vis reguleres i aftalen. Når der er tale om leverance af IT-systemer eller byggeentrepriser, vil der i praksis ofte opstå behov for at modificere standardaftalens bestemmelser. Standardaftalens funktion er her at virke som pejlemærke for, hvilke forhold parterne bør være opmærksomme på under aftaleforhandlingen.

I andre tilfælde vil parternes muligheder for selv at fastlægge retsgrundlaget for transaktionen være mere begrænset - i nogle situationer er det endog helt udelukket. Bestemmelserne i lejeloven og boligreguleringsloven er således i vid udstrækning beskyttelsespræceptive i forhold til lejeren. En standardlejekontrakt, der efterlever denne præceptivitet, vil derfor alt andet lige i højere grad blive anvendt i den form, hvori den foreligger, end andre standardaftaler.

³³⁾ Den retmæssige erhverver har efter ophavsretslovens § 37 under visse nærmere angivne betingelser en præceptiv ret til at foretage reverse engineering på software. Se om dette aspekt den i note 32 anførte artikel.

³⁴⁾ Jf. hertil *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret* (2002) s. 361 om sondringen mellem *standardaftaler* og *standardformularer*, hvor det fremhæves, at "... en standardformular [først bliver] til en standardaftale, når den opnår aftaleretlig gyldighed i overensstemmelse med de almindelige regler om aftaleindgåelse eller -binding" (originalfremhævelse).

I det omfang, parterne kan aftale sig til rette om et givet forhold, må der generelt tilrådes forsigtighed med en ukritisk anvendelse af en standardaftales bestemmelser. En standardaftale bør altid anvendes under behørig hensyntagen til den konkrete transaktion. Heri er der intet overraskende. Betænkeligt er det derimod, med hvilken frekvens parterne i det praktiske liv indgår i aftaleforhold uden nærmere overvejelse over, om den foreliggende tekst nu også er fuldt dækkende for den konkrete transaktion.

Der vil ofte ligge rene økonomiske overvejelser bag, og fokus under en aftaleforhandling er naturligt nok mere rettet mod et problemfrit forløb. I den forbindelse kan det virke stødende på en part, hvis en medkontrahent insisterer på meget detaljerede bestemmelser om eksempelvis misligholdelse. I ganske mange tilfælde forløber aftaleforholdet da også uproblematisk, men denne kendsgerning er selvsagt ikke til megen trøst i de tilfælde, hvor noget går galt.

Er der tale om leverancer af selv mindre *IT-systemer*, vil parterne ofte have behov for at lade deres indbyrdes aftale afspejle transaktionens konkrete omstændigheder. Dette gælder ikke mindst ved *programudvikling*. Som følge af den kompleksitet og diversitet, der kendetegner nutidens teknologiske udviklingsstade, kan det ofte være vanskeligt for kunden at bedømme sit reelle behov. Kunden kan da vælge at søge vejledning hos eksterne konsulenter.³⁵

En anden mulighed er at forsøge at formulere aftalen på en sådan måde, at kunden enten får mulighed for at udtræde af aftalen - en sådan mulighed er indbygget i K01, jf. dennes punkt 4, men ikke i K18, jf. afsnit 3.3 med note 21 - eller således, at leverandøren påtager sig at stille yderligere funktioner til rådighed for kunden, såfremt behovet herfor måtte vise sig undervejs i forløbet eller efter endt aflevering mod, at kunden betaler et højere vederlag herfor eller eventuelt efter medgået tid for den konkrete arbejdsopgave.

Ser man bort fra de interne driftsforhold og organisatoriske problemer, en anskaffelse af IT-systemer kan give anledning til - er virksomheden eller myndigheden i det hele taget optimeret til brugen af netop dette IT-system; vil der være kompatibilitetsproblemer; kan behovet for det pågældende IT-system opfyldes ved en anden konfiguration af det eksisterende IT-system - gælder der i øvrigt en række særlige bestemmelser om *udbud* for offentlige myndigheder. Disse bestemmelser,

³⁵⁾ Anvendelsen af konsulenter er ikke nogen garanti for, at kunder i alle situationer får det system eller de funktioner, han forventede at få. Det kan være vanskeligt og på visse områder reelt umuligt for selv den mest kompetente konsulent at vide alt om relevante IT-systemer og prisniveauer mv. Konsulenten er ikke nødvendigvis erstatningsansvarlig, selvom kunden måtte lide tab som følge af konsulentens rådgivning, se nærmere om konsulentansvaret Mads Bryde Andersen: IT-retten (2001) s. 735ff.

der for hovedpartens vedkommende i nutiden er fastlagt på EU-niveau, er navnlig indført af konkurrencemæssige grunde.³⁶ Udbudsreglerne begrænser således den offentlige myndigheds valg af aftalepart.

3.8. Standardaftalens omfang

Henset til mængden af standardaftaler og den brede definition heraf er det ikke overraskende, at der i praksis kan spores overordentligt store variationer i standardaftalers omfang. Er der tale om standardaftaler, som er tiltænkt en bredere anvendelse, er det dog kendetegnende, at de i reglen er ganske omfattende. Også brugen af bilag er udbredt, og udviklingen synes endnu ikke at have toppet.³⁷

Meget omfattende standardaftaler med bilag - der efter omstændighederne kan suppleres med underbilag - kan medføre, at parterne mister overblikket og fokuserer mere på frugtesløse diskussioner om detailbestemmelser, som måske ikke har afgørende betydning for deres forhold. Derfor kan parterne undertiden være fristet til at anvende standardaftalen i en efter omstændighederne kraftigt modificeret udgave. Som nævnt i afsnit 3.6 kan dette i visse - men langt fra alle - situationer være en farbar vej at gå.

Der kan gemme sig til tider særdeles vigtig information i en aftales bilag. Som bekendt har det, der fremgår af et bilag, samme aftaleretligt forpligtende virkning for parterne som det, der står i aftalens hovedtekst, forudsat at bilagene i kraft af henvisninger mv. i hovedteksten er gjort til en del af parternes aftale. Det kan derfor blive skæbnesvangert, hvis en part ikke forholder sig til bilagenes indhold, eller hvis parterne direkte undlader at lade et eller flere bilag indgå i deres aftale.³⁸

³⁶⁾ Om udbudsreglerne, se nærmere og generelt Nicolai Dragsted *m.fl.*: K01 med kommentarer (2004) s. 273ff., Lise Groesmeyer & Michael Steinicke: EU's udbudsdirektiver med kommentarer (2003) med talrige henvisninger, Mads Bryde Andersen: IT-retten (2001) s. 834ff. Se også Henrik Peytz og Helene Bang Schmidt: De nye udbudsdirektiver, R&R nr. 9/2004 s. 32 ff.

³⁷⁾ Der kan for visse standardaftalers vedkommende spores en kendelig inspiration fra den traditionelt mere omfangsrige amerikanske aftalepraksis. Eksempelvis indeholder den nye K01 en *præambel*, der blandt andet forpligter parterne til at opfylde aftalen *in good faith*. Sådanne bestemmelser er helt sædvanlige i amerikanske aftaler, men har først i de seneste år for alvor holdt deres indtog i dansk (og nordisk) praksis. Retligt fortøner deres betydning sig dog i en dansk sammenhæng, idet parterne under alle omstændigheder loyalt skal opfylde deres forpligtelser efter aftalen, men pædagogisk kan de have en vis adfærdregulerende effekt.

³⁸⁾ En undladelse af at vedtage et bilag, som fremgår af en standardaftale, risikerer - afhængigt af bilagets indhold - at forrykke hele balancen i aftalen. I andre situationer giver det ikke mening at undlade et bilag, idet bilaget eksempelvis - som tilfældet er for bilag 2 til K01 - forudsættes at indeholde en beskrivelse af, hvad leverandøren forventes at levere.

3.9. Anvendelse af en standardaftales bestemmelser, selvom den ikke er vedtaget mellem parterne ?

Eftersom en aftale som udgangspunkt kun er bindende for de parter, som har accepteret den, er der ikke noget overraskende i, at en standardaftale som absolut hovedregel alene finder anvendelse, hvis den er vedtaget. Indeholder standardaftalen bestemmelser, som henviser til almindelige principper, vil disse dog selv sagt finde anvendelse på udfyldende grundlag trods en manglende vedtagelse.³⁹ Dette gælder eksempelvis bestemmelser om parternes erstatningspligt i tilfælde af misligholdelse, hvor disse henviser til dansk rets almindelige regler. Tilsvarende gælder bestemmelser, som er udtryk for en sædvane eller praksis i den pågældende branche, under forudsætning af, at parterne tilhører denne branche.

Vanskeligere er spørgsmålet, om de bestemmelser i en standardaftale, som *etablerer et nyt retsgrundlag*,⁴⁰ kan anvendes trods en manglende vedtagelse. Udgangspunktet er, at hvis parterne har valgt ikke at benytte en standardaftale, kan aftalens særlige enkeltbestemmelser ikke anvendes på udfyldende grundlag. Tilsvarende gælder, såfremt parterne alene har valgt visse af standardaftalens bestemmelser, men ikke dem alle. Det er her udelukket at anvende de bestemmelser, som positivt er fravalgt, i udfyldningen af aftalen.

Begrundelsen herfor er klar: parterne har foretaget et valg, som må respekteres - også selvom dette valg for den udenforstående fremstår ubegrundet, måske lige-

³⁹⁾ Jf. i samme retning om AB 92 Erik Boesgaard: Entreprisudbud - udbud, tilbud, ordre efter lov om tilbudsindhentning (2002) s. 44 ff. (blandt andet med henvisning til *U.2002.482 Ø*, hvorefter den særlige voldgiftsklausul i AB 92 § 47 ikke var fremhævet og indskærpet for bygherren på tilstrækkelig vis; entreprenøren kunne derfor ikke kræve sagen fremmet ved Voldgiftsretten for Bygge- og Anlægsvirksomhed. Samme resultat er fastslået i *Hans Henrik Vagner (under medvirken af Torsten Iversen): Entrepriseret* (2001) s. 11 ff. (udtrykker skepsis om anvendelse af ABR 89 på udfyldende grundlag som følge af den i forhold til AB 92 mindre interesserepræsentation ved udarbejdelsen). Se hertil *U.2003.493 Ø* (henvisning til AB 92 i overslag indebar ikke aftale om voldgift) samt *U.2004.2421 H*, hvor Højesteret fandt, at en henvisning til "Afgørelser jf. ABR 89 pkt. 9" i tilfælde af tvist mellem parterne (en ejerforening, E, og en arkitekt, A) ikke med tilstrækkelig klarhed var udtryk for, at der var aftalt voldgiftsbehandling af tvister mellem parterne. Højesteret lagde i den forbindelse blandt andet vægt på, at E ikke i forbindelse med aftalens indgåelse havde modtaget rådgivning fra en advokat eller på anden måde været i besiddelse af professionel sagkundskab. A's påstand om afvisning blev derfor ikke taget til følge. Som det fremgår, havde sagen dog muligvis fået et andet udfald, hvis E havde modtaget advokatbistand eller haft særlig viden om området, herunder om ABR 89 og den særlige bestemmelse om voldgift heri) samt *Mogens Hansen m.fl.: AB 92 for praktikere - En kommentar til AB 92* (1993) s. 7 (om AB 92 § 1, stk. 1). Se generelt om voldgiftsaftalers vedtagelse, fortolkning og gyldighed *Jakob Juul og Peter Fauverholdt Thommesen: Voldgiftsret* (2003) s. 69 ff. og hertil *V2004.B.0839.04* (henvisning til AB92 i forbrugerforhold indebar ikke aftale om voldgift).

⁴⁰⁾ Se hertil afsnit 3.3 og note 39 om *U.2002.482 Ø* samt *U.2004.2421 H*.

frem uhensigtsmæssigt, eller valget er baseret på en fejlagtig opfattelse af retstilstanden (forudsætningssvigt) hos den ene part eller dem begge.

En standardaftales særlige bestemmelser kan - navnlig hvis de er udtryk for en velafbalanceret regulering og på denne vis i videst mulig udstrækning varetager alle involverede parter interesser - med tiden udvikle sig til en egentlig sædvane eller praksis i den branche, aftalen vedrører. I disse tilfælde kan de særlige bestemmelser således få betydning ved udfyldningen af aftaler, som ikke indeholder de særlige bestemmelser.⁴¹

Bortset fra dette praktisk vigtige eksempel er det efter min opfattelse vanskeligt at forestille sig situationer, hvor en standardaftales særlige bestemmelser anvendes udfyldende i aftaleforhold, hvor parterne enten ikke har forholdt sig til det forhold, bestemmelsen regulerer, eller direkte bevidst har fravalgt den løsning, bestemmelsen foreskriver. Der skal noget særligt til, før man aftaleretligt kan påtvinge parterne en bestemmelse, som ikke er indeholdt i deres indbyrdes aftale - også selvom det i den konkrete situation måtte fremstå som den mest hensigtsmæssige løsning.⁴²

Konsekvensen heraf kan blive den utilfredsstillende, at et aftaleforhold, som - hvis det var indgået på en standardaftales særlige betingelser - ville have forløbet relativt uproblematisk, nu i stedet må opgives med hvad deraf følger af potentielle erstatningskrav, praktiske og økonomiske vanskeligheder mv.⁴³ Hermed ledes man tilbage til en af de primære årsager til, at der i det hele taget udarbejdes standardaftaler, jf. hertil afsnit 2.1: ønsket fra koncipisterne om at skabe en *pakkeløsning* for de relevante parter.

41) Se i samme retning Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand* (2001) s. 29 med henvisninger.

42) Der kan dog efter omstændighederne være belæg for en bredere anvendelse af agreed documents, henset til disse standardaftalers særlige karakter, jf. hertil Hans Henrik Vagner (*under medvirken af Torsten Iversen*): *Entrepriseret* (2001) s. 124 om AB 92 § 25, stk. 2 (entreprenørens forsinkelse; dagbodsklausuler).

43) Et eksempel herpå kan være en aftale om levering af et mindre IT-system, som parterne indgår uden brug af K01, herunder denne standardaftales særlige bestemmelser om parternes *ændringsadgang* efter aftalens indgåelse, jf. hertil afsnit 3.3 med note 21. Opstår der herefter komplikationer, idet det eksempelvis viser sig, at leverandøren ikke kan levere et system med den aftalte ydeevne, medmindre han får mulighed for at foretage ændringer i systemets opsætning, og nægter kunden at medvirke hertil, fordi det vil udskyde leveringstiden, står aftalen principielt ikke til at redde, eftersom der ikke er nogen ret efter almindelige principper til for leverandøren ensidigt at kræve ændringer af aftalegrundlaget. Noget andet er, at parterne naturligvis kan aftale sig til rette herom, når problemet opstår, men sådan aftale forudsætter enighed.

Som det fremgik af den i note 39 omtalte dom fra Højesteret, *U.2004.2421 H*, kan det tillægges betydning for vurderingen af, om en part er bundet af en uklar henvisning til en standardaftales særlige bestemmelser, om en part har modtaget advokatbistand i forbindelse med aftaleindgåelsen. En part kan med andre ord blive bundet af en sådan uklar henvisning, såfremt parten selv eller partens rådgiver burde have været opmærksom på henvisningen og dens konsekvenser. Rækkevidden af partens egen (burde) viden afhænger af partens egenskab af professionel inden for det pågældende område (jf. Højesterets henvisning til "... professionel sagkundskab ..."). Advokater, der udtaler sig om retstilstanden på et givet område, forventes derimod som udgangspunkt at have den fornødne kompetence i så henseende. Lider en part tab ved at blive bundet af en standardaftales særlige bestemmelser som følge af en advokats mangelfulde rådgivning, kan parten efter omstændighederne kræve erstatning af denne, jf. hertil de advokatetiske regler, pkt. 3.1.2, hvorefter en advokat blandt andet "... skal varetage klientens interesser grundigt, samvittighedsfuldt og med fornøden hurtighed."⁴⁴

4. Afsluttende bemærkninger

På trods af de mange områder, der giver - eller bør give - anledning til overvejelser om det hensigtsmæssige i at benytte en standardaftale, er der ingen tvivl om, at aftalerne i praksis udfylder deres rolle på udmærket vis. Uanset, hvor grundigt parterne går til værks ved aftalekonciperingen, er det ikke muligt i alle situationer på forhånd at aftale sig til rette om alle potentielle konfliktområder - hverken i en standard- eller en individuel aftale. Den seriøse og velafbalancerede standardaftale har her sin væsentligste styrke i at spare tid og omkostninger for parterne.

Udgangspunktet for enhver kommerciel aftaleforhandling - hvis der ses bort fra proformatilfælde - er parternes gensidige ønske om at drage nytte af aftalen. Er dette ønske stærkt nok, er der principielt ikke behov for detaljerede, skriftlige aftaler. Tilsvarende gælder, såfremt forholdene ændrer sig i tiden efter aftaleindgåelsen: Er den fornødne gensidige forståelse til stede, er det ikke noget problem at ændre eller modificere den oprindeligt indgåede aftale, jf. hertil også afsnit 1 med note 1.

Parternes valg vil ofte stå mellem en kortfattet, individuel aftale, eller en mere

⁴⁴⁾ Se hertil *Mogens Holm & Henrik Stakemann Spang-Hanssen (2. udgave ved Henrik Bitsch): God advokatskik* (2002) s. 90, med bemærkningen om, at formuleringen af de advokatetiske reglers pkt. 3.1.2 blandt andet indebærer, at "... også ekspeditionsfejl og advokatens fejlrådgivning, beroende på misforståelse af eller ukendskab til en lovregel eller retspraksis, kan betragtes som tilsidesættelse af god advokatskik."

detaljeret standardaftale, eventuelt i modificeret udgave.⁴⁵ Hvorvidt parterne skal (tilrådes at) anvende den ene eller den anden fremgangsmåde, beror på den konkrete transaktion. I den forbindelse må det også konstateres, at den ideelle retlige løsning ikke altid er den løsning, som ud fra andre hensyn - økonomiske, kulturelle - er den optimale. Der kan undertiden være behov for at acceptere et resultat, der anskuet stringent retligt ikke er det bedst mulige, ud fra den betragtning, at ellers bliver der måske slet ingen aftale. Aftalekonciperings og -indgåelse er i praksis ofte det muliges kunst.

Såfremt der på et givet område er udarbejdet en standardaftale, som har den fornødne kvalitet og varetager alle relevante parterers interesser på en rimelig måde, er det dog generelt tilrådeligt at anvende aftalen, efter omstændighederne som inspirationsgrundlag. En betydelig del af forarbejdet er hermed gjort, og er der tale om en ydelse, som aftalen er udformet med henblik på, og er der ikke i øvrigt momenter i transaktionen eller i parternes status, som væsentligt adskiller den foreliggende situation fra standardaftalens, fortoner behovet for individuelle aftaler sig. Sker anvendelsen af en standardaftale - eventuelt i modificeret form - under hensyntagen til de risici, som er påpeget i afsnit 3.2-3.9, og holder parterne (eller deres respektive rådgivere) sig stedse transaktionens konkrete karakter for øje, har standardaftalen for alvor opfyldt sit formål.

⁴⁵⁾ Afhængigt af omfanget og karakteren af parternes ændringer af en standardaftale vil aftalens standardiserede præg fortone sig. Ikke enhver ændring fratager således en standardaftale dens særlige egenskaber. Vælger parterne eksempelvis at undlade vedtagelsen af præamblen i K01, men accepterer de i øvrigt aftalen, vil dette efter min opfattelse ikke medføre, at parternes aftale dermed får karakter af en individuel aftale. Grænserne er imidlertid flydende, og det er ikke muligt med nogen større grad af sikkerhed at udtale sig om, hvornår en standardaftale overgår til at være en individuel aftale. Udgangspunktet er imidlertid, at ændrer parterne på væsentlige dele af en standardaftale, idet de eksempelvis aftaler en regulering af misligholdelsesbeføjelserne, som er væsensforskellig fra standardaftalens, vil der i langt de fleste tilfælde være tale om en individuel aftale, også selvom aftalen på andre områder er en ordret gengivelse af standardaftalen.

Should Facts be Bought and Sold?

The Erosion of the Fact-Expression Dichotomy in the Protection of Factual Database Contents

Robin Elizabeth Herr¹

“Throughout history, copyright law has ‘recognize[d] a greater need to disseminate factual works than works of fiction or fantasy.’”

- US Supreme Court, Feist Publications v. Rural Telephone Service, 499 U.S. 340, 354 (1991)

The Transformation of Facts into Property

Traditional copyright regimes have always served both as economic tools that provide an incentive for creative expression and democratic tools that encourage the free flow of information.² The trick is in striking the correct balance. Authors are given a limited economic monopoly of exclusive rights as an incentive to create. Without such protection, it is argued, new works would not be crafted and society would suffer. If the monopoly is too expansive, however, society also loses. This is because information monopolies stymie the free flow of information. Too much control over information, it is argued, can jeopardize democratic society.

¹) In December 2000, Robin Herr graduated from Columbia University’s School of Law (J.D.) and its Graduate School of Journalism (M.S.). She has practiced law in the United States and is currently a research assistant at the Copenhagen Business School.

²) Neil Weinstock Netanel, “Copyright and a Democratic Civil Society,” 106 Yale L.J. 283, 288 (Nov. 1996).

The fact-expression dichotomy is a basic balancing mechanism of copyright. It mediates between facts, which are forever free, and the expression of facts, which are copyrightable. By placing facts in the public domain, the law ensures that the basic building blocks of creativity and knowledge development are available to all. However, an author's expression of facts is protected if it fulfills the requisite originality standard.

In practice, copyright law oscillates between economic and democratic ideals. But the internet revolution may have pushed the law permanently to the economic side. No where is the problem more stark than in the protection of facts. In both the US and the EU, the legal protection of facts is destroying the balance maintained by the fact-expression dichotomy. While in the US, facts are guarded by licenses and technological measures, in the EU a newly created *sui generis* right may provide even more protection.

The consequences could be serious. If database rights are too strong, first producers have a monopoly position and can control who receives their facts and at what price. Barriers to entry may be too high for second comers to produce competing databases. Although competition law may apply, few are likely to pursue such an expensive and time-consuming remedy. The result will be an underproduction of databases at prices that are too high.

Database users will also suffer. Modern society relies on the free use of facts to drive basic infrastructure such as financial markets, to foster revolutionary developments in science and technology and to stimulate continuous innovation in business. The commodization of facts will jeopardize these functions. Negative effects could be particularly acute among academia, scientific and research institutes and public entities where sharing factual information is the norm.

This article is an attempt to describe the transformation of database facts into property. In the face of overprotection, it may be worth considering whether to restore the fact-expression dichotomy.

Database Industry Basics³

The transition from paper to computer-based databases resulted in the development of a significant database industry. From 1975-2003, the number of databases worldwide grew from 301 to 18,214. Figures on the value of the industry are

³⁾ Unless otherwise noted, the information in this section is from: Martha E. Williams, "The State of Databases Today: 2004," Gale Directory of Databases 2004 Vol. 1, Part 1 (Gale Research, Detroit, 1993).

difficult to find. In 1996, the estimated size of the European electronic information supply market was 7.6 billion euro.⁴ US database and directory publishers generated an estimated 12.6 billion euro in revenues in 1999.⁵

Western Europe and North America have consistently been the two biggest database producing regions. While North American production has fluctuated from 71% of all databases in 1991 to 68% in 2003, Western Europe wavered from 24% in 1991 to 34% in 2001 to 26% in 2003. Countries producing more than 100 databases are: US (8125), England (1156), Germany (656), Finland (385), Canada (382), France (286), Australia (283), Denmark (242), Norway (227), Sweden (162), Netherlands (160), Korea (156), Switzerland (122) and Belgium (121).

Worldwide, there exist about 4,000 database producers. In 2003, the average producer made 4.5 databases. The types marketed comprise commercial/industry (78%), government (11%), not-for-profit/academic (10%) and mixed (01%). The primary mediums for databases are online (59%) and CD-ROM (30%). The rest are produced for diskettes, magnetic tapes, batches or handhelds.

Databases are protected by a combination of technological measures backed by licenses and the law. For example, Adobe e-books contain technology that allows the copyright owner to decide whether or not customers can read a book on another computer, make back-up copies or print it in paper form. At the same time, e-books include licenses that prohibit the exercise of those options restricted by the copyright owner. Adobe can resort to a variety of laws if its controls are violated.⁶

License provisions for database products come in several forms. Shrinkwrap licenses often accompany CDs, the medium used for 30% of all databases. Typically, a sheet of license terms is wrapped in transparent plastic along with the disks. Buyers allegedly signify acceptance by tearing open the plastic wrap and using the disks.⁷

4) UK Patent Office, "A Consultative Paper on United Kingdom Implementation: Directive 96/9/EC on the legal protection of databases directorate," (DTI, August 1997).

5) Keith Kuperferschmid, "Prepared Witness Testimony on the Database and Collections of Information Misappropriation Act of 2003," US House Committee on Energy and Commerce, Washington, D.C., September 23, 2003 (available at <http://energycommerce.house.gov>).

6) *U.S. v. Elcom*, 203 F.Supp. 2d 1111, 1117-1118 (N.D. Cal. 2002).

7) See Mark A. Lemley, "Intellectual Property and Shrinkwrap licenses," 68 S. Cal. L. Rev. 1239, 1241 (July 1995).

For the 59% of databases that are online, licenses usually appear in two forms: clickwraps or browsewraps. A product with a clickwrap license cannot be accessed until the purchaser actively assents to the license terms, usually by clicking on an icon or by typing "I accept." Browsewrap licenses are more problematic. A browsewrap license, or a hyperlink to it, normally appears on a website owner's homepage. Although the user is advised not to proceed further if they do not agree to the license terms, nothing prevents the user from accessing the product without first reading the license.

Enthusiasts imagine online shopping for databases will be conducted on a pay-per-use, per-transaction, per-work basis. Purchasers would be offered the freedom to "negotiate" by picking and choosing license terms such as the number of copies made. Prices would depend on the type of user and the options picked. Any violation could be prevented through license provisions, technological measures and the law. However, this digital future may be sugarcoated. Licenses combined with technical measures could provide a powerful tool of advanced control.

The Protection of Factual Contents in the United States

Some US courts used to grant protection to the factual contents of databases. But in 1991, the Supreme Court clarified that facts are never protected by copyright. Feist Publications v. Rural Telephone Service, 499 U.S. 340 (1991). Legislation to protect database contents has been introduced in Congress since 1996, but nothing has passed to date.

In the absence of clear legislative protection, database producers are creating mass market license provisions. In those states where such provisions are valid, factual data is accorded protection of an unlimited duration and any traditional exceptions do not apply. In order to ensure the greatest control, producers combine licenses with technological protection measures. Any efforts at circumvention can be prevented under the Digital Millennium Copyright Act.

The result is a clear erosion of the fact-expression dichotomy. Although facts remain free under copyright, they have been locked up through licenses and technological measures backed by force of law. But this protection is not watertight. If second comers find the same facts elsewhere in the public domain, they can legally use them.

A Legal Quandary

Under the 1976 Copyright Act, protection is extended to authors who create original works, ranging from literature to computer programs, which are fixed in a tangible medium of expression. 17 U.S.C. §102(a). Original databases qualify for copyright protection as compilations under the category of literary works.⁸

The statute grants copyright owners the following six exclusive rights: 1) to reproduce their work; 2) to prepare derivative works; 3) to distribute copies by sale, transfer, rental, lease, or lending; 4) to perform publicly; 5) to display the work publicly; and 6) to perform sound recordings publicly. If others want to reproduce, modify, distribute, perform, display or record a work, they must obtain authorization. 17 U.S.C. §106.

A variety of legal mechanisms guarantee the free flow of information.⁹ Having existed in the case law for nearly 100 years, the idea-expression dichotomy was codified in the 1976 Copyright Act. Section 102(b) states: "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery." Since facts are discoveries, the fact-expression dichotomy is a subset of this larger principle.

Courts have always agreed that individual facts were in the public domain and that compilations of facts were copyrightable. As one court explained, "'a man's name, his occupation, his place of business, and his residence are none of them subjects of copyright.' But, if a man compiles a book containing such information about the residents of a particular place, he may, as we shall see, copyright it as a whole, notwithstanding the fact that the separate parts of which it is composed are not copyrightable." Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co., 281 F. 83, 87 (2nd Cir. 1922).

Courts were split over which part of a compilation was copyright protected. Some proclaimed that the facts themselves were protected: "The right to copyright a

⁸) Section 103(a) of the Copyright Act expressly states, "The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations." The Congressional report that clarifies the Copyright Act notes: "The term 'literary works' does not connote any criterion of literary merit or qualitative value: it includes catalogs, directories, and similar factual, reference, or instructional works and compilations of data."

⁹) Copyright exceptions such as fair use authorize appropriation of a copyrighted work for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship or research. 17 U.S.C. §107. Because the duration of copyright is the life of the author plus 70 years, all material eventually falls into the public domain. Id., §302(a).

book upon which one has expended labor in its preparation does not depend upon whether the materials which he has collected consist or not of matters which are publici juris, or whether such materials show literary skill or originality, either in thought or in language, or anything more than industrious collection." Id., at 88.

According to the theory of sweat of the brow or industrious collection: time, labor and expenditure were enough to qualify an entire factual compilation as copyrightable. The rationale, of course, was economic, "The compiler's contribution to knowledge normally is the collection of the information, not its arrangement. If his protection is limited solely to the form of expression, the economic incentives underlying the copyright laws are largely swept away." National Business Lists, Inc. v. Dun & Bradstreet, Inc., 552 F.Supp. 89, 92 (N.D.Ill. 1982).

Under the sweat of the brow theory, second comers could use a previous compilation to verify their own independent effort or consult a previous work to find source material. Ultimately, however, every producer had to go to the original sources and independently produce a compilation on their own. "Appropriation of the fruits of another's labor and skill in order to publish a rival work without the expenditure of the time and effort required for independently arrived at results is copyright infringement." Orgel v. Clark Boardman Co., 301 F. 2d 119, 120 (C.A.N.Y. 1962).

Other courts refused to accept the sweat of the brow theory: "the law of copyrights defies the laws of logic, or, as one commentator puts it, 'the dictates of algebra,' since it 'affords to the summation of one hundred or one million [individual facts and their unadorned expression] a significant measure of protection' while affording none to the facts themselves." Financial Information, Inc. v. Moody's Investor's Service, Inc., 751 F.2d 501,505 (C.A.N.Y. 1984). These courts held that the only protectable aspect of a factual compilation was the original form of selection and arrangement, not the facts it contained. Second comers were free to take the facts, but not the part that was original to the author, namely the selection or arrangement.

A Resolution?

In 1991, the Supreme Court resolved the court split by holding that the contents of the white pages of a telephone book were not copyrightable. Feist Publications, 499 U.S. 340. The plaintiff was a public utility that provided telephone service in rural Kansas. As part of its monopoly status, Rural Telephone Service was required by law to print a telephone book. The directory contained 7,700 listings

obtained from its subscribers. While the entire directory was free, the company made money by selling advertising space for its yellow pages.

Feist competed with Rural by selling advertising space for the yellow pages of its directory, which was also free. Feist's directory covered 11 different telephone service areas and contained 46,878 listings paid for by license fees. Rural was the only company that refused to license. Without Rural's listings, Feist's directory would have been incomplete and it would have had problems selling advertising space.

Feist used Rural's listings anyway. Rural sued for copyright infringement arguing that the names, telephone numbers and towns used in its directory were copyrightable. It argued that Feist had to pound the pavement and collect the information itself. Feist countered that such a proposal was economically impractical and unnecessary because the information copied was in the public domain. The trial court and the court of appeals agreed with Rural.

The Supreme Court disagreed. It began by demystifying two main principles of database protection: that facts are not copyrightable, but compilations of facts are. The key to this paradox, declared the court, is originality. It said that facts contained in a compilation are not protected by copyright because they are not original. Facts are not original because they do not owe their origin to an act of authorship: "The distinction is one between creation and discovery: The first person to find and report a particular fact has not created the fact; he or she has merely discovered its existence." Id. at 347.

The court defined originality as independent creation by the author, as opposed to copying from other works, combined with a minimal degree of creativity. It further elaborated: "The requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice." Id. at 345. Because of the low originality threshold, a compilation could meet the originality criteria and be protected: "The compilation author typically chooses which facts to include, in what order to place them, and how to arrange the collected data so that they may be used effectively by readers. These choices as to selection and arrangement, so long as they are made independently by the compiler and entail a minimal degree of creativity, are sufficiently original that Congress may protect such compilations through the copyright laws." Id. at 348.

As a test for determining whether or not a compilation qualified for protection, the court turned to the definition of compilations contained in the 1976 Copyright Act. A compilation is a work formed by: 1) the collection and assembling of preexisting materials or of data; 2) that are selected, coordinated, or arranged in such a way; 3) that the resulting work as a whole constitutes an original work of

authorship. 17 U.S.C. §101. While the first component merely describes what one does to create a compilation, the last component simply declares that the result must be an original work of authorship. Therefore, the most important component, stated the court, is the second.

Applying the test, the court declared that there was no originality in either the selection or arrangement of the white pages of a telephone book: "Rural's selection of listings could not be more obvious: It publishes the most basic information -- name, town, and telephone number -- about each person who applies to it for telephone service. This is 'selection' of a sort, but it lacks the modicum of creativity necessary to transform mere selection into copyrightable expression." *Id.*, at 362. Nor was the arrangement sufficiently original: "there is nothing remotely creative about arranging names alphabetically in a white pages directory. It is an age-old practice, firmly rooted in tradition and so commonplace that it has come to be expected as a matter of course." *Id.*, at 363.

The Supreme Court acknowledged that its decision could render copyright protection meaningless to the database maker: "Notwithstanding a valid copyright, a subsequent compiler remains free to use the facts contained in another's publication to aid in preparing a competing work, so long as the competing work does not feature the same selection and arrangement. As one commentator explains it: 'No matter how much original authorship the work displays, the facts and ideas it exposes are free for the taking.'" *Id.*, at 373.

Economic Ideals Triumph

After *Feist*, copyright protection of factual database contents was insecure. Even if a particular selection or arrangement of a work was sufficiently original to warrant protection, proof of copyright infringement required near exact copying. Moreover, the case law revealed that if a second comer's selection and arrangement varied by more than a trivial degree, it would not infringe the first producer's copyright.

Licenses could provide an alternative form of protection. But within the US, federal copyright law traditionally superseded state contract law. As a result, license provisions found to expand copyright were invalid. In 1996, a 7th circuit case involving a license provision to prevent commercial distribution of listings in a telephone book was held valid.¹⁰ *ProCD v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). The legal system had come full circle.

¹⁰⁾ The 7th circuit consists of the states of Illinois, Indiana and Wisconsin.

In ProCD v. Zeidenberg, the defendant purchased copies of plaintiff's software program which consisted of listings from 3,000 telephone directories and copyrighted software needed to access the data. A shrinkwrap license that accompanied the software restricted copying of the data to personal use and prohibited any distribution. The defendant took the telephone listings and made the facts available to internet users at a lower price. The plaintiff sued for copyright infringement and breach of the shrinkwrap license.

The district court began with a contract law analysis that focused on whether the license provision was part of the contract. It relied on Uniform Commercial Code (UCC) §2-207 regarding additional terms and §2-209 on contract modification, to state that the defendant, not a merchant, was required to expressly assent to the additional terms contained in the shrinkwrap license. Since the defendant did not, the ProCD court held, "[m]ere reference to the terms at the time of initial contract formation does not present buyers an adequate opportunity to decide whether they are acceptable. They must be able to read and consider the terms in their entirety." ProCD v. Zeidenberg, 908 F. Supp. 640, 654 (W.D.Wis. 1996).

The district court further stated that plaintiff's breach of contract claim was invalid under the preemption doctrine. In making its decision, the court opined, "It is ironic that after plaintiff has attained the benefits of copyright law, it wants to prevent others from receiving that same protection. Unfortunately for plaintiff, the rules of the game have not changed. Just as plaintiff had public access to the telephone listings, so do defendants. Plaintiff cannot use a standard form contract to make an end run around copyright law." Id., at 659.

The 7th Circuit Court of Appeals reversed. ProCD, 86 F. 3d 1447. It pointed out that reference to license terms on the product box at the time of contract formation was indeed sufficient. The court further stated: "Notice on the outside, terms on the inside, and a right to return the software for a refund if the terms are unacceptable ... may be a means of doing business valuable to buyers and sellers alike." Id., at 1451.

The court's rationale was primarily economic. It explained that the package of 3,000 telephone directories cost US \$10 million to create. To sell its product, the plaintiff decided to price discriminate by charging a lower price to individual consumers than to businesses. The court asserted that in order to charge that lower price, the plaintiff needed to control arbitrage. Rather than provide an inferior product with, for example, data that was older, the plaintiff introduced a license to restrict the data to private use and to prohibit its distribution. Without the license, the court argued that a higher price would have to be charged to recoup investment costs. Consumers would lose as a result.

In its legal analysis, the court employed the flexible provision of UCC §2-204(1) on general contract formation to argue that the shrinkwrap license was part of the contract. According to §2-204(1), "A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract." The court interpreted the provision to mean: "A vendor, as master of the offer, may invite acceptance by conduct, and may propose limitations on the kind of conduct that constitutes acceptance. ... ProCD proposed a contract that a buyer would accept by *using* the software after having an opportunity to read the license at leisure." ProCD, 85 F.3d at 1452.

Turning to the question of preemption, the court agreed that the work fell under the subject matter of copyright. However, it held that contract rights are not equivalent to rights under copyright. Although not specifically spelling out the distinction, the court implied that the element of promise made a contract qualitatively different. It concluded, "A copyright is a right against the world. Contracts, by contrast, generally affect only their parties; strangers may do as they please." Id., at 1454.

A New Licensing Regime?

The ProCD decision smoothed the way for the enforcement of online licenses. From the beginning, clickwrap licenses were deemed clearly valid. Because the purchaser affirmatively clicks or writes "I agree" to the terms before the product is received, mutual assent is not controversial. Barnett v. Network Solutions, Inc., 38 S.W.3d 200, 203-04 (Tex. Ct. App. 2001)(parties agree there is a contract).¹¹

Browsewrap licenses are more problematic. The issues are whether there is sufficient mutual assent to form a valid contract and whether there is sufficient notice of the terms. The clearest example of an emerging rule can be found by tracking the progress of Ticketmaster v. Tickets.Com. The defendant copied and deeplinked public domain information from other websites, including from Ticketmaster. Ticketmaster's homepage contained a browsewrap restricting its information to personal use. Notice was placed at the bottom of Ticketmaster's

¹¹⁾ See also, Moore v. Microsoft Corp., 741 N.Y.S.2d 91 (N.Y. App. Div. 2002)(license valid because it was prominently displayed on screen and user was required to click "I agree" before software could be installed); I. Lan Sys., Inc. v. Netscout Serv. Level Corp., 183 F. Supp. 2d 328 (D. Mass. 2002)(clickwrap valid under either UCC 2-204 or 2-207). The binding nature of a clickwrap license has also been held undeniable. Barnett, 38 S.W.3d 200, 203-04 (user bound to clickwrap license because one has obligation to read what one signs and absent fraud is not excused from the consequences).

homepage in such a way that without an unusually large computer screen, the user had to scroll down to see it.

The district court refused to honor the license: "Many customers instead are likely to proceed to the event page of interest rather than reading the 'small print.' It cannot be said that merely putting the terms and conditions in this fashion necessarily creates a contract with any one using the web site." No. CV 99-7654 HLH (BQRx), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553, 8 (C.D. Cal. 27 March 2000).

Three years later, Ticketmaster changed its notice by prominently placing a warning on its homepage. Although the court stated that clickwrap licenses provide more legal certainty, it refused to grant summary judgment against a breach of contract claim based on the browsewrap license. Referring to ProCD, the court stated, "a contract can be formed by proceeding into the interior web pages after knowledge (or, in some cases, presumptive knowledge) of the conditions accepted when doing so." Ticketmaster v. Tickets.Com, No. CV99-7654-HLH(VBKx), 2003 U.S. Dist. LEXIS 6483, 10 (C.D. Cal. 6 March 2003).

While the 9th circuit could be leaning towards validation of browsewrap licenses, the 2nd circuit has refused to validate them.¹² Specht v. Netscape Communs. Corp., 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y. 2001) aff'd 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002)(notice insufficient and downloading the software does not manifest user's assent). The district court in this case said, "The case law on software licensing has not eroded the importance of assent in contract formation. Mutual assent is the bedrock of any agreement to which the law will give force. Defendants' position, if accepted, would so expand the definition of assent as to render it meaningless." Id., at 596.

Though other courts have followed its logic, the ProCD decision has been severely criticized. The court acts as if the contract in question is the product of an individual negotiation between two equal parties. But it is a mass market license in which the buyer must either accept the terms or return the product. In fact, stores often refuse to accept returns once a package has been opened. Although the court says that the shrinkwrap's restrictions are applied against an individual party, its mass market nature makes it effectively apply against the world. In such a context, one would expect even more protection than that given to licenses between merchants.

¹²⁾ The 9th circuit consists of Alaska, Arizona, California, Guam, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregon and Washington. The 2nd circuit comprises Connecticut, New York and Vermont.

Instead, the ProCD court further weakens the buyer's power by making the vendor the master of the offer. Standard contract protections based on public policy concerns, unconscionability, fraud or coercion continue to be difficult to prove and unsuccessful. But this lack of consumer protection does not stop the court which concludes: "Wisconsin [the state in question] would not let the buyer pick and choose among terms. Terms of use are no less a part of 'the product' than are the size of the database and the speed with which the software compiles listings. Competition among vendors, not judicial revision of a package's contents, is how consumers are protected in a market economy." ProCD, 85 F. 3d at 1453.

Due to their controversial nature, shrinkwrap licenses remain invalid in the 5th and 3rd circuits. See Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988); Step-Saver Data Systems Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 (3rd Cir. 1991). Although not at the court of appeal level, a 9th circuit district court has also denied the validity of a shrinkwrap license. See Arizona Retail Sys. v. Software Link, 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993). A district court in the 10th circuit recently followed suit. Klocek v. Gateway, Inc., 104 F. Supp. 2d 1332 (D. Kan. 2000)(shrinkwrap enclosed with computer invalid because: 1) UCC 2-207 applies; 2) vendor is not typically master of the offer; and 3) purchaser must expressly accept terms).

Technological Measures Offer More Protection

Neither copyright nor contract provides the database maker with unqualified protection. Efforts to propose legislation that clearly legitimizes online licenses have failed.¹³ Technological measures combined with strict laws against circumvention prove more effective. But these measures routinely lock up public domain information such as facts.

Congress passed the Digital Millennium Copyright Act in 1988. 17 U.S.C. §§ 1201-1205. The DMCA is a powerful legal mechanism. Rather than vary in judicial interpretation as is the norm, federal courts seem to agree on how the DMCA should be enforced and readily grant preliminary or permanent injunctions to stem circumvention.

Section 1201 of the DMCA prevents the circumvention of technological measures that protect access to copyrighted works and to the copyright owners' exclusive rights. Under §1203, violations can be punished by civil remedies consisting of

¹³⁾ The Uniform Computer Information Transactions Act met enough criticism that its authors, the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, withdrew their support. Efforts to revise Article 2 of the Uniform Commercial code are just as controversial.

injunctions, monetary damages and destruction of prohibited devices. Monetary damages can be calculated as actual damages suffered plus the violators' profits. Civil remedies can also be determined by statute. Statutory damages under §1201 range from US\$200 to \$2,500 per act. Each violation of §1202 varies from US\$2,500 to 25,000 per act.

Under §1204, any person who willfully violates the statute for commercial advantage or private financial gain can be indicted for a criminal offense. Criminal penalties for the first offense comprise up to 5 years imprisonment and/or a fine of not more than US\$500,000. The penalty for a subsequent offense is imprisonment for up to 10 years and/or a fine of not more than US\$1,000,000.

Section 1201 contains anti-circumvention and anti-trafficking provisions aimed to prevent unlawful access to a copyrighted work and unlawful violation of the copyright owner's exclusive rights. The anti-circumvention provision of §1201(a)(1) (A) targets those who gain access to a copyrighted work by breaking through a digital wall: "No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title." According to the case law, access control measures that have been circumvented are passwords and other protected codes, converters, encryption and scrambling programs, authentication sequences and other computer programs.

The DMCA also contains two anti-trafficking provisions. While §1201(a)(2) prevents trafficking of devices that circumvent access control technologies, §1201(b) prevents trafficking of devices that circumvent protection of an exclusive right of copyright. The statute defines dealing in prohibited devices as manufacturing, importing, offering to the public, providing or trafficking. According to the case law, posting a prohibited technology on a website or linking to other websites that have the prohibited device is considered trafficking.

Under the statute, prohibited circumvention tools are defined as technologies, products, services, devices, components or parts thereof. Trafficking is prohibited, only if a circumvention tool: (A) is primarily designed or produced to circumvent or (B) "has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent;" or (C) "is marketed by that person or another acting in concert...with that person's knowledge for use in circumventing." A circumvention tool need only satisfy one classification. §§1201(a)(2) and 1201(b).

Courts have banned the trafficking of: a console that circumvents the geographical limitation of video games, a VCR that overrides an authentication code to allow streaming of multimedia, a software program that decrypts the encryption algorithm and access keys to DVDs, a decoding device that descrambles pay-per-view TV signals, a generic printer toner cartridge containing a microchip that

circumvents a printer manufacturers' authentication sequence, and a pirating device that descrambles cable TV.

Section 1201(b) prohibits trafficking in technologies used to protect one of the six exclusive rights of the copyright owner. According to the statute, such technological measures consist of those that "in the ordinary course of operation prevent, restrict, or otherwise limit the exercise of a right of a copyright owner." Courts have banned the trafficking of circumvention tools such as a VCR that allows downloading of streamed multimedia from the internet; a software program that allows downloading, copying and distribution of DVDs; and a cable pirating device.

The Legal Protection of Facts

Legal academics, research institutes and libraries, and civil liberties groups have strenuously argued against technological measures that upset the traditional copyright balance. Such concerns may have come to a head because locking up factual and other public domain content seems even more permanent than expanding the exclusive rights granted by copyright or by employing restrictive license provisions. But the DMCA has survived all challenges.

In 2002, a court rejected the argument that the DMCA was unconstitutional because it prevented access to free material. The court declared: "Nothing within the DMCA grants any rights to anyone in any public domain work. A public domain work remains in the public domain and no party has any intellectual property right in the expression of that work." U.S. v. Elcom, 203 F.Supp. 2d. 1111, 1131 (N.D. Cal. 2002).

The court further argued that the defendants wrongly assumed that the only available version of a public domain work was electronic. In reality, the publisher only controlled one version of the work, while others remained freely available. The court concluded, "Publishing a public domain work in a restricted format does not thereby remove the work from the public domain, even if it does allow the publisher to control that particular electronic copy. If this is an evil in the law, the remedy is for Congress to prohibit use or access restrictions from being imposed upon public domain works. Or perhaps, if left to the market, the consuming public could decline to purchase public domain works packaged with use restrictions." *Id.*, at 1132. The court did not address what should happen if the particular data had only one source and it was locked up in an electronic format.

The Protection of Factual Contents in the European Union

Facts may be even more inaccessible in the EU. Through the new *sui generis* right of the 1996 Information Database Directive, database makers can protect against copying and distribution to the public of facts.¹⁴ Because any substantial change in a database creates the possibility of an additional term, protection can last for an unlimited duration.

Some database producers are pushing for an even broader interpretation of the *sui generis* right. A case involving the use of a fixtures list database by a sports betting company was referred to the European Court of Justice.¹⁵ The claimant argues that everyone must pay for the facts they use and distribute even if obtained from publicly available sources such as newspapers.

The impact on the database industry may already be visible. By 2003, the number of databases in Western Europe had fluctuated from 3092 in 1998 to 4085 in 2001, but dropped to 3820 in 2003.¹⁶ After the Database Directive was implemented in 1998, a one time growth spurt did occur in France, UK and Germany. Two years later, growth dropped down to pre-Directive levels in France and Germany. In the UK, growth also dropped but remained slightly higher than before the Directive was implemented.¹⁷ Such explanations are speculative, however, and further research is needed to confirm these conclusions.

Unfair Extraction Prevented

The Database Directive began as an attempt to seize the opportunity presented by the information revolution and ended as an attempt to guard against its dangers.

¹⁴⁾ Chapter III of Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

¹⁵⁾ British Horseracing Board v. William Hill Organization, HC 2000 1315, High Court Chancery Division Patents Court, London (9 February 2001), case C-203/02 pending at the ECJ. See also, Fixtures Marketing LTD v. Oy Veikkaus Ab, District Court of Vantaa, Finland, 1 Feb. 2002, case C-45/02 pending at the ECJ; Fixtures Marketing Limited v Organismos Prognostikon Agnon Podosphairou AE, Single-Judge Court of First Instance, Athens, 11 July 2002, case C-444/02 pending at the ECJ; Fixtures Marketing Ltd. V. AB Svenska Spel, Supreme Court of Sweden, 10 September 2002, case C-338/02 pending at the ECJ.

¹⁶⁾ Martha E. Williams, "The State of Databases Today: 2004," Gale Directory of Databases 2004 Vol. 1, Part 1 (Gale Research, Detroit, 1993).

¹⁷⁾ Stephen M. Maurer, P. Bernt Hugenoltz and Harlan J. Onsrud, "Europe's Database Experiment," Science Vol. 294 (26 Oct. 2001), p. 789.

Although the stated objectives changed little during the eight years of its formulation, the final version clearly shifted focus from a narrowly tailored right against unfair extraction to a strong property right in database contents.

In its 1988 Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, the Commission earmarked harmonization as the way to promote growth in the evolving online database market.¹⁸ It pinpointed a gap in the copyright protection of factual databases in some Member States and the varying levels of protection in others. It asserted that further growth in the industry may hinge on that fact that “the investment which a compilation of data may represent, and which may not attract copyright protection, necessitates some protection against unauthorized reproduction.” Green Paper, ¶ 6.4.7. The Commission solicited comments on the type of protection that should be granted but cautioned that any legislation “would have to be carefully considered lest access to computerized information be unjustifiably restricted.” Green Paper, ¶ 6.4.8.

The First Draft submitted by the Commission in 1992 was designed to fill in the existing legal gaps in electronic database protection and to address problems such as unfair competition and abuse of dominant position.¹⁹ The provisions comprised copyright protection in the selection and arrangement of databases, a right to prevent unfair extraction of database contents and compulsory licensing.

The right to prevent unfair extraction was aimed solely towards commercial competitors. It applied to databases whose contents were not already protected through existing national law. Member States were mandated to provide database makers with a right “to prevent the unauthorized extraction or re-utilization, from that database, of its contents, in whole or substantial part, for commercial purposes.” First Draft, Art. 2.5. The duration of protection was 10 years.

Exceptions included the right of lawful users to extract and re-utilize insubstantial parts of the contents of a database for private personal use and for commercial purposes provided the source of the information was named. To ward against a monopoly of database contents, the drafters mandated compulsory licensing of a publicly available database if its contents “cannot be independently created, collected or obtained from another source.” First Draft, Art. 8.1.

¹⁸⁾ Commission of the European Communities, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, COM (88) 172 final, Brussels, 7 June 1988.

¹⁹⁾ “Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases,” Official Journal of the European Communities, No. C 156/4, 1992.

By providing such narrowly tailored rights, the drafters intended to stimulate continued investment. Since only direct misappropriation by competing businesses was prohibited, second comers would be encouraged to enter the industry and be guaranteed access to database contents. Other noncommercial database sectors, such as the research and educational communities and public entities, would remain largely unaffected. Moreover the traditional privileges granted to private users, such as copying for personal use, also remained.

The 1996 Database Directive

In the final Directive, policymakers forwarded similar objectives but with a different emphasis. As in the 1988 Green Paper, they began by stressing the need to harmonize. Then they focused on piracy. While acknowledging that copyright protection remains important, they stated that, in the absence of harmonized unfair competition laws, other measures are required to prevent unauthorized copying and distribution. They further noted that database production takes much effort but that unlawful copying and distribution can be completed at a fraction of the cost. Such actions, they stated, have serious consequences.

The focus on piracy has resulted in an expansion of the database makers' rights in the final Directive. It protects all databases regardless of format, provides a copyright in the structure and arrangement of a database and creates a *sui generis* right in database contents. Just as in the US, copyright protection in the structure and arrangement of a database does not give enough protection from the database makers' perspective. But the new right in database contents is so strong that the fixture list company whose case is pending at the European Court of Justice only chose to pursue that claim.

The New *Sui Generis* Right

The most stunning contribution of the Directive is the creation of a new *sui generis* right. The database maker can prevent the: 1) "extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database;" and 2) "the repeated and systematic extraction and/or re-utilization of insubstantial parts of the contents of the database implying acts which conflict with a normal exploitation of that database or which unreasonably prejudice the legitimate interests of the maker." Art.7.1 and Art. 7.5.

To help clarify these rights, two definitions are provided. Extraction is: "the permanent or temporary transfer of all or a substantial part of the contents of a

database to another medium by any means or in any form.” Art. 7.2(a). Re-utilization is: “any form of making available to the public all or a substantial part of the contents of a database by the distribution of copies, by renting, by on-line or other forms of transmission.” Art. 7.2(b). No other definitions are provided.

In contrast to the First Draft, the scope of the Directive includes databases in all formats, rather than just electronic databases. Under Article 1.2, a database is defined as: “a collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic and methodical way and individually accessible by electronic or other means.” Some products are expressly not covered, such as a single recording or a single audiovisual, cinematographic or literary work. Recital 17. Regardless of these exceptions, the definition is so broad that one expert claims files organized in a file cabinet are a database.²⁰

To be eligible for the *sui generis* right, the database maker must show “that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents.” Art. 7.1. Investment can include, “the deployment of financial resources and/or the expending of time, effort and energy.” Recital 40.

If protection is granted, the term is for 15 years. Art. 10. It is renewable under the following conditions: “Any substantial change, evaluated qualitatively or quantitatively, to the contents of a database, including any substantial change resulting from the accumulation of successive additions, deletions or alterations, which would result in the database being considered to be a substantial new investment, evaluated qualitatively or quantitatively, shall qualify the database resulting from that investment for its own term of protection.” Art. 10.3. A substantial new investment can include substantial verification of the contents of the database. Recital 55.

The lawful user also has rights. Under Article 8, insubstantial uses can be made of database contents “for any purposes whatsoever.” This right comes with certain obligations. The user is warned against doing anything “which conflict[s] with normal exploitation of the database or unreasonably prejudice[s] the legitimate interests of the maker of the database.” Art. 8.2. Neither can the user “cause prejudice to the holder of a copyright or related right in respect of the works or subject matter contained in the database.” Art. 8.3.

Three optional exceptions are directed to the lawful user. Extraction or reutilization of substantial parts of a database can be achieved under the following

²⁰) Chris Reed and John Angel, eds., Computer Law (Oxford University Press, Oxford, 2003), ch. 7.4.

conditions: “(a) in the case of extraction for private purposes of the contents of a non-electronic database; (b) in the case of extraction for the purposes of illustration for teaching or scientific research, as long as the source is indicated and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved; (c) in the case of extraction and/or re-utilization for the purposes of public security or an administrative or judicial procedure.” Art 9. The statute expressly states that these exceptions “must not prejudice the exclusive rights of the maker to exploit the database and their purpose must not be commercial.” Recital 50.

Are Facts Protected?

The *sui generis* right in the final Database Directive grants far more protection than the First Draft. But, it is hard to know the extent of its strength. This is because none of the following key words and phrases are defined: substantial, qualitatively, quantitatively, repeated and systematic, insubstantial, normal exploitation, and unreasonably prejudice.

Still, the rights appear to be quite expansive. Database makers can prevent substantial as well as repeated insubstantial copying and making available to the public of database contents. Since databases require constant updating and checking, it is conceivable that most would repeatedly qualify for a renewed term.

Whereas the rights of prevention are strong, the exceptions are few and weak. Normally, exceptions allow the ordinary user to engage in what would otherwise be an infringing action. Under EU law, copyright contains one mandatory and twenty optional exceptions that exonerate users from otherwise infringing actions.²¹ The *sui generis* right has only one mandatory and three optional exceptions aimed towards lawful users – those who have already obtained permission to access a database. Unless the database maker does not charge, such lawful users ordinarily pay for their right.

There is little to prevent the database maker from further restricting access to its data. The Directive contains no compulsory license provision to compel use of information even if it cannot be obtained from another source. Recital 47 merely states that *sui generis* protection should not be granted in such a way as to facilitate an abuse of dominant position, particularly in the creation of new products and services. In addition, it says that Community and national competition rules continue to apply. But how many users are willing to go to court?

²¹⁾ Article 5 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspect of copyright and related rights in the information society.

Recital 45 clarifies that the *sui generis* right “does not in any way constitute an extension of copyright protection to mere facts or data.” Neither does the right of prevention against substantial uses “give rise to the creation of a new right in the works, data or materials themselves.” Recital 46. But if the *sui generis* right protects database contents and if the contents consists of facts, aren’t those facts being protected?

Lowering the Standard for Protection

British Horseracing Board v. William Hill Organization was the first major case in England which required an interpretation of the database right. It is currently pending at the European Court of Justice. An analysis of the opinion reveals that the British court lowers the threshold for qualifying databases and reduces the standard to prove infringement.

The claimant, British Horseracing Board (BHB or board), is the governing authority of the British horseracing industry. The board creates the yearly fixture list that determines horse races. In 2000, there were 7,800 races with 175,000 entries. The list normally takes five months to compile and costs over DKK 43 million per year to produce. It contains the venues, dates, times, race conditions, entries and competing horses for each race.

The fixture list forms part of the BHB database which consists of 214 tables with over 20 million records. Database users include: 1) the racing industry; 2) the media; 3) information services; and 4) the public. To receive racing information, users can subscribe to the newspaper, Racing Pages, and/or to the teletext service, Satellite Information Service.

The defendant, William Hill, is a leading off-track bookmaking service in the UK which earned over DKK 853 million in 1999. It provides betting services through a national network of 1526 trading locations and through the telephone. The company pays a monthly license fee to Racing Pages for racing information used for its telephone betting service and a substantial fee to Satellite Information Services for permission to display racing information at each trading unit.

In 2000, William Hill started both domestic and international internet betting sites. Customers can access the sites, locate racing details, review the defendant’s betting odds and place a bet. By the time the racing information is displayed, it has already been made public through newspapers and teletext since the afternoon before the actual race. The sites comprise a minor part of the company’s annual turnover.

The board alleges that William Hill is making unlicensed use of its racing information on their internet sites. It claims that its database qualifies under the Database Directive and that William Hill's activities violate both Article 7.1 on extraction and re-utilization of a substantial part of a database and Article 7.5 on repeated and systematic extraction and re-utilization of an insubstantial part. As a remedy, the claimant asks that the defendant be prevented from using the racing information and that it pay for damages incurred.

Nearly all of William Hill's defenses are based on the idea that the *sui generis* right does not cover facts that are already in the public domain. First, it states that there is no proof that the racing information it uses comes from BHB's database. Furthermore, it states that the information is already in the public domain and is therefore free. Lastly, it argues that it does not take the protected part of database but rather the facts.

More Databases Qualify

Although neither party disputes that the BHB database qualifies for the *sui generis* right, the court attempts to flesh out the prerequisites. Turning to the objectives of the Directive, the court names the following criteria: 1) there must be investment in obtaining, verifying and presenting the contents; 2) that investment must be substantial enough to justify protection; and 3) the qualifying level of the investment is fairly low. While the first two criteria come straight from the language of the Directive, the last is derived from the Recital 19. It states that a compilation of several recordings of musical performances on a CD does not meet the conditions for the *sui generis* right.

The court establishes a low threshold for protection. If the court means any database that requires more investment than compiling songs on a CD qualifies, this is troubling. Under this definition, almost any collection of facts can be owned and for an unlimited duration.

The court points to other problems, but fails to resolve them. It explains that obtaining refers to the gathering of all data but does not include its actual creation. At the same time, the court notes that if a company obtains information and directly enters it into its database, then both gathering and creation can be counted. This explanation further increases the number of qualifying databases.

Lowering the Standard for Infringement

The heart of the case is whether or not William Hill breached the board's database rights. As a first defense, William Hill admits that its data came from the Satellite Information Service, but argues that the information contained in the SIS may have come from an independent source.

The court agrees that in order to claim infringement, the claimant must prove that the data used was from its database. However, it is unconvinced by William Hill's argument. It cites evidence to show that "all the information on the racing calendar eventually is derived from BHB" ¶ 40. According to one witness, even if the racecourse produces their own individual fixture list, it will still bear the copyright of the British Horseracing Board. It is also mentioned that the board's copyright has been on every fixture list for nearly 30 years. The judge concludes, "In my view, it is virtually certain that the data in the RDF was derived directly or indirectly from the BHB Database and it follows that the defendant's argument on this issue fails." ¶ 41.

William Hill next argues that it did not take a protected part of the database because the *sui generis* right does not protect the actual information per se. "Taking the facts," it points out, "and only the facts, can never infringe [a] database right, whether one fact is taken or all of them." ¶ 44. In order to infringe, it states that the arrangement and manner in which the database is made individually accessible must also be taken. William Hill calls this "databaseness."

The court disagrees. Just because the database must take the form of being arranged in a systematic or methodical way and be individually accessible, does not mean that it is that part which is protected by the *sui generis* right. Rather, the court states, the form of a database is safeguarded by copyright. What is protected by the database right is the investment in obtaining, verifying or presenting the contents.

The court is correct in saying that the structure is protected by copyright. But it spends too much time refuting defendants' weaker argument. It fails to seriously address the more crucial argument - that facts should not be protected. At the end of its analysis, the court merely states, "What are prohibited are certain kinds of use or manipulation of 'parts of the contents' of the database. If one asks the question, 'is a collection of data taken from the database a part of its contents?', the answer must be in the affirmative." ¶49.

To determine whether William Hill has taken a substantial part of the database, the court defines substantiality. According to the Directive, a substantial part can

be evaluated qualitatively and/or quantitatively. William Hill states that if one looks at the entire database, the part it took is tiny and consists mostly of the names of horses. The whole database comprises: 1) many years worth of registration information for trainers, jockeys and others in the industry; 2) the official registration information for thoroughbred horses accumulated over generations; 3) details of registered owners, trainers and jockeys and their racing colors; 4) the fixture list; and 5) the outcome of each race.

Again the court disagrees: "If one of the purposes of the database is to service businesses of the same general type as that run by the alleged infringer with the same type of information taken by him, then the collection, verification and presentation of that type of information within the database is likely to be an important or substantial part of its contents." ¶52.

If anything interesting to the alleged infringer is considered a substantial part of a database, then it is difficult to see what would not infringe. The courts' perspective hails back to the old British rule of thumb for copyright that anything worth copying is worth protecting. This conclusion lowers the standard of proof for infringement.

The court is more convincing when it states that an objective of the Directive is to protect investment. It mentions that the ultimate purpose of the BHB database is to facilitate racing. What is most important in this endeavor is to ensure that all the relevant data is accurate and available. Concludes the court, "William Hill is relying on and taking advantage of the completeness and accuracy of the information taken from the RDF, in other words the product of BHB's investment in obtaining and verifying that data. This is a substantial part of the contents." ¶53.

A successful claim of infringement requires further proof of extraction and re-utilization. These terms were furnished in the Directive, but there is still room for clarification. The claimant defines extraction as copying and re-utilization as making the material available in any form to the public.

Defendant's definitions are more complex. Consistent with its argument that facts are free, William Hill maintains that extraction is limited to the first removal of data. Once the data is offered to the public and is in the public domain, such as in Racing Post newspaper, further use can no longer qualify as extraction.

Without addressing the majority of the defendant's arguments, the court determines that: "The Directive does not require that extraction should be direct rather than indirect, nor does the definition involve the concept of taking away. All that

is required is that a substantial part of the contents be transferred to a new medium.” ¶57.

William Hill makes a similar argument regarding the definition of re-utilization. Once information is out in the public domain no one can be accused of infringement. Re-utilization thus only covers first publication. If the public already has the data, there is no re-utilization.

The court counters that the results would be “bizarre” if BHB could not protest when unlicensed copies of its database were put on the market. It states, “If one asks the question, ‘is the information on the William Hill website being made available to the public by ... on-line or other forms of transmission?’ the answer must be in the affirmative. The fact that some or all of the data are available to the public from another source is irrelevant. There is no reason why information cannot be made available to the public from more than one source. If the draughtsman of the Directive had intended to cover only first publication, he surely would have said so explicitly and, had he done so, it would have undermined the very purpose of the Directive, namely the protection of the investment which goes into making databases.” ¶59.

The court concludes that William Hill is guilty of taking a substantial part of BHB’s database. According to its analysis, the claimant has the right to demand payment for every use of the facts that it created. If a fan copies horseracing information from his local newspaper every week and emails it to his friends, he too would have to pay.

Turning to the prohibition against taking an insubstantial part, William Hill claims that the database in question is not one but a series of databases and that none of the takings is repeated and systematic. The court replies, “In my view the BHB Database is a single database which is in a constant state of refinement.” ¶72. As each update occurs, a new term of protection begins. Therefore, it concludes that William Hill has also violated the right against insubstantial uses of a database.

Defendants’ argument here is weak. But what is problematic about the courts’ response is that it gives further fuel to the idea that databases can be forever protected under the Database Directive. While the threshold for a database qualifying for the *sui generis* right is low and proof of infringement relatively easy, those actions that can be legitimately committed without risking infringement are minor. The court provides one example of an insubstantial use that would not be prejudicial: if a fiction writer publishing horseracing articles once a week picked names of horses that had been published in Racing Post.

A Proposal

Copyright protection in general, and database protection in particular, has always fluctuated between protecting economic rights and ensuring the free flow of information. But the internet revolution and subsequent threat of piracy may have changed the balance forever. In both the US and EU, economics has won to the point where facts are being protected.

The consequences could be serious. Within the EU, the database market could already be saturated and the price of entering the market already too high. The result is fewer databases produced at higher prices. Non-commercial entities could be worse off. Since many of their efforts require information sharing, a value placed on the facts they produce could permanently thwart technological and scientific progress and other forms of creativity.

Taken to its logical extreme, the effects are disastrous. If all facts were bought and sold, society would be divided between the information rich and information poor. Only those who could afford to pay for the data they use could write books, deliver speeches or carve sculptures. Only the information rich could read, hear or view such works. Our democracies would halt, knowledge would wither and cultures would crumble.

Yet policymakers are ignoring all warnings. In the face of rapid overprotection, a critical question needs to be answered. Should the fact-expression dichotomy be restored?

IT-kontrakter

Søren Sandfeld Jakobsen

1. Indledning

IT, informationsteknologi, vinder indpas på stort set alle samfundsområder i disse år. Brugen af IT er blevet et naturligt og for de fleste virksomheder og organisationer helt centralt led i udøvelsen af deres aktiviteter. Det samlede salg af IT-ydelser er som følge heraf nærmest eksploderet. Samtidig udvikler IT-branchen konstant nye produkter og tjenesteydelser. Hvor det tidligere mest handlede om salg og installation af hardware og software, handler det i dag lige så meget om outsourcing, udvikling af web-løsninger, trådløse netværkssystemer, IP-telefoni og meget mere. IT-ydelser er således blevet langt mere komplekse. Dette forhold samt de betydelige investeringer, der ofte er knyttet til anskaffelse af IT-systemer, betyder, at der stilles store krav til de kontrakter, der regulerer køb af IT-ydelser. Hvis disse kontrakter, hvad der desværre ofte er tilfældet i praksis, udformes uden den fornødne omhu og klarhed, kan det resultere i kuldsejlede IT-projekter med deraf følgende tab af markedsandele og indtjening samt udgifter til kostbare retssager.

Da IT-ydelser som nævnt er blevet et langt mere komplekst begreb, og da de fleste IT-løsninger tilpasses den konkrete virksomhed, hvori de skal anvendes, er der næppe to IT-kontrakter, der er helt ens. En facility management-kontrakt udformes ganske anderledes end en kontrakt om køb af en server, der igen udformes helt anderledes end en kontrakt om brugsret til et ERP-system eller udvikling af en hjemmeside. Alligevel giver det mening at opstille en række overordnede punkter, en slags juridisk "checkliste", der bør overvejes i forbindelse med de fleste typer af IT-kontrakter. Denne artikel forsøger at opstille en sådan juridisk checkliste med udgangspunkt i IT-standardkontrakten "K 01".

Parterne i en IT-kontrakt har via kontrakten en udstrakt aftalefrihed til selv at

fastsætte de regler, der skal være gældende for retsforholdet.¹ Retsgrundlaget for køb af IT-ydelser udgøres derfor først og fremmest af parternes aftale og de dokumenter og materiale i øvrigt, der knytter sig til denne. Udarbejdelse af en IT-kontrakt bør dog alligevel ske med grundigt kendskab til de deklaratoriske regler og principper, der gælder på området. Det skyldes, at kontrakten dels ikke kan regulere alle de problemstillinger, der måtte opstå (og derfor nødvendigvis må overlade et vist "tomrum" til de deklaratoriske regler på området), dels ofte kan give anledning til fortolkningstvív. I disse situationer virker de deklaratoriske regler som "baggrundsregler", der træder ind og finder anvendelse, hvis parterne i deres aftale ikke selv har taget hånd om en given problemstilling. Eller som fortolkningsbidrag i situationer, hvor parternes aftale er uklar.²

De deklaratoriske regler i lovgivningen er imidlertid ikke ens for alle typer IT-ydelser, og fastlæggelse af det bagved aftalen liggende retsgrundlag – baggrundsretten – for en given IT-kontrakt kan derfor i sig selv være en ganske kompleks øvelse. Baggrundsretten for overdragelse af IT-ydelser vil som følge heraf indledningsvist blive beskrevet.

2. Baggrundsretten

Der gælder ingen specifik lovgivning om IT-kontrakter. Endvidere er der kun sparsom retspraksis på området. Sædvaner og kutymmer er vanskelige at fastslå som følge af den hastige teknologiske udvikling.³ Udover selve kontrakten reguleres IT-kontrakter følgelig først og fremmest af de almindelige obligationsretlige regler og grundsætninger, der finder anvendelse for de fleste typer af almindeligt forekommende kontrakter. En række af disse almene regler og grundsætninger er kodificeret i købeloven⁴ (kbl.), der regulerer køb af alle formuegoder, bortset fra fast ejendom, jf. § 1 a. Kbl. danner derfor naturligt udgangspunkt for reguleringen af de fleste typer af IT-kontrakter, enten direkte eller ved analog anvendelse, jf. pkt. 2.1 nedenfor.

Der kan dog være IT-ydelser, der på visse punkter adskiller sig så væsentligt fra

¹⁾ I forbrugerkøb er aftalefriheden dog indskrænket som følge af beskyttelsespræceptive bestemmelser i købeloven, forbrugeraftaleloven og andre forbrugerbeskyttelseslove. Endvidere gælder der visse fortrinsvis præceptive bestemmelser i ophavsretslovens §§ 36-37, jf. pkt. 4.6 nedenfor.

²⁾ Se nærmere om deklaratoriske reglers virkning som fortolknings- og udfyldningsdata Lynge Andersen og Bo Madsen, *Aftaler og Mellemmænd* (2001), s. 434 f.

³⁾ Jf. Susanne Karstoft i *Formueretlige Emner* (2004), s. 286 f.

⁴⁾ Lovbekendtgørelse nr. 237/2003 om køb.

traditionelle køb omfattet af købeloven, at retsgrundlaget må søges i – eller suppleres med – andre regelsæt. Dette gælder navnlig køb af IT-tjenesteydelser, hvor købsgenstanden ikke er en håndgribelig, fysisk genstand, der foreligger på aftaletidspunktet, men vedrører levering af et (fremtidigt) *arbejdsresultat*. Som eksempel kan nævnes kontrakter om udvikling eller tilpasning af et softwareprogram. Disse kontrakter har ofte en sådan lighed med entrepriserarbejder, dvs. opførelse af fast ejendom, at købeloven må suppleres med entrepriseretlige regler, grundsætninger og praksis. Se nærmere pkt. 2.2.

Visse IT-kontrakter omfatter køb af forskellige former for IT-konsulenttydelser, fx udarbejdelse af foranalyser, levering af teknisk support, telefonservice eller forskellige former for rådgivning. Her er kontraktens genstand levering af en *arbejdsforpligtelse*. Ikke – som ved entreprise – et bestemt arbejdsresultat, men levering af en ”god faglig indsats”. Også her kan anvendelse af købeloven i mange situationer være vanskelig. Retsgrundlaget for sådanne kontrakter skal derfor primært findes i parternes aftale og almindelige obligationsretlige regler og principper.⁵

2.1. Nærmere om anvendelse af købeloven

Købeloven omfatter regler vedrørende selve gennemførelsen⁶ af et køb, herunder krav til parternes ydelser (levering af varen henholdsvis betaling af købesummen) og håndtering af de situationer, hvor kontrakten ikke måtte blive opfyldt som aftalt, dvs. hvor der foreligger misligholdelse.

Kbl. er deklaratorisk, dvs. kan fraviges ved parternes aftale (og sædvane og kustomme), jf. § 1, stk. 1.⁷ Den omstændighed, at kbl. anviser velafbalancerede løsninger på en lang række af de oftest forekommende problemstillinger forbundet med et køb, indebærer, at parterne for så vidt kan vælge at undlade at udarbejde

⁵⁾ Er konsulenten ikke en i forhold til kunden selvstændig erhvervsdrivende, men derimod står i et fast ansættelsesforhold til denne, vil forholdet i stedet falde ind under de arbejdsretlige regler.

⁶⁾ Spørgsmål knyttet til selve *indgåelsen* af købeaftalen, herunder vedrørende fortolkning af aftalen eller om der foreligger en ugyldighedsgrund (fx svig), må løses ud fra aftaleloven. Se til illustration U 1985.334 H, hvor udgiften til et IT-system viste sig langt at overstige leverandørens estimat over for kunden på aftaletidspunktet. Med udgangspunkt i den aftaleretlige forudsætningslære gav Højesteret kunden medhold i, at forudsætningerne for aftalen var svigtede og at kunden derfor var berettiget til at træde tilbage fra aftalen. Se også U 86.938 S, hvor et aftalevilkår om ansvarsfraskrivelse fra en IT-leverandørs side blev tilsidesat.

⁷⁾ Dette gælder dog ikke størsteparten af forbrugerkøbsreglerne, der er beskyttelsespræceptive, jf. § 1, stk. 2. Idet de fleste ikke helt små IT-kontrakter indgås mellem erhvervsdrivende, vil fremstillingen i det følgende koncentrere sig om handelskøb.

en detaljeret kontrakt og i stedet blot lade kbl.'s udfyldende regler regulere de problemstillinger, der måtte opstå. Dette forudsætter dog et kendskab til køberetten, som de fleste virksomheder af naturlige årsager ikke besidder.⁸

Parterne vælger ofte at fravige en række af kbl.'s bestemmelser, enten af forretningsmæssige grunde eller fordi reglerne ikke passer til det konkrete retsforhold. Omvendt tager en kontrakt, herunder en IT-kontrakt, sjældent stilling til samtlige de spørgsmål, der reguleres i kbl. Kontrakten vil derfor som regel skulle virke i et samspil med kbl.'s udfyldende regler og må følgelig udarbejdes med opmærksom hensyntagen til disse.

Selv om kbl. ikke udtrykkelig fastslår det, er det almindelig antaget i den juridiske teori og praksis, at loven primært tager sigte på overdragelse af *løsøre*, dvs. håndgribelige, flytbare varer, som eksisterer (og dermed kan besigtiges) på tidspunktet for aftalens indgåelse. Køb af *hardware*, fx maskiner, terminaler, netværksudstyr osv., ligger derfor inden for kerneområdet af kbl. Derimod kan det give anledning til tvivl, om andre IT-ydelser end traditionelle *løsøreydelser* er omfattet af kbl. Idet købeloven anses for i vid udstrækning at være udtryk for *almindelige retsgrundsætninger*, dvs. ulovbestemte almene principper om kontraktretlige forpligtelser på det formueretlige område,⁹ finder loven i det store hele analog (tilsvarende) anvendelse uden for sit direkte anvendelsesområde, fx på køb af de fleste former for tjenesteydelser.

Når kbl. således antages i praksis at finde anvendelse på såvel køb af *løsøre* som tjenesteydelser, er spørgsmålet, hvilken betydning det har, om anvendelsen af loven sker direkte eller analogt. Svaret er, at visse af lovens bestemmelser er så tæt knyttet til *løsørekøb*, at de ikke kan anses for at være udtryk for almindelige retsgrundsætninger og heller ikke ved analogi uden videre kan overføres til andre køb end *løsørekøb*.¹⁰ Det gælder navnlig reklamationsreglen i § 54, hvorefter køberens ret til at påberåbe sig mangler ved købsgenstanden forældes to år efter

⁸⁾ Det manglende kendskab til baggrundsretten medfører reelt ofte det modsatte, nemlig at den kontrakt, som parterne forhandler ud fra, mere eller mindre ordret gentager en række af købelovens bestemmelser. Det har den pædagogiske fordel, at det i forhandlingsprocessen henleder parternes opmærksomhed på lovens løsningsmodeller – som det så står parterne frit for at fravige eller modificere i den endelige kontrakt. Jf. også Nicolai Dragsted, *IT-kontrakter I* (2000), s. 43. Omvendt kan en måske upræcis anvendelse af kbl.'s regler give anledning til usikkerhed om, hvorvidt parternes intention var at fravige loven eller henvise til denne.

⁹⁾ Jf. Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2001, s. 785 ff.

¹⁰⁾ Ibid. Jf. også Nørager Nielsen & Theilgaard, *Købeloven med kommentarer* (1993), s. 38.

salgsstandens overgivelse.¹¹ Endvidere de særlige forbrugerkøbsregler, jf. §§ 72-87, der i en række situationer stiller forbrugerkøberen bedre end køberen i handels- eller civilkøb.

Heller ikke kbl.'s strenge regler om genusansvar (jf. §§ 24 og 43) og reklamation (jf. fx §§ 26-27 og 52) kan formentlig uden videre anvendes analogt i andre retsforhold. Endelig giver købelovens regler om, at parterne skal tilbagelevere deres respektive ydelser i tilfælde af ophævelse af kontrakten, ikke meget mening i situationer, hvor en tjenesteydelse, fx systemvedligeholdelse eller facility management, er leveret og i sagens natur ikke kan tilbageleveres.

Vurderingen af, om kbl. kan anvendes direkte eller "kun" analogt, er altså ikke uden praktisk betydning. I de tilfælde hvor kbl. er relevant, må man således, for korrekt at kunne fastlægge den relevante baggrundsret, vurdere, om baggrundsretten er en direkte eller analog anvendelse af købeloven.

Hardware og software

Køb af hardware er beskrevet ovenfor. For så vidt angår køb af IT-programmel (software), giver det anledning til tvivl, om kbl. finder direkte eller analog anvendelse. Der er ikke trykt retspraksis om spørgsmålet, ligesom der hersker forskellige opfattelser i den juridiske teori. Uenigheden går på, om *informationsprodukter* – som programmel jo rettelig er – kan betragtes som løsørengenstande (og dermed er direkte omfattet af kbl.), eller om de på afgørende punkter adskiller sig for meget fra traditionel løsøre og derfor kun kan omfattes analogt af loven.¹² Den overvejende opfattelse er, at informationsprodukter kan sidestilles med køberetlige løsørengenstande, der direkte omfattes af kbl.¹³ Dette gælder, hvad enten

¹¹⁾ Og derved for købers vedkommende indskrænker de almindelige regler om 5 eller 20 års forældelsesfrist, jf. 1908-loven (lov 274/1908 om forældelse af visse fordringer) og DL 5-14-4.

¹²⁾ Sidstnævnte synspunkt fremføres af Mads Bryde Andersen, jf. fx IT-retten (2001), s. 785 ff., der navnlig henviser til, at informationsprodukter adskiller sig fundamentalt fra traditionelle løsørengenstande ved, at de kan spredes ukontrollabelt og kun vanskeligt kan tilbageleveres til sælger (idet køber jo stadig kan besidde informationen i sin bevidsthed og herigennem drage nytte af den). Se den indgående diskussion af dette synspunkt Kim Frost, Informationsydelsen (2002), s. 106 ff.

¹³⁾ Se fx Nørager Nielsen & Theilgaard, Købeloven med Kommentarer (1993), s. 37. I samme retning Kim Frost, Informationsydelsen (2002), kap. II, afsnit 4, der dog skelner mellem informationsprodukter bestående af objektiv information (verificerbar information, fx en børskurs eller oplysninger i leksika) og subjektiv information (hvor vurderingen af informationen, fx kvaliteten af en film, afhænger af en subjektiv sanseoplevelse). Kun informationsprodukter med objektiv information anses af forfatteren for direkte omfattet af kbl.

programmet er knyttet til et fysisk medium, fx en diskette eller en CD-rom, eller downloades fra Internettet.

Det anførte om software knytter sig til standardsoftware eller andre former for software, der allerede foreligger i udviklet stand på aftaleindgåelsestidspunktet. Såfremt et program skal udvikles fra bunden eller tilpasses en konkret kundes behov, finder de entrepriseretlige regler anvendelse, jf. pkt. 2.2 nedenfor.

Ved overdragelse af et IT-system indeholdende software vil køber ofte ikke få den fulde ejendomsret over softwaret, men kun en brugsret, også kaldet *licens*. Dette skyldes navnlig, at de fleste softwareprogrammer, der udbydes i handlen, nyder ophavsretlig beskyttelse, således at alene ophavsmanden som udgangspunkt må fremstille og sprede eksemplarer af programmet. Ved kun at tildele en begrænset ret, en brugsret, understreger ophavsmanden, at selve ophavsretten ikke overdrages til køber og at køber kun må anvende programmet på de vilkår, som ophavsmanden opstiller. Jf. uddybende pkt. 4.6 nedenfor.

En aftalt brugsrets nærmere indhold kan variere betydeligt fra kontrakt til kontrakt, men det centrale i denne sammenhæng er, at erhvervelse af en brugsret ikke er et køb omfattet af købeloven, men en lejeaftale. De almindelige (ulovbestemte) principper for lejekontrakter finder derfor anvendelse. Visse af købelovens regler vil dog kunne finde analog anvendelse.¹⁴

IT-tjenesteydelser

De fleste IT-ydelser, der ikke kan rubriceres som salg af hardware eller standardsoftware, vil have karakter af tjenesteydelser. Udvikling eller tilpasning af IT-programmer følger som udgangspunkt de entrepriseretlige regler, jf. nedenfor. For andre typisk forekommende IT-tjenesteydelsers vedkommende, herunder fx aftaler om systemvedligeholdelse eller om drift af kundens IT-systemer (også kaldet *facility management* eller ASP (*applikation service provision*)), vil købelovens regler, og de almene principper, som denne udtrykker, i vid udstrækning kunne anvendes analogt, suppleret med de regler og principper, der i almindelighed gælder for køb af tjenesteydelser.

¹⁴⁾ I mange tilfælde, navnlig ved standardsoftware, betegnes købers ret i aftalen som en *licens*, også selv om der er tale om en brugsret, der ikke er begrænset i hverken tid eller sted, som erhverves ved et engangsvederlag og hvor der efter købet ikke består noget løbende retsforhold mellem parterne. Sådanne retsforhold må, uanset betegnelsen, anses for køb omfattet af købeloven. Sml. Bryde Andersen, IT-retten (2001), s. 788 f. Dette ændrer selvsagt ikke på de ophavsretlige relationer parterne imellem.

2.2. Entrepriseretlige regler

Der findes ingen generel lov om entreprise, hvilket betyder, at området som udgangspunkt reguleres af almindelige obligationsretlige regler, der, ligesom købeloven, kan fraviges ved parternes aftale.¹⁵ Købeloven finder udtrykkeligt ikke anvendelse på entreprise, jf. § 2, stk. 2.¹⁶ Idet købeloven som nævnt oven for i vid udstrækning er en kodificering af almindelige obligationsretlige regler og grundsætninger, vil en entrepriseretlig problemstilling i mange tilfælde dog skulle løses efter samme regler som en tilsvarende køberetlig problemstilling.

En række ofte forekommende entrepriseretlige problemstillinger er reguleret i AB 92,¹⁷ der er et agreed document, dvs. et sæt standardvilkår, der er anerkendt af både bygherre- og leverandørside og som derfor nyder stor branchemæssig accept. AB 92 skal vedtages mellem parterne for at være gældende. AB 92 er i vidt omfang i overensstemmelse med almindelige obligationsretlige regler, men indeholder dog også regler, der, som følge af de særlige forhold, der adskiller et entrepriseprojekt fra et almindeligt køb (og fra andre former for tjenesteydelser), afviger fra disse.

Der kan således være forskelle mellem købeloven/almindelige obligationsretlige regler og de entrepriseretlige regler. En væsentlig forskel ligger i købers (bygherrens) adgang til at hæve kontrakten i anledning af sælgers (leverandørens) væsentlige misligholdelse. Denne adgang er i entrepriseretten væsentlig indskrænket som følge af den betydelige ulempe (for begge parter såvel som for samfundet) en ophævelse – med deraf følgende krav om tilbagelevering af ydelserne – ville udgøre efter købelovens og de almindelige obligationsretlige regler.

Ved forsinkelse kan bygherren derfor kun (medmindre parterne har aftalt andet) hæve aftalen for den del, der endnu ikke er udført. Er arbejdet påbegyndt, kan af-

¹⁵⁾ Jf. Hans-Henrik Wagner, *Entrepriseret* (2001), s. 9 ff.

¹⁶⁾ Købeloven gælder efter § 2, stk. 1, også for *bestillingskøb*, dvs. køb, hvor salgsgenstanden først skal "tilvirkes". I handelskøb er det ved bestillingskøb en forudsætning for kbl's anvendelse, at det for tilvirkningen nødvendige stof skal ydes af sælger. Efter sin ordlyd omfatter § 2 principielt mange aftaler om udvikling eller tilpasning af software, der således – direkte – vil falde ind under købeloven. Det antages imidlertid, at kbl's regler, når der foreligger bestillingskøb, må suppleres med grundsætninger hentet fra entreprise eller tjenesteydelser i almindelighed, jf. Nørager Nielsen, *Edb-kontrakter* (1987), s. 26, og Susanne Karstoft i *Formueretlige Emner* (2004), s. 288. Mads Bryde Andersen, *IT-retten* (2001), s. 860, antager derimod, at kbl § 2 slet ikke kan finde anvendelse på software-ydelser allerede som følge af bestemmelsens brug af ordet "stof". Heri ligger antagelig, at dette ord sigter til anvendelse af fysiske materialer, ikke information.

¹⁷⁾ Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, udsendt af Boligministeriet den 10. december 1992.

talen kun hæves i sin helhed, hvis forsinkelsen indebærer, at formålet med arbejdet er blevet væsentligt forfejlet. Leverandøren har krav på vederlag for det udførte arbejde indtil ophævelsen. Også i tilfælde af mangler kommer ophævelsesbeføjelsen kun sjældent på tale. Entreprenøren har som udgangspunkt ret og pligt til at foretage afhjælpning (hvorfor forholdsmæssigt afslag som regel heller ikke bliver relevant). Mangelskrav forældes som udgangspunkt efter 5 eller 20 år efter dansk rets almindelige forældelsesregler – her gælder købelovens 2-årige forældelsesfrist således ikke.

Disse – og andre – særregler for entrepriseområdet vil, medmindre parternes aftale fastsætter andet, finde analog anvendelse for i hvert fald større IT-udviklingsarbejder, der kan sammenlignes med entrepriseprojekter.

2.3. Flere retsgrundlag på samme tid – sammensatte kontrakter

Større IT-kontrakter vil i dag ofte både indeholde ydelser, der juridisk må henføres til købeloven (fx køb af hardware eller standardsoftware), ydelser, der reguleres efter almindelige obligationsretlige regler (fx konsulentydelse eller aftaler om brugsret til software), og ydelser, der i større eller mindre grad vil falde under entrepriseretten (fx softwareudvikling). Her vil flere sæt af regler altså finde anvendelse på den samme kontrakt, afhængig af den konkrete problemstilling. Er det ikke muligt at foretage en så klar opdeling af ydelserne, må der formentlig foretages en samlet vurdering af, hvilken ydelse, der er den væsentligste i kontrakten. Retsgrundlaget for denne ydelse vil så danne udgangspunkt for reguleringen af kontrakten som helhed.¹⁸

3. Standardkontrakter

IT-kontrakter udformes ofte på baggrund af standardkontrakter, dvs. aftalevilkår, der er udformet forud for den konkrete aftale med henblik på at finde bred anvendelse på kontrakter af den foreliggende type. Anvendelse af standardkontrakter har mange gode grunde for sig, herunder at lette (og billiggøre) kontraktindgåelsen og henlede parternes opmærksomhed på juridiske problemstillinger, som er særegne for den pågældende branche, og løsningsmuligheder, som passer bedre til branchen end de løsninger, som anvendelse af de deklaratoriske regler ville føre frem til.¹⁹ Disse fordele kan i særdeleshed gøre sig gældende inden for IT-området som følge af dettes tekniske kompleksitet.

¹⁸⁾ Jf. Nørager Nielsen, Edb-kontrakter (1987), s. 27, og Susanne Karstoft i Formueretlige Emner (2004), s. 288.

¹⁹⁾ Jf. Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og Mellemmænd (2001), s. 28 ff.

Anvendelse af standardkontrakter giver dog ofte også anledning til problemer. Dette gælder navnlig, hvor standardkontrakten, der som oftest er udarbejdet af leverandørsiden, i urimelig grad varetager leverandørens interesser på bekostning af kundens, fx ved at indeholde vidtgående ansvarsfraskrivelser i tilfælde af leverandørens misligholdelse.²⁰ På IT-området har det hidtil været yderst sparsomt med standardkontrakter, der har formået at opnå bred accept hos både leverandør- og kundeside.²¹ I sin egenskab af storindkøber af IT udarbejdede staten i slutningen af 1980'erne og begyndelsen af 1990'erne to IT-standardkontrakter, en vedrørende totalleverancer, herunder specialudviklet programmel (betegnet K 33), en vedrørende mindre, standardiserede systemer (K 18).

K 18 og K 33 har gennem årene opnået en vis udbredelse (måske navnlig som paradigma for udarbejdelse af mere individuelle kontrakter), men er aldrig blevet anerkendt som et *agreed document* på IT-området, navnlig fordi de af leverandørsiden opfattes som værende for kundevenlige. Hertil kommer, at de er ganske omfangsrige og dermed "tunge" at arbejde med ved især mindre projekter. Endelig er kontrakterne i takt med den rivende udvikling på IT-området i dag blevet utidssvarende.²²

Bl.a. af disse grunde blev der i 2001 indledt et arbejde med at revidere standardkontrakterne i en nedsat arbejdsgruppe med repræsentanter fra både leverandør- og kundeside. Arbejdet mundede i 2004 ud i en ny standardkontrakt, K 01,²³ til afløsning af K 18 for så vidt angår korterevarende IT-projekter, der primært vedrører standardsystemer.²⁴ K 01 har, i modsætning til K 18, karakter af et *agreed document*, og K 01 er da også mere afbalanceret end K 18. Hertil kommer, at K 01 i højere grad end K 18 afspejler, at gennemførelsen af en IT-kontrakt dels er en dynamisk proces, der kan nødvendiggøre løbende ændringer i kontraktforholdet,²⁵ dels ikke kun er leverandørens ansvar, men fordrer et tæt samarbejde mellem parterne, hvor også kunden har en række forpligtelser.

²⁰⁾ Jf. den oven for note 6 nævnte U 86.938 S, hvor en ansvarsfraskrivelse fra en IT-leverandørs side blev tilsidesat.

²¹⁾ Se uddybende om IT-standardkontrakter Bryde Andersen, IT-retten (2001), s. 826 ff.

²²⁾ Jf. Susanne Karstoft i Formueretlige Emner (2004), s. 288.

²³⁾ K 01 kan bl.a. downloades fra Dansk IT's hjemmeside, www.dansk-it.dk. Det samme kan den vejledning, der er udarbejdet om kontrakten. Der er endvidere udarbejdet en udførlig kommentar til K 01, jf. Dragsted m.fl., K 01 med Kommentarer (2004), herefter *Kommentaren*.

²⁴⁾ Det er tanken, at der på tilsvarende måde skal udarbejdes en ny standardkontrakt (K 02) til afløsning af K 33.

²⁵⁾ Jf. fx K 01 pkt. 3 (afklaringsfase) og 5 (ændringer).

K 01 er, som K 18, i første række tænkt som et tilbud til statslige institutioner ved disses IT-indkøb. Da sådanne statslige indkøb meget ofte vil skulle sendes i offentligt udbud i medfør af EU's udbudsregler, tager K 01 højde for forholdet til udbudsreglerne. Samspillet mellem K 01 og udbudsreglerne skal dog ikke omtales i nærværende sammenhæng.²⁶

K 01 består, som også K 18 gjorde det, af en række kontraktbestemmelser, der suppleres og uddybes i en række bilag. En sådan struktur er særlig hensigtsmæssig ved komplekse, teknisk betonedede kontrakter.

4. Almindelige problemstillinger²⁷

4.1. Kontraktens genstand – hvad skal leveres?

En dækkende og præcis beskrivelse af, hvad det egentlig er, IT-leverandøren har forpligtet sig til at levere, volder overraskende store problemer i praksis. Muligvis fordi det i almindelighed volder problemer på en letforståelig måde at beskrive vanskelige tekniske forhold, eller fordi det for parterne selv på aftaletidspunktet synes helt klart, hvad der skal leveres. Denne klarhed og enighed i opfattelse har imidlertid en tendens til at forsvinde som dug for solen, efterhånden som tiden går og de personer, der forhandlede kontrakten, for længst har fundet andet arbejde. En nøje beskrivelse i kontrakten (eller bilagene til denne) af de ydelser, som kontrakten omfatter, er derfor et nøglepunkt i enhver IT-kontrakt.

En dækkende og præcis beskrivelse af de ydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, er endvidere uhyre central i en række juridiske henseender, herunder navnlig ved vurdering af, om systemet er mangelfuldt, jf. pkt. 4.3 nedenfor. Efter K 01 pkt. 2.1 skal der udarbejdes en kravspecifikation, som er en fyldestgørende beskrivelse af de leverede ydelser. Kravspecifikationen udarbejdes af kunden.

4.2. Levering og risiko

Levering af IT-systemer adskiller sig væsentligt fra levering af traditionelle løsørengstande ved, at systemet som regel ikke blot skal overgives til køber, for at levering juridisk anses for sket. Systemet skal også installeres, ligesom det skal

²⁶⁾ Der henvises til *Kommentaren*, kap. 3.

²⁷⁾ Se uddybende Bryde Andersen, IT-retten (2001), kap. 21.

testes, at systemets funktionalitet opfylder kravspecifikationen.²⁸ Reglerne om leveringssted i kbl. §§ 9-11 er derfor ikke velegnede som udfyldende regler,²⁹ hvilket skærper behovet for i selve kontrakten at fastsætte præcise vilkår om levering. Ifølge K 01 pkt. 7 anses levering for sket på overtagelsesdagen. Af definitionerne i pkt. 1 fremgår, at overtagelsesdagen er den dag, hvor kunden overgiver skriftlig godkendelse af overtagelsesprøven for systemet til leverandøren. Overtagelsesprøven er nærmere reguleret i pkt. 12.1. Tidsmæssigt skal leveringen overholde den i bilag 1 til kontrakten fastlagte tidsplan. I modsat fald foreligger forsinkelse.

Efter kbl. § 17, stk. 1, går risikoen for salgsgenstandens hændelige undergang over fra sælger til køber ved leveringen. Da levering af IT-ydelser som beskrevet ofte omfatter flere trin (fysisk levering på købers forretningssted, installation og test), er bestemmelsen ikke velegnet til at regulere IT-kontrakter. K 01 pkt. 7 fastslår da også, at risikoen for systemet går over på køber efter godkendt overtagelsesprøve. Dog overgår risikoen for fysisk udstyr efter endt installation.

4.3. Misligholdelse

Såfremt parterne ikke opfylder deres forpligtelser i henhold til aftalen, foreligger der misligholdelse. En parts misligholdelse giver efter købeloven og almindelige obligationsretlige regler den anden part en række misligholdelsesbeføjelser. K 01 er i det store hele i overensstemmelse med de almindelige regler, idet K 01 dog på visse – ganske væsentlige – punkter afviger herfra som følge af de særlige forhold, der gør sig gældende for levering af komplekse IT-ydelser.

4.3.1. Leverandørens misligholdelse

4.3.1.1. Forsinkelse

Leverandørens misligholdelse er reguleret i K 01 pkt. 16. Hvis leverandøren ikke leverer systemet (eller aftalte dele heraf) i rette tid, dvs. i overensstemmelse med tidsplanen (kontraktens bilag 1), foreligger der forsinkelse. I så tilfælde skal leverandøren til kunden betale dagbøder på 0,25 %, dog maksimalt 10 % af system-

²⁸⁾ Jf. Bryde Andersen, IT-retten (2001), s. 865. Dette gælder ikke kun for levering af hardware og software, men også fx facility management-kontrakter, der typisk stiller krav om en overdragelsesprøve, hvor leverandøren skal vise, at de opstillede servicemål for den fremtidige drift af kundens system kan overholdes.

²⁹⁾ For så vidt angår i hvert fald software-udviklingskontrakter, må det da også antages, at reglerne i AB 92 §§ 28-29 er mere anvendelige som udfyldningsregler.

vederlaget.³⁰ Pligten til at svare dagbøder indtræffer, *uanset* om forsinkelsen kan bebrejdes leverandøren, og *uanset* om kunden kan dokumentere noget tab. Bl.a. herved, og ved at være fikseret til en bestemt procentsats af kontraktsummen, adskiller bodsinstituttet sig så fundamentalt fra almindelige erstatningsprincipper, at bestemmelser om dagbøder ikke kan udledes af baggrundsretten, men – som i dette tilfælde – skal have klar hjemmel i kontrakten for at være gyldige.³¹

Bortset fra den særlige regel om dagbod fastslår K 01 pkt. 16.1.2, at kundens beføjelser ved leverandørens forsinkelse reguleres efter dansk rets almindelige regler. Såfremt kontraktens baggrundsret er købeloven, enten direkte eller analogt, indebærer dette, at kunden kan kræve naturalopfyldelse (kræve aftalen opfyldt efter sit indhold), hæve kontrakten og/eller kræve erstatning.

Retten til at hæve kontrakten forudsætter, at forsinkelsen er væsentlig, jf. kbl. § 21, stk. 2. Efter stk. 3, er enhver forsinkelse væsentlig i handelskøb. Denne bestemmelse er imidlertid dårligt anvendelig ved komplekse IT-kontrakter, hvor der ikke er grundlag for at behandle leverandøren lige så strengt som en almindelig løsøresælger.³² Dette skyldes navnlig, at leverandøren ofte har foretaget specialtilpasning til den konkrete kunde, herunder udført udviklings- eller konsulentarbejde, der i sagens natur ikke kan tilbagetages ved ophævelse. Spørgsmålet er, hvorledes væsentlighedskravet så må vurderes. Dette kan med fordel besvares ved en klar bestemmelse herom i kontrakten. Ifølge K 01 pkt. 16.1.2 vil en forsinkelse på mere end 40 dage i forhold til den aftalte overtagelsesdag eller fristen for afslutning af driftsprøven altid udgøre væsentlig misligholdelse.

For så vidt angår erstatningsbeføjelsen, følger det af K 01 pkt. 18, at denne ligeledes følger dansk rets almindelige regler. Heraf følger bl.a., at der skal være lidt et økonomisk tab og foreligge et ansvarsgrundlag. Dog er det understreget, at der for forhold, der udløser betaling af bod, kun kan kræves erstatning i det omfang, at det lidt tab overstiger den betalte bod. Erstatning – tilsammen med en eventuel bod – er begrænset til den samlede kontraktsum. Det fastslås også, at parterne ikke kan ifalde ansvar for driftstab, følgeskader eller andet indirekte tab.

³⁰⁾ Systemvederlaget er defineret i bilag 3 og omfatter vederlaget til udstyr, programmel og dokumentation (men ikke vederlaget til tilknyttede ydelser som uddannelse, vedligeholdelse og optioner).

³¹⁾ Heller ikke AB 92 opererer i udgangspunktet med dagbøder. Jf. uddybende Wagner, *Entrepriseret* (2001), s. 123 ff.

³²⁾ Jf. Bryde Andersen, *IT-retten* (2001), s. 903 ff. Se også Susanne Karstoft i *Formueretlige Emner* (2004), s. 298 f med henvisning til praksis.

Udover de nævnte misligholdelsesbeføjelser må det antages, at kunden i tilfælde af leverandørens forsinkelse er berettiget til at tilbageholde købesummen – også selv om dette ikke fremgår udtrykkeligt af K 01.³³ Det følger således af princippet i kbl.'s § 14, den såkaldte samtidighedsgrundsætning, at ingen af parterne – i fravær af en modstående aftale herom – er forpligtet til at erlægge sin ydelse uden samtidigt at modtage modydelsen.³⁴

4.3.1.2. Mangler

K 01 pkt. 16.2 fastslår, at der foreligger en mangel, såfremt det leverede ”ikke opfylder de af leverandøren givne garantier, eller det i øvrigt ikke er eller fungerer, som kunden med føje kunne forvente på grundlag af indholdet af nærværende kontrakt”. Er K 01 ikke vedtaget, og indeholder kontrakten ikke i øvrigt en dækkende mangelsdefinition, må spørgsmålet reguleres efter de udfyldende regler i lovgivningen, jf. i det hele pkt. 2 ovenfor. Efter kbl. § 76, stk. 1, nr. 4, som er udtryk for en almindelig obligationsretlig regel, foreligger der en mangel, hvis genstanden ikke svarer til, hvad der er aftalt eller med føje forudsat af køber.³⁵ Som det fremgår, er der, på trods af forskellen i ordlyd, i det store hele overensstemmelse mellem mangelsbegrebet i K 01 og den almindelige obligationsret.³⁶

Kundens misligholdelsesbeføjelser ved mangler følger af K 01 pkt. 16.2.1-16.2.4. Disse regler afspejler det karakteristiske for komplekse IT-kontrakter sammenlignet med almindelige løsøre-køb, nemlig, at afhjælpningsbeføjelsen er gjort til den primære beføjelse, mens de øvrige beføjelser – navnlig beføjelsen til at ophæve kontrakten – træder i baggrunden. Dette svarer til entrepriseretlige principper³⁷ og skyldes den betydelige ulempe for leverandøren (og mange gange også

³³⁾ Retten til at tilbageholde købesummen følger dog indirekte af K 01 pkt. 11, der fastslår, at kunden er forpligtet til at betale (i overensstemmelse med den aftalte betalingsplan) *under forudsætning af*, at leverandøren har opfyldt sine forpligtelser i henhold til tidsplanen.

³⁴⁾ Retten til at tilbageholde ydelsen, indtil modydelsen præsteres, kaldes også *detentionsretten*.

³⁵⁾ Jf. fx Gomard, *Obligationsret*, 1. del (1998), s. 128 f.

³⁶⁾ Jf. ligeledes *Kommentaren*, s. 149. Hvis det er vanskeligt at fastlægge, hvad parterne egentlig har aftalt om ydelsen, og hvis der – som det ofte er tilfældet på IT-området – ikke foreligger sædvaner eller kutymen, giver såvel K 01's som det almindelige obligationsretlige mangelsbegreb kun beskeden hjælp til vurderingen om, om der foreligger en mangel. Dette gør det så meget desto vigtigere i selve kontrakten at gøre sig umage med ydelsesbeskrivelsen, jf. pkt. 4.1 ovenfor.

³⁷⁾ Sml. AB 92 pkt. G og I.

for kunden) forbundet med at hæve en kontrakt, der på mange måder er skræddersyet til den pågældende kunde, og hvor visse af ydelserne typisk vil bestå af tjenesteydelser, der ikke lader sig tilbagelevere i tilfælde af ophævelse.³⁸

I overensstemmelse hermed fastsætter K 01, at retten til at hæve kontrakten ikke blot er betinget af, at manglerne er væsentlige (således som det kræves efter almindelige regler), men også er betinget af, at leverandøren ikke har afhjulpet manglerne inden for rimelig tid, jf. pkt. 16.2.4. Ophævelse indebærer (i overensstemmelse med de almindelige regler), at ydelserne skal tilbageleveres. Idet en pligt til at tilbagelevere systemet kan være katastrofalt for kunden, såfremt denne ikke har noget alternativt system at sætte i stedet, fastslår K 01, at kunden, uanset ophævelsen, er berettiget til at benytte dele af systemet, indtil alternative delsystemer kan anskaffes. Kunden skal i så tilfælde betale et rimeligt vederlag for den nytte, han har haft af systemet i perioden fra ophævelsen til tilbageleveringen.

Leverandørens afhjælpningspligt³⁹ omfatter afhjælpning af mangler ved IT-systemet inden for garantiperioden, samt afhjælpning af mangler i en aftalt vedligeholdelsesperiode. For så vidt angår beføjelsen til at kræve forholdsmæssigt afslag, følger det af pkt. 16.2.3, at dansk rets almindelige regler herom finder anvendelse.⁴⁰ Som ved forsinkelse kan kunden ved mangler, uanset om kontrakten fastholdes eller hæves, kræve erstatning efter de almindelige regler herom, jf. K 01 pkt. 18. Ligeledes kan kunden efter almindelige regler i tilfælde af mangler tilbageholde købesummen eller i hvert fald en del deraf til varetagelse af sine misligholdelsesbeføjelser, herunder navnlig indtil manglerne er afhjulpet.

4.3.2. Kundens misligholdelse

En købers væsentligste forpligtelse er at betale købesummen. Dette afspejles i K 01, der i pkt. 17 – helt i overensstemmelse med baggrundsretten – fastslår, at leverandøren ved kundens forsinkelse med købesummen er berettiget til at kræve morarenter efter rentelovens regler. Er forsinkelsen væsentlig, kan leverandøren

³⁸⁾ Sml. ovenfor om de tilsvarende grunde til at lempe væsentlighedsbedømmelsen ved forsinkelse.

³⁹⁾ Selv om K 01 kun omtaler leverandørens afhjælpningspligt, må det antages, leverandøren ved komplekse IT-kontrakter – i lighed med entrepriseretlige grundsætninger – også har en vidtstrakt afhjælpningsret. Den yderst begrænsede afhjælpningsret efter kbl. § 49 finder således i udgangspunktet ikke anvendelse.

⁴⁰⁾ Dette indebærer, at manglen ikke skal være væsentlig, men blot værdiforringende (idet der dog ikke kan kræves afslag for rent bagatelagte mangler). Det er heller ikke et krav, at manglen skyldes leverandørens culpøse adfærd. Som følge af den udstrakte afhjælpningspligt og –ret, kommer forholdsmæssigt afslag dog sjældent på tale ved komplekse IT-kontrakter.

efter forudgående påkrav til kunden hæve kontrakten. K 01 definerer væsentlighedskravet som forsinkelse i 40 dage eller mere. Herudover må leverandøren – selv om K 01 ikke fastslår det – have de yderligere beføjelser, som følger af almindelige obligationsretlige regler, herunder retten til at tilbageholde leverancen (detentionsret).⁴¹⁾

Den omstændighed, at K 01 alene omtaler kundens forsinkede eller manglende betaling, er ikke ensbetydende med, at leverandøren er afskediget fra at gøre andre misligholdelsestilfælde gældende.⁴²⁾ Leverandøren vil således i medfør af almindelige obligationsretlige regler stadig kunne hæve ved andre former for væsentlig misligholdelse fra kundens side, fx i form af væsentlig misligholdelse af kundens forpligtelser til at samarbejde og medvirke til projektets gennemførelse.

4.4. Garantier

Af K 01 pkt. 16.2 fremgår som nævnt ovenfor, at det også anses for en mangel, hvis det leverede ikke lever op til en af leverandøren afgivet garanti. Dette vil også være resultatet efter almindelige obligationsretlige regler.⁴³⁾ Ved en garanti forstås en sælgers indeståelse for, at salgsgenstanden ved leveringen har visse bestemte egenskaber. Efter K 01 pkt. 15, stk. 1, garanterer leverandøren, at leverancerne omfattet af kontrakten i garantiperioden, som efter pkt. 15.4 er 1 år⁴⁴⁾ regnet fra overtagelsesdagen, opfylder kontraktens krav. Er der indgået en vedligeholdelsesaftale, fastslår pkt. 15, stk. 2, at garantien i relation til udstyr, programmel og dokumentation vedvarer med at gælde i hele vedligeholdelsesperioden.

At en ikke-opfyldt garanti i sig selv vil konstituere en mangel, er ikke den eneste retsvirkning, der efter almindelige obligationsretlige regler er knyttet til garantier. Herudover gælder, at bevisbyrden "vendes om", således at det bliver den, der har afgivet en garanti, der i givet fald må bevise, at ydelsen ikke var mangelfuld på leveringstidspunktet.⁴⁵⁾ Endvidere, at speciessælgerens ansvarsgrundlag – for så

⁴¹⁾ Jf. ligeledes *Kommentaren*, s. 158.

⁴²⁾ *Ibid.*

⁴³⁾ Jf. Kristensen m.fl., *Lærebog i dansk og international køberet* (2004), s. 115.

⁴⁴⁾ Hvorved 2-års reklamationsreglen i kbl. § 54 er fraveget, jf. K 01 pkt. 15.4. I forbrugerkøb kan den 2-årige reklamationsfrist derimod ikke fraviges til skade for forbrugeren, jf. kbl. § 83. Såfremt K 01 anvendes i forbrugerftaler – hvad der formentlig vil være yderst sjældent – vil K 01 pkt. 15.4 følgelig være ugyldig.

⁴⁵⁾ Den almindelige regel er, at den, der påstår, at der foreligger en mangel – herunder som følge af, at en garanti ikke er opfyldt – må løfte bevisbyrden herfor.

vidt angår de egenskaber, som er garanterede – bliver et objektivt ansvar, ikke culpa, som ellers er udgangspunktet, jf. kbl. § 42, stk. 2.⁴⁶ K 01 fraviger ikke disse almindelige regler, der således må gælde, medmindre parterne konkret aftaler andet.

4.5. Samarbejde

Som nævnt under pkt. 3 oven for udmærker K 01 sig bl.a. ved bygge på en erkendelse af, at en succesfuld opfyldelse af et komplekst IT-projekt kun kan lykkes, hvis parterne samarbejder. K 01 fastslår på den baggrund, at også kunden har pligt til aktivt at medvirke til IT-kontraktens opfyldelse. Dette kommer navnlig til udtryk i pkt. 9, hvorefter et bilag til kontrakten (bilag 6) positivt skal beskrive kundens deltagelse. Herudover er kundens deltagelse beskrevet eller forudsat i bl.a. pkt. 2.2 (kundens IT-miljø), pkt. 3 (afklaringsfase), pkt. 17 (kundens forhold) og pkt. 25 (samarbejdsorganisation).

4.6. Rettigheder

Edb-programmer beskyttes ophavsretligt som litterære værker, jf. ophavsretslovens (OHL) § 1, stk. 3. Det indebærer, at såfremt edb-programmet i øvrigt har fornøden originalitet,⁴⁷ har ophavsmanden til programmet eneret til at råde over det, dvs. eneret til at fremstille eksemplarer, ændre og bearbejde programmet samt stille det til rådighed for almenheden (fx ved salg eller udlejning), jf. OHL § 2. OHL §§ 36-37 fastsætter dog visse indskrænkninger i eneretten vedrørende edb-programmer. Efter disse bestemmelser må en retmæssig bruger (fx en indehaver af en licens til programmet) fremstille sikkerhedseksemplarer samt fremstille sådanne eksemplarer, som er nødvendige for, at brugeren kan bruge programmet efter sit formål.⁴⁸ Brugeren har endvidere ret til at foretage ændringer, der er nødvendige for, at programmet kan bruges efter sit formål.⁴⁹ Endelig har brugeren en – uhyre snæver – ret til at dekompile⁵⁰ programmet.⁵¹

⁴⁶⁾ Jf. *Kommentaren*, s. 126 og Dragsted, IT-kontrakter I (2000), s. 54.

⁴⁷⁾ Se om originalitetskravet i relation til edb-programmer Bryde Andersen, IT-retten (2001), s. 292 ff., og Thomas Riis, *Immaterielret & IT* (2001), s. 19 ff.

⁴⁸⁾ Fx den nødvendige kopiering, der sker, når et program installeres på brugerens harddisk.

⁴⁹⁾ Fx rette fejl, der hindrer brugen af programmet. Derimod ikke fx almindelige funktionalitets-forbedringer.

⁵⁰⁾ Dekompilering ("reverse engineering") betegner den proces, som oversætter programmets objektkode (maskinkode) til kildekode.

⁵¹⁾ Se uddybende om OHL §§ 36-37 Riis, *IT & Immaterielret* (2001), s. 50 ff.

Har en leverandør som led i en IT-kontrakt foretaget softwareudvikling, fører de nævnte regler til, at såfremt det udviklede nyder ophavsretlig beskyttelse, tilkommer retten leverandøren. Medmindre andet følger af IT-kontrakten, har kunden som "retmæssig bruger" kun de meget begrænsede rettigheder til udnyttelse af programmet, som følger af OHL §§ 36-37. Kunden må således ikke i almindelighed fremstille kopier af programmet, videreudvikle dette eller videreoverdrage det til tredjemand.⁵² Såfremt kunden ønsker sådanne eller andre rettigheder over programmet, må det aftales i IT-kontrakten med leverandøren. Det samme gælder selvsagt, såfremt kunden ikke blot ønsker at erhverve visse begrænsede rettigheder, men selve ophavsretten til programmet.⁵³ Aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder fortolkes i tvivlstilfælde indskrænkende (dvs. til ophavsmandens, her leverandørens fordel), jf. OHL § 53. Sådanne aftalevilkår skal derfor beskrives med stor omhu og præcision.⁵⁴

Ifølge K 01 pkt. 22 erhverver kunden alene en brugsret til det leverede program og dokumentation. Dette gælder såvel standardprodukter som tilretninger, specialudviklinger og lignende. Leverandøren beholder altså selve ophavsretten. Det afgørende er herefter, hvad kundens begrænsede ret – brugsretten – omfatter. Herom fastslår pkt. 22, at kundens brugsret er tidsbegrænset og også omfatter ret til at videreudvikle og ændre programmet, ligesom kunden kan overlade driften af systemet til tredjemand (dvs. outsource driften af systemet).⁵⁵

K 01's "modelløsning", hvorefter leverandøren beholder selve ophavsretten, mens kunden får en udstrakt brugsret, forekommer hensigtsmæssig, navnlig da kunden i praksis sjældent har brug for mere vidtgående rettigheder for at varetage sine interesser, mens leverandøren ofte har betydelige kommercielle interesser i at bevare ophavsretten.⁵⁶

⁵²⁾ OHL § 56 giver hjemmel til, at erhververen uden ophavsmandens samtykke kan foretage ændringer i eller videreoverdrage programmet, hvis dette er "sædvanligt eller åbenbart forudsat". Bestemmelsen er dog efter sin ordlyd kun anvendelig ved fuldstændig overdragelse af ophavsretten – ikke ved begrænset overdragelse (brugsret). Ved fuldstændig overdragelse af ophavsretten vil det normalt være sædvanligt eller åbenbart forudsat, at erhververen både kan videreoverdrage eller ændre i programmet. OHL § 56 har derfor ikke stor betydning i forbindelse med edb-programmer. Jf. tilsvarende Riis, IT & Immaterialret (2001), s. 53.

⁵³⁾ Ophavsrettigheder kan – som andre formuegoder – overdrages. Dog kan den såkaldte *droit morale*-ret, jf. OHL § 3, ikke overdrages. *Droit morale*-retten spiller dog ikke den store rolle ved programmet.

⁵⁴⁾ Jf. også *Kommentaren*, s. 326-27.

⁵⁵⁾ K 01 giver dog rum for, at andet kan følge af de relevante bilag til K 01, navnlig bilag 9.

⁵⁶⁾ Se ligeledes *Kommentaren*, s. 181.

A Vision of a Global Commercial Contract Code*

Ole Lando

1. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) was adopted at a diplomatic conference held in Vienna in 1980. CISG regulates the formation and effects of the sales contract, its performance, breach and remedies for breach. It is one of the most successful efforts to unify the law of international commerce. In September 2004 it is in force in 63 countries including the USA, Canada, Mexico, China, Russia and most of the Member States of the European Union. There are hundreds of court decisions and arbitral awards applying the Convention, and it is widely dealt with in the legal literature all over the world. The rules of CISG have become familiar to lawyers and business people in large parts of the world. Many of its provisions are apt for contracts in general. It has influenced the legislators of several countries who have modernize their sales law and contract law.

CISG facilitated the work of the two working groups which around 1980 started to prepare general rules of contract law. The Working Group, which prepared the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, began its work in 1979. The Commission on European Contract Law (CECL), which made the Principles of European Contract Law (PECL), was founded in 1980. The about 17 Members of the Unidroit Working Group came from all parts of the world. The about 20 Members of the CECL came from the European Union. Most of the Members of the two groups were academics. Both groups were independent and

* This article is a revised portion of the article which first appeared under the title "A Vision of a World Contract Law" in Vol. 37, No. 2 (Fall 2004) of the UCC Law Journal published by West Publishing Co, which holds the copyright to that article. The article is published with the kind permission of the copyright holder.

not representatives of specific political or governmental interests. Some of the Members of CECL were also Members of the Unidroit Working Group.

The Unidroit Group first prepared rules on formation, validity, interpretation, content, performance and non-performance (breach) of contract. The first edition of the Unidroit Principles of International Contracts was published in 1994.¹ The second Unidroit Working Group added rules dealing mainly with the authority of agents, third party rights, assignment of rights, transfer of obligations, assignment of contracts, set off and limitation periods. The Unidroit Principles of International Contracts 2004 (hereinafter UPICC) were published in 2004 and comprise both the old and the new rules.²

The CECL first prepared rules on performance, non-performance and remedies. Part I of the Principles of European Contract Law (PECL) was published in 1995.³ In 1999 the Commission published in one volume the Principles of European Contract Law Part I and II (hereinafter PECL I & II) containing a revision of Part I and a new Part II on the formation, validity, interpretation and contents of contracts, as well as on the authority of an agent to bind his principal (hereinafter called agency).⁴ In 2003 the Commission published Part III of PECL (hereinafter PECL III) covering rules on plurality of creditors and debtors, assignment of claims, substitution of a new debtor and transfer of contract, set-off, prescription, illegality and conditions.⁵

¹ Principles of International Commercial Contracts, published by Unidroit, Rome, 1994.

² Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, published by Unidroit, Rome, 2004 (hereinafter Unidroit UPICC).

³ Lando & Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies, Dordrecht, 1995.

⁴ Ole Lando & Hugh Beale (eds.). Principles of European Contract Law, Parts I & II, prepared by the Commission on European Contract Law, The Hague 1999 (hereinafter PECL I & II). There is now an Italian version, *Principi di diritto Europeo nropeo dei contratti, Parte I & II, edizione italiano a cura di Carlo Castronovo*. Milano 2001, a Spanish version: *Principios de derecho contractual Europeo, Partes I y II, Edición española a cargo de Pilar Barres Beneloch, José Miguel Embid Iruj, Fernando Martínez Sanz*, Madrid 2003, and a German version, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, Deutsche Ausgabe von Christian Von Bar, Reinhard Zimmermann München 2002*, Japanese and Korean versions are in preparation. See the website of the Commission on European Contract Law, <http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html>

⁵ Lando, Clive, Prüm & Zimmermann (eds.) Principles of European Contract Law, Part III, The Hague 2003, (hereinafter PECL III). A French edition *Principes du droit européen du contrat*, préparée par Georges Rouhette, avec le concours de Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon et Claude Witz, Paris 2003, comprise Parts I, II and III.

The PECL are designed primarily for use in the Member States of the European Union. They have regard to the economic and social conditions prevailing in the Member States. Although meant to cover the world the UPICC reflect prevailing social and economic conditions in the industrialized countries. The Commission on European Contract Law and the Unidroit Working Group have drawn on a wide range of legal materials from within and outside of Europe. Every legal system has not had an equal influence on every issue considered, but no single legal system has been made the starting point from which the rules of the UPICC and PECL are taken and from which the terminology, which they employ, is derived. Nor have the draftsmen of the Principles seen it as their task to make interpolations or compromises between the existing national laws, except as is necessary in order to weld the PECL and the UPICC into a workable system. CISG has had a substantial influence on the rules on formation, contents, performance and non-performance of PECL and UPICC. Some of the provisions in PECL and UPICC reflect suggestions and ideas, which have not yet materialised in the law of any State.

The UPCC and the PECL show great similarities. Their structures are similar, and about two third of the provisions of the first edition of UPICC are identical in wording or in substance with those of PECL I & II.

Since July 1999 a Study Group of a European Civil Code has been established under the leadership of Professor *Christian von Bar*, University of Osnabrück in Germany. The Study Group is preparing a draft Code based on comparative studies and drafts worked out primarily in centers in Germany, Austria and the Netherlands. The Group is dealing with the specific contracts (notably sales, leasing, insurance and services), torts, *negotiorum gestio*, unjust enrichment and secured transactions, and transfer of title in moveable property. It is envisaged that the general principles of the law of contracts provided in the PECL I & II and III will be integrated in the Draft European Civil Code. Family law, the law of wills and succession, which are part of many of the existing European and other codes, will not be included in the first draft of the Code, but may later be added. In September 2004 the work of the Study Group was not finished, and the present article will deal only with CISG, UPICC and PECL.

For the time being neither PECL nor UPICC bind the courts of any country. They are only non-binding instruments, or 'soft law'. I do not think that in 1994, when the first edition of UPICC appeared, the members of the Unidroit Working Group had great expectations about the influence the UPICC might get on the world trade law. To day, however, parties to international commercial contracts often agree that they shall be governed by the UPICC, and UPICC are widely applied

by international commercial arbitral tribunals.⁶ As was mentioned most of the provisions of UPICC and PECL are very similar, and it is generally acknowledged that together with the PECL, which has created great attention in Europe, the UPICC are an important part of a new *lex mercatoria*. Both UPICC and PECL have exercised considerable influence on recent national codes and statutes.

The success of UPICC and PECL is a legal fantasy, which has been realized. It has encouraged the present writer to imagine a future role for the UPICC and PECL, which may be still more important than the one they already have.

2. The Vision

The former Secretary of the UNCITRAL, *Gerold Herman* has proposed the preparation of a Global Commercial Code.⁷ The Code is to be a compilation of special rules relating to the most important kinds of commercial transactions. Some of these rules already exist in form of separate international conventions or model laws. One of the most, if not the most, important of them is CISG. Other rules may be added for the occasion. Mr. *Herman* did not propose to let the Code cover the contracts in general, which he thought should be governed by national law.

Professor *M.J. Bonell*, who is the coordinator of the UPICC and a far-sighted scholar, has followed up this idea.⁸ However, he would go further than *Gerold Herman* in two respects. First, the existing instruments, "cannot simply be transplanted as such into the new Code, but will have to be coordinated not only in terms of formal presentation and terminology but also, to some extent to their content".⁹ Second, Professor Bonell does not agree that the general contract law should be held outside of the picture. The differences in content between the various domestic contract laws are considerable. Consequently, the solutions, which national courts will reach under the Global Commercial Code, may well

⁶ See the website of Unilex <<http://www.unilex.info/>>

⁷ See *Hermann*, Law, International Commerce and the Formulating Agencies - The Future of Harmonisation: The Role of UNCITRAL, paper presented at the *Schmitthoff symposium 2000*, "Law and Trade in the 21st Century", Centre of Commercial Law Studies, London 1-3 June 2000. The idea of preparing a code of international trade law was originally launched in the 1960es by Unidroit.

⁸ *Michael Joachim Bonell*, Do we need a Global Commercial Code? *Uniform Law Review*, Vol. V, 2000, 469.

⁹ *Idem*, 473- 474.

vary considerably dependant on which domestic law is applicable in a given case. This will seriously jeopardize uniformity which is the ultimate goal of the Global Commercial Code. In order to secure uniformity in the application of the Code there will be a need of cementing the existing instruments by general contract rule. This, says Professor Bonell, could be achieved if the Code specifically *referred* to the UPICC.¹⁰

Professor *Bonell's* ideas deserve support. The existing instruments will need to be coordinated. Furthermore, the acceptance of the CISG by so many countries indicates a need for a Global Commercial Contract Code, and this need will grow with the globalisation of communication and commerce. Modern means of communication knows no frontiers. When the world becomes one market, this market will require one law, and this law must include general principles of contract law.

Which status will then the UPICC have under such a system? It seems as if professor *Bonell* wishes the UPICC to remain as it is, an instrument of soft law separate from the Global Code. However, if uniformity is to be achieved the UPICC can hardly remain soft law. It would be necessary to lift them from their present status to rules of law, which are binding upon the courts. In addition, they should be included as part of the Code. The courts should then apply the rules of UPICC to those contracts, which are covered by the special parts of the Code. Both the non-mandatory and the mandatory provisions of the UPICC will then become part of the Global Code and will replace the national laws. This, for instance, will be true of the rules in UPICC on the validity of the contract.¹¹

This is the future role of the UPICC, which the present writer imagines. He wishes UPICC to be part of the Global Code together with CISG and other international instruments. However, this will necessitate an adaptation of these instruments. And that is where the PECL come in. They have important rules, which should be added to the Code.

The Code as envisaged raises several questions, which I will not deal with here. Among them are which other international instruments than CISG, UPICC and PECL to include in the Code, and the adaptations of these instruments, which this work will necessitate.

In the following Sections I deal with the scope of the Code and, in broad outline, with the contents and structure of that part of the Code, which will cover the

¹⁰ Idem, 478- 479.

¹¹ See Unidroit UPICC chapter 3 and art 3.19.

general principles of contract law. Furthermore I shall treat the interpretation of the rules of the Code and status of mandatory rules in the hierarchy of the Code.

3. The Scope of the Code

Both CISG and UPICC are limited to international, not domestic contracts¹². It would cause insurmountable difficulties to unify the domestic contract laws of the world, and the states can as *Honnold* says¹³, 'be expected to bind themselves to the same rules only in an area of shared interest- the international trade transactions'. Likewise their main interest is the commercial contracts, which are the bulk of the international contracts. Both CISG and UPICC treat commercial contracts not consumer contracts.¹⁴ It is submitted that the Global Code should be limited to international commercial contracts.

The Code should cover private law. It should not treat rules on restrictive trade practices, import and export restrictions, and other public laws. It will, however, deal with the effects of public laws on the validity of the contracts, see below on mandatory laws.

¹² Article 1 of CISG defines international contracts:

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded

whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

¹³ *Honnold*, Uniform Law for International Sales, 2d ed. 1991 (hereinafter *Honnold*) no 13, p 58.

¹⁴ CISG art 2 (a) defines consumer contracts:

This Convention does not apply to sales:

(a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use.

4. The Contents and Structure

a. Which Rules and Where to Place Them?

As CISG, UPICC and PECL the Code should start with a part covering its sphere of application and some general provisions mostly dealing with its interpretation and the impact of usages and practices between the parties. In addition it should provide some general duties, and some definitions of concepts used in the texts. This first part we also find in several codifications.

The sequence of the chapters of UPICC and PECL are chronological. The chapter on its formation is followed by chapters on the authority of an agent to bind his principal,¹⁵ validity, interpretation, contents of the parties' obligations, performance, non-performance (breach) and the remedies available in case of non-performance. To this UPICC and PECL III add chapters on assignments of claims, transfer of obligations,¹⁶ transfer of the contract, set-off, and limitation periods, in PECL called prescription.

There are some differences between UPICC and PECL,¹⁷ but the main structures are very similar. It is submitted that the part of the Code on contracts in general should adopt the sequence of chapters in UPICC and PECL. The rules of the general part of the Code which covers the same subjects as the rules of CISG, such as the rules on formation, performance, non-performance and remedies, should not be repeated in its chapter on sales, which should treat those subjects which like the rules on delivery of the goods, conformity of the goods, third party claims, and passing of the risk, are specific for the sales contract.

¹⁵ The authority of an agent to bind his principal is a separate Chapter (3) of PECL and a Section of chapter 2 of UPICC which is called Formation and Authority of Agents. Whether the Code shall adopt the attitude of UPICC that views authority of agents as belonging together with formation, which appears to be the German and the Nordic view, or whether agency should be in a chapter of its own should be left to the drafters of the Code.

¹⁶ PECL chapter 12 deals with substitution of a new debtor where the parties agree to discharge the original debtor whereas UPICC Chapter 9, Section 2 treats the transfer of an obligation from the original debtor to the new debtor where the creditor retains the original debtor in cases where the new debtor does not perform properly, and where the original and the new debtor are jointly and severally liable.

¹⁷ In addition to those already mentioned, chapter 5 of UPICC is divided in sections on Content and Third Party Rights whereas PECL chapter 6 on Contents and Effects only has one provision, art 6:110 dealing with Stipulation in Favour of a Third Party. Likewise, chapter 6 of UPICC on Performance is divided in a section on Performance in General and one on Hardship. This latter subject is treated in PECL art 6:111 Change of Circumstances.

With one exception¹⁸ CISG provides only non-mandatory rules and does not include rules on validity, which are mandatory. CISG only has one rule, art 8, on the interpretation of the parties' statements, whereas like most of the European Codes UPICC and PECL provide several rules on the interpretation of contracts. CISG does not treat agency. The rules of UPICC and PECL on validity, interpretation and agency are not incompatible with those of CISG, and should be included in the Code. The same is true of the rules on assignments of claims, transfer of obligations and of the contract, set-off and prescription.

PECL III treats subjects not to be found in UPICC. Chapter 10 provides rules on Plurality of Parties, chapter 15 treats the Effects of Illegality and chapter 16 deals with Conditions. It is submitted that rules on plurality of parties and on conditions are useful, and that illegality should be given a general treatment as in PECL, see on Mandatory Rules below.

b. Structure of the Rules on Failure to Perform and Non-performance

The system in CISG, UPICC and PECL regarding non-performance (breach) and remedies for breach differs in some respects from that of the UCC and the Restatement, Second, Contracts.

If the contract is not performed in accordance with the express or implied terms of the contract, the failure to perform may be due to the debtor's fault; or it may have causes for which he cannot be blamed, but for which he nevertheless must bear the risk. The failure to effect due performance may also have been caused by the person who is to receive performance - the creditor - either by his fault or by other causes for which he bears the risk.

The legal systems will allocate detrimental consequences to the defaulting party if that party is in fault or carries the risk. The failure to perform may give the other party - the aggrieved party - certain rights against the defaulting party. The aggrieved party may have a right to damages for the loss he suffers from the other party's failure to effect due performance.¹⁹ If he accepts a tender of performance not conforming to the contract he may reduce his own performance.²⁰ Furthermore, he may withhold his performance until the other party makes a due

¹⁸ Article 12 on formalities

¹⁹ See CISG Part III Chapter V Section 2, UPICC Chapter 7 Section 4, and PECL Chapter 9 Section 4.

²⁰ See CISG art 50, PECL Chapter 9 Section 4.

performance.²¹ Under certain conditions he may terminate the contract.²² The aggrieved party may finally have a right to specific performance, that is to claim that the contract be performed as agreed.²³ In CISG, PECL and UPICC all these rights are called remedies.

The law gives these remedies to the creditor when for reasons for which the debtor carries the risk the latter fails to effect due performance. If, for instance, the seller of scrap iron does not deliver it, the buyer may terminate the contract, buy the iron from another source and claim damages from the seller for the loss he has suffered. The remedies may also be accorded to the seller when the buyer fails to receive performance. If a buyer of scrap iron refuses or is unable to receive it, the seller may terminate the contract, sell the iron to another purchaser and claim damages from the buyer for the loss he has suffered.

The situations where there is a failure to effect due performance, which gives the aggrieved party one or more remedies PECL and UPICC call situations of *non-performance*.²⁴

In the case of the scrap iron we face a problem of terms. The seller who has a duty to deliver the iron also has a right to get rid of it. The buyer who has a right to get the iron also has a duty to remove it or receive it. Both parties are therefore "debtors" and "creditors" in relation to the same performance, and there is non-performance if they fail to perform their duties.

There are cases where the debtor's failure to perform gives the party who is to receive performance no rights or remedies. Thus where identified goods are to be delivered, and due to a contingency, for which the seller is not liable, they perish before delivery but after the risk has passed, the buyer, who has to pay the price, has no remedies. The performance has failed, but there is no non-performance since there is no remedy. Sometimes a party's failure to receive performance or to contribute in other ways to the debtor's performance (*mora creditoris*), will not give the debtor any remedy. The effect of the failure is that the creditor does not get the performance he has contracted for, but the debtor, who is prevented from effecting due performance, cannot force his performance upon the creditor; nor

²¹ See CISG art 58, PECL Chapter 9 Section 2, UPICC art 7.1.3.

²² I.e. that the aggrieved party chooses not to perform his own obligation and to claim back what he has performed, see CISG art 49, PECL Chapter 9 Section 3, UPICC art 7 Section 3.

²³ See CISG art 46, PECL Chapter 9 Section 1 and UPICC chapter 7 Section 2.

²⁴ This is the term used in PECL and the UPICC. CISG uses "breach".

can he terminate the contract or claim damages. If he gets his counter-performance as stipulated in the contract he has no remedy. Thus, if a pianist who has been engaged to come and play in the bride's home at a wedding party, is dismissed, because the couple has decided not to marry, the pianist who gets his fee, cannot force the couple to listen to his performance, nor can he - under normal circumstances - claim damages because he was denied the opportunity to perform. The refusal of the bride to admit him to play in her home causes a failure in his performance, but since it does not give him any remedies caused by that failure we will not call it a non-performance, neither on his part nor on the part of the couple.

The debtor is generally not liable for non-performance of any of his obligations, if he proves that the failure to perform was due to an impediment beyond his control, and that he could not have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or have avoided or overcome it or its consequences, see CISG art 79. For instance, the seller is not liable in damages if, after the conclusion of the contract, an unforeseen embargo is placed on scrap iron which prevents the seller from delivering it to the buyer's country.

Where the aggrieved party cannot claim damages for non-performance of an obligation, he also cannot as a rule claim specific performance of the same obligation. The non-performance is excused. However, the aggrieved party may still withhold his own performance, in this case his payment of the purchase price. In case of a temporary impediment, which excuses the debtor, the creditor's right to specific performance is not lost, but only postponed. When the impediment disappears the creditor may claim performance and if he does not get it, damages for delay. If, however, the impediment lasts so long that the non-performance becomes substantial, as for example if the embargo persists, the aggrieved party may terminate the contract. He may then refuse to receive the iron even if, once the embargo is repealed, the defaulting party wishes to deliver it. In this respect the defaulting party carries the risk for the non-performance.

There are now the following categories:

	Failure to perform
	Non-performance
	Non- excused "Remedy-less" failures
<i>Remedies:</i>	Excused
	<i>Remedies:</i>
Specific performance	
Damages	Withhold
Withhold performance	performance
Termination	Termination
Price reduction	Price reduction

It is to be noted that the creditor's failure to receive performance may be a non-performance on his part. The failure to receive performance may, however, also be "remedy-less". The "remedy-less" failures and the other cases of a failure to perform give the creditor no remedy.

5. Interpretation of the Code

CISG, UPICC and PECL all have directions on how to interpret their rules²⁵. The authors of UPICC and PECL realized, as did the draftsmen of CISG that international rules which are made to last and to promote a liberal interpretation, must be broad principles. This approach, it is submitted, should also be adopted in the Code.

They all stress the need for uniformity in their application. CISG and UPICC provide that regard is to be had to their international character, and. CISG and PECL wish to promote good faith and fair dealing

²⁵ CISG art 7 (1) provides: 'In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade
UPICC art 1.6 (1) lays down that in the interpretation of the Principles 'regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application'
PECL art 1:106 (1) says: 'These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application'

There is always a danger that a court will interpret an international convention in the light of its domestic law. However, in the case of CISG the courts of several countries have shown their readiness to pay regard to its international character and to disregard national laws which are not in accordance with the rules of the CISG. The courts have also shown willingness to learn from each other and from legal doctrine.²⁶

PECL provides that the Principles shall be interpreted and developed in accordance with their purposes. As does CISG art 7(2) UPICC art. 1.6. (2) and PECL art 1:106 (2) provide that *'issues within the scope of the Principles but not expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the ideas underlying the Principles. To this ISG and PECL add: Failing this, the legal system applicable by virtue of the rules of private international law is to be applied.'*

The authors of UPICC and PECL realized, as did the draftsmen of CISG that international rules which are made to last and to promote a liberal interpretation, must be broad principles. This approach, it is submitted, should also be adopted in the Code. It is a principle underlying the interpretation of all the three instruments that the rules should be flexible and have capacity to meet situations which the draftsmen have overlooked or omitted, or which they could not imagine will happen in the future.

The Code should state that it should be interpreted and developed in accordance with its purposes. In particular, regard should be had to its international character, the need to promote uniformity in its application, certainty in contractual relationships and good faith and fair dealing. Issues within the scope of the Code but not expressly settled by it should be as far as possible be settled in accordance with the ideas underlying it.

6. Mandatory rules

a. The Present Régime

aa. Rules of CISC and Mandatory Rules of National Law Inconsistent with CISG

The rules of CISG are, as mentioned, not mandatory. Art 4 provides that CISG is *'not concerned with the validity of the contract or any of its provisions or of any usage'*. However, it may happen that its non-mandatory provisions are inconsistent with mandatory rules of national sales law. Under French law the

²⁶ See cases cited in Unilex ad CISG art 7

seller cannot limit or exclude his liability for 'hidden defects' in the goods, unless the buyer is a specialist in the particular trade, but under CISG art 6 the seller is free to limit or exclude his liability for defects in the goods under art 45. It is generally held, also in France, that the sales rules of CISG must prevail over the French rule which, though mandatory, is not part of the French *ordre public international*, i.e. fundamental public policy.²⁷ The same holds true of the rule in Section 2:316 of the American UCC under which a provision in the sales contract which excludes or modifies a warranty of merchantability must be in writing and conspicuous²⁸. As do CISG, PECL and UPICC the Code will also provide such nonmandatory rules, which are inconsistent with national mandatory rules, and these rules of the Code will prevail over those of national law.

bb. Mandatory Rules of UPICC and PECL and National Mandatory Rules

As mentioned above UPICC and PECL are non-binding instruments or 'soft law'. They yield to the rules of the law applicable to the contract.

However, in so far as far as mandatory rules is concerned a distinction is to be made between situations where the parties have agreed to incorporate the Principles in the contract and where the Principles are chosen by the parties as the law governing the contract.

In cases where the parties' reference to these Principles is considered to be only an agreement to incorporate them in the contract, the Principles will yield to the mandatory rules of the law governing the contract, i.e. they will bind the parties only to the extent that they do not affect the rules of the applicable law from which parties may not contractually derogate.

However, in cases where parties to an international commercial contract decide to refer disputes between them to arbitration, they often agree not to have their contract governed by national law. In stead they submit it to the international customs and usages of the international trade, and to the rules which have been established for this purpose, such as the UNIDROIT Principles and the PECL, which are then chosen by the parties as the law governing the contract²⁹

²⁷ See *Audit*. La vente internationale des marchandises, Paris 1990 no. 120.

²⁸ See *Honnold*, Uniform Law for International Sales, 2nd ed. 1991 no 232.

²⁹ See Unidroit UPICC Comment 3 p 12, Art 17 of the 1998 Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, *Loevenfeld*, Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, in *Carbonneau* (ed), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, New York 1990 37ff and *Lando*, Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, *Scandinavian Studies in Law* Vol. 40 2000, 343, 371ff

For this purpose UPICC and PECL have provided a number of mandatory rules which are meant to replace mandatory national rules. They include most of the rules on validity in Chapter 3 of UPICC and Chapter 4 of PECL and some additional mandatory rules.³⁰ These rules replace corresponding provisions, if any, in the national laws.

cc. Ordre public and Directly Applicable Rules

However the mandatory rules of the forum, and possibly also those of third States, will prevail, provided that they claim application whatever the law governing the contract and, in the case of the rules of third States, there is a close connection between those States and the contract in question.³¹ On these rules UPICC art 1:4 provides

‘Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law’

PECL art 1:103 (2) has a similar provision

Thus it may happen that the courts of a country having provided rules on unfair contract terms which go further than those which will be adopted by the Code, see UPICC art 3:10 and PECL art 4:110, will give its rules effect irrespective of which law governs the contract. UPICC and PECL will let these national rules of a fundamental public policy prevail over their own mandatory rules.

b. The Régime of the Code.

aa. Matters covered by the Code

It is a generally accepted principle that public international law, including treaties and conventions prevail over national law. If the Code becomes an International Convention its rules will replace those of the national laws in matters covered by the Code.

The non-mandatory provisions of CISG that are inconsistent with mandatory rules

³⁰ UPICC art 1:7 and PECL 1:201 on good faith and fair dealing, UPICC art 5:1.7 (2) and PECL 6:105- 6:106 on price determination, UPICC art 7:1.6 and PECL art 8:109 on clause excluding or restricting remedies, UPICC art 7. 4 .13 (2) and PECL art 9:509 on agreed payment for non-performance, and UPICC art 10.3(2) and PECL art 14:601 (2) on agreements concerning prescription or, as UPICC calls it, limitation periods.

³¹ See the 1980 EC (Rome) Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations art 7..

of national sales will continue to prevail over the rules of national law, and so will non-mandatory provisions now to be found in UPICC or PECL which are inconsistent with mandatory rules of national law. The same applies to the mandatory rules on validity in Chapter 3 of UPICC and Chapter 4 of PECL and other mandatory rules. These rules will be applied by national courts and they will replace corresponding provisions, if any, in the national laws.

And since international conventions prevail over national law, the rules of the Code will also replace the mandatory rules of national laws, which form part of their public policy and directly applicable rules. UPICC art 1.4 and PECL 1: 103 (2) will have to be left out

bb. Mandatory Rules of National, Supranational and International Law in Matters not Covered by the Code.

However the Code will have to give effect to mandatory rules of national, supranational and international law in matters not covered by the Code.

PECL art 15:101 provides that '*a contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognized as fundamental in the laws of the Member States of the European Union*'.

Arbitral awards of the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce have shown that some of these principles have general application, such as the one invalidating agreements arrived at by means of corruption or bribery.³² The Code should enforce such principles and other fundamental principles of law found across the world, such as those provided in the UN Treaties on Human Rights. It is submitted that the Code should lay down that a contract is of no effect to the extent that it is contrary to such principles as are recognized as fundamental in the World Community.

In addition there are national, supranational and international mandatory rules of public law, which may affect the validity of a contract. Under PECL art 15:102 the effects upon the contract of such a rule is that which is expressly prescribed by that rule. If the mandatory rule does not expressly describe the effects of an infringement upon the contract, it may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification. The decision as to which effect the infringement shall have must depend upon an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant

³² See on public policy and on ICC awards dealing with corruption and bribery, awards cited by *Sigvard Jarvin* in *Julian Lew* (ed.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986 p 67ff.

circumstances. Examples of such mandatory rules, the application of which cannot be excluded, are to be found in the field of foreign exchange regulations, regulations pertaining to restrictive trade practices, rules invalidating agreements made with unlicensed professionals, and requirements of a public permission, which may affect the validity of a contract or its performance. UPICC deals (in arts 6.1.14 - 6.1.17 with these latter requirements.

For these matters not governed by the Code a provision similar to PECL art 15:102 should be provided in the Code. The rules on public permissions in UPICC arts 6.1.14 - 6.1.17 should be added.

Når en virksomhed ikke er en virksomhed

- afgrænsning af virksomhedsbegrebet i EU-konkurrenceretten især belyst ved dommen om de tyske sygekasser (AOK-sagen)

Ulla Neergaard

1. Indledning

“Hvad er et navn? Den blomst vi kalde Rose, vil dufte lige sødt, hvordan den kaldes.”¹⁾ Med disse ord kan Julie i Shakespeares skuespil “Romeo og Julie” hævdes at udtrykke det tilsyneladende generelt udbredte mishag mod at beskæftige sig med begrebsafklaring. Med hensyn til begrebet “virksomhed” i EU-konkurrenceretten synes der imidlertid at være behov derfor. Bestræbelserne på en begrebsafgrænsning har ikke kunnet støtte sig meget op ad de nationale retsordenes definitioner, da der hersker forskellige definitioner fra retsorden til retsorden og sommetider endog forskellige definitioner indenfor den enkelte retsordens forskellige retsområder.²⁾ Økonomer og jurister har heller ikke kunnet enes om en egnet definition.³⁾ EF-Domstolen har på denne baggrund og som det i øvrigt al-

¹⁾ Citeret fra Gram Jensen, S., *Almindelig retslære - en introduktion* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998) 3. udgave, 11, der henviser til, at der er tale om en oversættelse af Edv. Lembcke (II,2).

²⁾ Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 30.

³⁾ Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 30.

mindeligvist er tilfældet,⁴ valgt at anlægge en fællesskabsretlig definition, som er uafhængig af diverse nationalretlige definitioner.⁵

I det følgende er det hensigten at afklare, hvorledes virksomhedsbegrebet i EU-konkurrenceretten mere præcist defineres af EF-Domstolen.⁶ Spørgsmålets relevans skal ses i lyset af, at det er en af de afgørende forudsætninger for, at de relevante bestemmelser overhovedet kan finde anvendelse, at det kan konstateres, at der er tale om, at en eller flere virksomheder i traktatens forstand er involveret. Det er med andre ord af stor betydning for konkurrencereglernes saglige anvendelse præcist, hvorledes begrebet afgrænses. Samtidig synes EF-Domstolen i nyere tid at have afsagt domme, der ud fra en umiddelbar læsning ikke nødvendigvis harmonerer med hverandre. Én forfatter er ligefrem af den opfattelse, at tilgangen til spørgsmålet om, hvornår en virksomhed er en virksomhed, er blevet mere og mere "fordunklet".⁷

Indledningsvis redegøres nærmere for historikken bag afgrænsningen af virksomhedsbegrebet i henhold til EF-Domstolens praksis, således at indholdet af de væsentligste nyere domme på området analyseres.⁸ Dernæst analyseres den nyeste dom på området, nemlig dommen om de forenede tyske sygekassesager (AOK-sagen).⁹ I umiddelbar forlængelse af denne analyse sammenholdes dommen med hidtidig praksis og der afgives i sammenhæng hermed kritik i øvrigt. Der afrundes med en konklusion.

⁴) Jf. Due, O., "Hvad mener de dog? (Om læsning af EF-domstolens afgørelser)", i *Festskrift til Ole Lando*, Red. af Lynge Andersen, L., m.fl. (København: GadJura, 1997) 137.

⁵) Jf. eksempelvis Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 30.

⁶) Om begrebets afgrænsning i dansk ret, se Levinsen, K., *Konkurrenceloven* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001), 44ff.

⁷) Jf. Lasok, K. P. E., "When is an Undertaking not an Undertaking?", *European Competition Law Review* 2004, 383.

⁸) Afgørelser fra Retten i Første Instans og Kommissionen medtages ikke, da analysens omfang da vil blive for bredt, og udbyttet ikke nødvendigvis større.

⁹) Jf. De forende sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, AOK Bundesverband m.fl. mod Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co., m.fl., EF-Domstolens dom af 16. marts 2004, Endnu ikke i Saml.

2. Hittidig praksis

Virksomhedsbegrebet optræder flere steder i traktaten, men der forekommer ikke én enkelt definition, som er gyldig i henseende til samtlige traktatbestemmelser.¹⁰ Her fokuseres alene på begrebet, som dette defineres, når det optræder i art. 81, 82 og 86 EF.¹¹ Det antages, at der indenfor konkurrenceretten gælder en mere almen gyldig definition, uden at denne dog fremgår af bestemmelsesens ordlyd.¹²

Hovedindholdet i de nævnte bestemmelser er følgende: Art. 81, stk. 1 EF, forbyder alle aftaler mellem *virksomheder*, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af *virksomheder* og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. I art. 82, stk. 1 EF, bestemmes det, at en eller flere *virksomheders* misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes. I henhold til art. 86, stk. 1 EF, gælder, at medlemsstaterne for så vidt angår offentlige *virksomheder* og *virksomheder*, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 12 og 81-89 nævnte. Endelig bestemmes det i art. 86, stk. 2 EF, at *virksomheder*, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, idet omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem.

Allerede fra et tidligt tidspunkt har EF-Domstolen fastslået, at forfølgningen af et bestemt økonomisk formål er afgørende for, hvorvidt der er tale om en virk-

¹⁰⁾ Jf. eksempelvis Fejøl, J., *EU-konkurrenceret. Almindelig del* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003) 61.

¹¹⁾ Der afgrænses i det store hele fra virksomhedsbegrebets afgrænsning, når det optræder sammen med andre ord, såsom eksempelvis: "offentlige virksomheder", "sammenslutninger af virksomheder" og "virksomheder som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder", jf. de relevante traktatbestemmelser. Endvidere afgrænses fra læren om økonomisk enhed og succession, se alternativt eksempelvis Wils, Wouter P. J., "The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons", *European Law Review* 2000, 99-116; eller Heide-Jørgensen, C., i Christensen, A., m.fl., *Konkurrenceretten i EU* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003) 64ff. Sekundær regulering undersøges ikke.

¹²⁾ Jf. også eksempelvis Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 31.

somhed i traktatens forstand.¹³ I det følgende er det hensigten at analysere de væsentligste nyere domme af betydning for afgrænsningen af virksomhedsbegrebet. I alt er udvalgt 18 domme som værende af særlig relevans for sigtet med analysen.¹⁴ Alle er afsagt i tiden efter 1990.¹⁵ Analysen af de enkelte domme foretages i kronologisk rækkefølge og der afrundes med en syntese af, hvad gældende ret på grundlag af analysen kan antages at være.

Den første dom, som for alvor er vigtig i henseende til afgrænsningen af virksomhedsbegrebet, er *Höfner-sagen* fra 1991.¹⁶ Den er kendt som den dom, hvori EF-Domstolen for første gang præciserer, hvad der forstås ved en "virksomhed". Således lanceres en definition, der i øvrigt sidenhen ofte gentages i den efterfølgende praksis. Sagen vedrører en tysk erhvervsregulering, der angår tildeling af en eneret til arbejdsanvisning. Denne eneret indrømmes et offentligt arbejdsformidlingskontor, Forbundskontoret for Beskæftigelse (herefter BA). Det lovbestemte monopol omfatter almindelig arbejdsanvisning, men formelt set også formidling og anvisning af virksomhedsledere, altså såkaldte headhunting-aktiviteter. Hovedsagen vedrører især det forhold, at de to ansættelseskonsulenter, Höfner og Elser, har udøvet en virksomhed, som formelt set var forbeholdt Forbundskontoret for Beskæftigelse. EF-Domstolen anmodes i henhold til art. 234 EF (da art. 177) om bl.a. at tage stilling til den pågældende erhvervsregulerings forenelighed med art. 86 og 82 EF (da art. 90 og 86). Således spørges bl.a., om en monopolisering af formidling af virksomhedsledere udgør et misbrug af dominerende stilling på markedet i art. 82's (da art. 86) forstand. I henseende til delspørgsmålet om, hvorvidt det offentlige arbejdsformidlingskontor udgør en virksomhed i traktatens forstand anfører EF-Domstolen:

"I betragtning af det anførte må det undersøges, om et offentligt arbejdsanvisningskontor som BA kan anses for en virksomhed i den i EØF-Traktatens artikel 85 og 86 [nu art. 81 og 82 EF] forudsatte betydning. Herved bemærkes, at inden for

¹³⁾ Jf. Forslag til afgørelse i Sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance, m.fl. mod Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, fra generaladvokat Giuseppe Tesaro, fremsat den 13. juli 1995, pkt. 10. Se også Forslag til afgørelse i Sag C-22/98, Straffesag mod Jean Claude Becu m.fl., fra generaladvokat Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, fremsat den 25. marts 1999, pkt. 44 ff, og Forslag til afgørelse i Sag 67/96, Forenede sager C-115/97 og C-117/97 og Sag C-219/97, Albany, m.fl., fra generaladvokat F. G. Jacobs, fremsat den 28. januar 1999, pkt. 310 ff, for en oversigt over begrebets tidlige afgrænsning.

¹⁴⁾ Første gang en dom omtales nf., angives dens præcise reference.

¹⁵⁾ Dette skæringsår er valgt, fordi EF-Domstolen ved Höfner-dommen, jf. reference og omtale nf., fra 1991, for første gang opstiller en decideret definition af, hvad den forstår ved en "virksomhed".

¹⁶⁾ Jf. Sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macroton GmbH, 23. april 1991, Saml. I-1979.

konkurrenceretten, omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og at arbejdsanvisning er en økonomisk virksomhed. Den omstændighed, at arbejdsformidlingsvirksomhed normalt er overdraget offentlige kontorer, kan ikke påvirke denne virksomheds økonomiske karakter. Arbejdsformidlingsvirksomhed har ikke altid været og bliver ikke nødvendigvis udøvet af offentlige enheder. Denne konstatering gælder navnlig for formidling af virksomhedsledere. Heraf følger, at en enhed som et offentligt arbejdsanvisningskontor, der udøver arbejdsformidlingsvirksomhed, kan betegnes som virksomhed med henblik på anvendelse af fællesskabskonkurrencereglerne.”¹⁷

Det fremgår, at hovedkriteriet ved afgørelsen af, om en enhed er en virksomhed, er, hvorvidt den udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde. Det skal bemærkes, at EF-Domstolen ikke henviser til tidligere praksis, hvor kriteriet måtte være lanceret, men dog omtaler kriteriet som nærmest altid at have været gældende inden for konkurrenceretten. Samtidig lægger EF-Domstolen vægt på, om den pågældende form for virksomhed principielt kunne udøves af en privat virksomhed med vinding for øje. Tankegangen bag er, at hvis der ikke er mulighed for, at en privat virksomhed udøver en bestemt virksomhed, ville der ikke være noget formål med at lade den være omfattet af konkurrencereglerne.¹⁸

Den anden dom af en vis relevans er *Mer-ci-sagen* ligeledes fra 1991.¹⁹ Ganske kortfattet statuerer EF-Domstolen, at en havnevirksomhed, der er tillagt eksklusive rettigheder med hensyn til tilrettelæggelsen af havnearbejdet for tredjemands regning, og et havneselskab, som er tillagt eksklusive rettigheder med hensyn til udførelse af havnearbejde, skal anses for virksomheder efter traktatens art. 86, stk. 1 EF (da art. 90).²⁰

Den tredje dom af relevans for begrebsafgrænsningen er *Poucet og Pistre-dommen*, der afgøres blot et par år efter Höfner-sagen.²¹ Den er den første i en siden

¹⁷⁾ Jf. Höfner-sagens præmis 20-23.

¹⁸⁾ Jf. Forslag til afgørelse i de forenede sager C-264/01, C-354/01 og C-355/01, AOK Bundesverband, m.fl. mod Ichtyol-Gesellschaft Cordes, m.fl., fremsat den 22. maj 2003, Endnu ikke i Saml., pkt. 27.

¹⁹⁾ Jf. Sag C-179/90, *Mer-ci convenzionali porto di Genova SpA mod Siderurgica Gabrielli SpA*, 10. December 1991, Saml. I-5889.

²⁰⁾ Jf. *Mer-ci-sagens* præmis 9.

²¹⁾ Jf. Forenede sager C-159/91 og C-160/91, *Christian Poucet mod Assurances générales de France og Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon* og *Daniel Pistre mod Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans*, 17. februar

hen forholdsvis lang række af domme vedrørende nationale pensions- og socialsikringsordningers overensstemmelse med EU-retten, hvilket forudsætningsvist nødvendiggør en stillingtagen til, om en virksomhed kan anses at foreligge eller ej.

Involveret i sagen er visse sygekasser eller organer, der medvirker ved organisationen af den offentlige socialsikring i Frankrig. Spørgsmålet er, om disse udgør virksomheder i traktatens forstand. Til grund for vurderingen heraf undersøger EF-Domstolen det tilgrundliggende socialsikringssystem og af særlig relevans for sagen en ordning vedrørende forsikring mod udgifterne ved sygdom og barsel for selvstændige erhvervsdrivende, der ikke er beskæftiget inden for landbruget og ordningen vedrørende alderdomsforsikring for håndværkererhvervene. Det fremgår bl.a., at disse ordninger forfølger et socialt formål og bygger på solidaritetsprincippet, idet de nemlig går ud på:

“...at sikre samtlige heraf omfattede personer en forsikring mod risikoen for sygdom, alderdom, dødsfald og invaliditet, uanset disse personers formueforhold og sundhedstilstand på det tidspunkt, hvor de har tilsluttet sig ordningerne.

Om solidaritetsprincippet bemærkes, at solidariteten i ordningen vedrørende forsikring mod udgifterne ved sygdom og barsel kommer til udtryk ved, at ordningen finansieres ved bidrag, der er proportionale med indtægterne ved erhvervsvirksomhed og alderspensioner. Alene invalidepensionister og andre pensionister med den laveste indkomst er fritaget fra betaling af disse bidrag, mens ydelserne er de samme for samtlige berettigede. Endvidere bevarer personer, der ikke længere er omfattet af ordningen, vederlagsfrit deres ret til ydelser i ét år. Denne solidaritet indebærer en omfordeling af ressourcerne mellem de mest velhavende og dem, som uden en sådan ordning ville stå uden den nødvendige sociale sikring på grund af deres ressourcer og sundhedstilstand.

I alderdomsforsikringen kommer solidariteten til udtryk ved, at det er de bidrag, der indbetales af de erhvervsaktive, som finansierer pensionerne for pensionisterne. Solidariteten viser sig ligeledes ved, at der opnås pensionsrettigheder uden bidragspligt og pensionsrettigheder, som ikke afhænger af de indbetalte bidrags størrelse.

Endelig kommer solidariteten til udtryk ved, at de overskudsgivende socialsikringsordninger bidrager til finansieringen af de ordninger, der har strukturbetingede økonomiske vanskeligheder.

Det fremgår af det ovenfor anførte, at de således udformede socialsikringsordninger bygger på et system med obligatorisk medlemskab, som er uomgængeligt nødvendigt, hvis der skal være tale om solidaritet og økonomisk ligevægt mellem ordningerne.

Sagens akter viser, at administrationen af de i hovedsagerne omhandlede ordninger ved lov er pålagt socialsikringsorganer, der er undergivet statskontrol udøvet af bl.a. socialministeren og budgetministeren samt l'Inspection générale des finances og l'Inspection générale de la sécurité sociale.

De pågældende organer udfører deres opgave ved at anvende loven og har således ikke mulighed for at påvirke bidragenes størrelse, midlernes anvendelse eller ydelsernes størrelse. For så vidt angår administrationen af ordningen vedrørende sygdom og barsel kan de regionale sygekasser overdrage det til visse organer, f.eks. i Frankrig de organer, der er omfattet af sygesikringsloven eller forsikringsloven, på deres vegne at opkræve bidrag og udbetalte ydelser. Dog kan disse organer, som da blot optræder som sygekassernes befuldmægtigede, ikke anses for omfattet af forelæggelsesdommene.”²²

Sagen bringer nye og mere komplekse kriterier til forståelsen af virksomhedsbegrebet. Således henvises ganske vist til Höfner-sagens forholdsvis enkle princip,²³ hvorefter det føjes til:

“Sygekasserne eller de organer, der medvirker ved administrationen af den offentlige socialsikring, har en rent social funktion. Denne virksomhed bygger på princippet om national solidaritet og drives ikke med vinding for øje. De udbetalte ydelser er fastlagt i lovgivningen og er uafhængige af det beløb, der er betalt i bidrag. Denne virksomhed er således ikke af økonomisk karakter, og de organer, der udfører den, er ikke virksomheder i henhold til traktatens artikel 85 og 86 [nu art. 81 og 82 EF].”²⁴

Det fremgår, at EF-Domstolen således tilføjer et kriterium om socialt formål eller funktion, et andet om solidaritet, samt et tredje om manglende drift med økonomisk vinding for øje. Det fremgår samtidig, at EF-Domstolen lægger vægt på, at der er tale om obligatorisk forsikring, at der ikke er nogen forbindelse mellem de indbetalte bidrags størrelse og de udbetalte ydelser, at bidragenes og ydelsernes størrelse er fastlagt i lovgivningen, og at de aktuelle ydelser (for pensionsordningens vedkommende) finansieres direkte af de aktuelle bidrag og ikke på grundlag af indtægter fra en kapitalfond.²⁵

²²⁾ Jf. Poucet og Pistre-sagens præmis 9-15.

²³⁾ Jf. Poucet og Pistre-sagens præmis 17.

²⁴⁾ Jf. Poucet og Pistre-sagens præmis 18 og 19.

²⁵⁾ Jf. også Forslag til afgørelse i de forenede sager C-264/01, C-354/01 og C-355/01, AOK Bundesverband, m.fl. mod Ichthyol-Gesellschaft Cordes, m.fl., fremsat den 22. maj 2003, Endnu ikke i Saml., pkt. 30.

Den fjerde dom af relevans for nærværende analyse er *Eurocontrol-sagen* fra 1994.²⁶ I sagen anmoder en belgisk ret EF-Domstolen om en præjudiciel afgørelse af, om Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed (herefter Eurocontrol) er en virksomhed i henhold til art. 82 og 86 EF (da art. 86 og 90). I besvarelsen heraf henviser EF-Domstolen først til ovennævnte Höfner-princip om, at begrebet "virksomhed" omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed.²⁷ Det anføres herefter, at det er nødvendigt at se nærmere på organisationens virksomhed.²⁸ Som led i dette undersøges den for enhedens etablering til grundliggende folkeret og det statueres, at Eurocontrol udfører opgaver af almen interesse med det formål at bidrage til opretholdelsen og forbedringen af luftfartens sikkerhed.²⁹ Om de såkaldte en route-afgifter, som i hovedsagen er påstået at være udtryk for misbrug af dominerende stilling, er EF-Domstolen af den opfattelse, at disse ikke kan adskilles fra organisationens øvrige aktiviteter:

"Afgifterne er kun den modydelse, som skal erlægges af brugerne, der er forpligtet til - udelukkende - at anvende flyvekontrolltjenestens hjælpemidler og tjenesteydelser. Som Domstolen allerede har fastslået i forbindelse med fortolkningen af ovennævnte konvention af 27. september 1968, må Eurocontrol for så vidt angår opkrævning af afgifter anses for en offentlig myndighed, der udøver en offentligretlig beføjelse... I denne egenskab handler Eurocontrol for de kontraherende staters regning, uden at organisationen i virkeligheden har indflydelse på en route-afgifternes størrelse. Det forhold, at afgiftsbeløbet, som anført af SAT for den nationale ret, afhænger af tidspunktet for opkrævningen og af de områder, der overflyves, kan ikke tilregnes Eurocontrol, som blot fastsætter og anvender en fælles formel på de ovenfor beskrevne vilkår, men de kontraherende stater, som fastsætter størrelsen af enhedsrateerne."³⁰

På grundlag af de nævnte vurderinger, er det EF-Domstolens opfattelse, at Eurocontrols virksomhed ud fra en helhedsbetragtning som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet, er knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende kontrollen af og de politimæssige opgaver i luftrummet, som typisk er beføjelser,

²⁶⁾ Jf. Sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH mod Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed (Eurocontrol), 19. januar 1994, Saml. I-43. Se for en kommentar til dommen især Drijber, B. J., "Case C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH v. European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol)", [1994] ECR I-43", *Common Market Law Review* 1995, 1039-1049.

²⁷⁾ Jf. Eurocontrol-sagens præmis 18. Der henvises i denne sag til såvel Höfner-sagen som til Poucet og Pistre-sagen som støtte for definitionens gyldighed.

²⁸⁾ Jf. Eurocontrol-sagens præmis 19.

²⁹⁾ Jf. Eurocontrol-sagens præmis 27.

³⁰⁾ Jf. Eurocontrol-sagens præmis 28-29.

der henregnes til offentlig myndighed.³¹ Således konkluderes det, at der ikke er tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, hvorefter en international organisation som Eurocontrol ikke er en virksomhed, der er omfattet af art. 82 og 86 EF (da art. 86 og 90).³²

Femte væsentlige dom er *FFSA-sagen* fra 1995, der som Poucet og Pistre-dommen tilhører kategorien af domme vedrørende nationale pensions- og socialsikringsordningers overensstemmelse med EU-retten.³³ I denne sag er det en fransk ordning, der etablerer en supplerende, frivillig aldersforsikring for selvstændige inden for landbruget (herefter også Coreva-ordningen), der er omtvistet. Ordningen er etableret i henhold til et dekret fra 1990, der indeholder de nærmere regler om dens funktion og opbygning. Eneretten til at forestå forvaltningen af ordningen er i henhold til dekretet tildelt Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole (herefter CNAVMA) i samarbejde med de departementale eller multidepartementale gensidige socialforsikringskasser for landbruget (herefter forsikringskasserne). Visse konkurrerende forsikringselskaber anfægter dekretet under påberåbelse af kompetencemangler, herunder bliver det især gjort gældende, at det er i strid med EU-konkurrenceretten. Den nationale ret finder det nødvendigt at rette en præjudiciel forespørgsel til EF-Domstolen, om hvorvidt "...et organ uden vinding for øje, som forvalter en aldersforsikring, der er indført

³¹⁾ Jf. Eurocontrol-sagens præmis 30.

³²⁾ Dette er i overensstemmelse med generaladvokatens forslag til afgørelse. Denne bemærker i øvrigt, at som modsætning til økonomisk virksomhed står udøvelsen af offentlig myndighed. I forlængelse heraf anføres det: "Det bemærkes i denne forbindelse, at selv om Domstolen har foretrukket ikke at definere begrebet abstrakt, falder de domme, der henviser dertil [fodnote udeladt] på de forskellige områder af fællesskabsretten, hvor begrebet er af betydning, i tråd med generaladvokat Mayras forslag til afgørelse i Reyners-sagen [fodnote udeladt], hvorefter 'offentlig myndighed udspringer af statens suverænitæt; den indebærer for udøveren muligheden for at bruge ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier, beføjelsen til at udøve tvang over for borgerne'. Den virksomhed og de opgaver, der vedrører den offentlige myndigheds væsentligste beføjelser inden for områder som den almindelige og skattemæssige administration, retsvæsenet, sikkerheden og forsvaret. Selv om visse af de opgaver, der er knyttet til udøvelsen af virksomhed som offentlig myndighed, kan udskilles af alle de virksomheder, der udøves af et organ, finder traktatens konkurrenceregler dog fortsat anvendelse på disse opgaver [fodnote udeladt]." Jf. Forslag til afgørelse i Sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH mod Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed (Eurocontrol), fra generaladvokat Tesauro fremsat den 10. november 1993, pkt. 9. Endvidere skal fremhæves, at generaladvokaten er af den opfattelse, jf. pkt. 13, at: "[s]elv om det er rigtigt, at udførelsen af opgaver, der indebærer et organs udøvelse af offentlig myndighed, medfører, at alle de af organet udførte opgaver kun falder uden for konkurrencereglerne, såfremt disse opgaver udgør en uadskillelig del af hele den pågældende virksomhed, mener jeg, at de i det foreliggende tilfælde leverede tjenesteydelser (radarkontrol, vejrmeldinger, alarmtjeneste) udgør et sådant uadskilleligt hele."

³³⁾ Jf. Sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance, m.fl. mod Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Domstolens dom af 16. november 1995, Saml. I-4013.

i henhold til lov om en frivillig ordning til supplement af en obligatorisk forsikring, og som i henhold til administrativt fastsatte bestemmelser har form af en kapitalforsikring, navnlig for så vidt angår tilslutning, bidrag og ydelser, [skal] anses for en virksomhed, som omhandlet i traktatens artikel 85 ff [nu art. 81 EF ff]?”³⁴

Hovedindholdet af den franske regerings påstand skal fremhæves. Således hævdes det, at CNAVMA, der siden 1994 på grund af en sammenslutning med visse andre enheder har skullet betegnes som Caisse centrale de la mutualité sociale agricole (herefter CCMSA), ikke er en virksomhed. Begrundelserne er især: 1) at der varetages sociale formål, 2) at forholdet mellem forvaltningsorganet og forsikringstagerne hviler på et offentligretligt grundlag, 3) at ordningen er baseret på et solidaritetsprincip og 4) at forvaltningsorganet handler uden vinding for øje.³⁵

EF-Domstolen er imidlertid af den opfattelse, at CCMSA skal betegnes som en virksomhed, idet den kender for ret, at: “[e]t organ uden vinding for øje, der forvalter en aldersforsikringsordning, der er indført i henhold til lov om en frivillig ordning til supplement af en obligatorisk forsikring, og som i henhold til administrativt fastsatte bestemmelser har form af en kapitalforsikring, navnlig for så vidt angår betingelser for tilslutning, bidrag og ydelser, er en virksomhed i EF-traktatens artikel 86 ff.’s [nu art. 81 EF] forstand.”³⁶

Præmisserne for denne konklusion tager sit udgangspunkt i ovennævnte Höfner-princip vedrørende virksomhedsbegrebet,³⁷ men fokuserer først og fremmest på Poucet og Pistre-sagen.³⁸ Der argumenteres som følger:

“...[det skal først bemærkes, at] medlemsskab af Coreva-ordningen er frivilligt, at ordningen bygger på et kapitaliseringsprincip, samt at de ydelser, ordningen giver til, udelukkende afhænger af de indbetalte medlemsbidrag samt af de økonomiske resultater af forvaltningsorganets investeringer. CCMSA udøver således en økonomisk virksomhed i konkurrence med livsforsikringsselskaberne. Som Kommissionen med rette har anført, vil en landbruger, der ønsker at supplere sin almindelige alderspension, ved et valg mellem CCMSA og et forsikringsselskab, vælge den løsning, der sikrer ham den bedste anbringelse af sine midler.

³⁴⁾ Jf. FFSA-sagens præmis 6.

³⁵⁾ Jf. FFSA-sagens præmis 7-13.

³⁶⁾ Jf. FFSA-sagens præmis 22.

³⁷⁾ Jf. FFSA-sagens præmis 14.

³⁸⁾ Jf. FFSA-sagens præmis 15-16.

De elementer af solidaritet ordningen indeholder, og de øvrige karakteristika, som den franske regering har henvist til, kan ikke ændre denne konstatering.

For det første indebærer solidaritetsprincippet i det foreliggende tilfælde, at bidragenes størrelse er uafhængige i forhold til risikoen, at indbetalte bidrag stilles til rådighed for ordningen, såfremt den tilsluttede dør, før forsikringen kommer til udbetaling, at der kan meddeles fritagelse for betaling af bidrag, begrundet i bedriftens økonomiske forhold. Sådanne bestemmelser findes også i visse gruppelevsfor-sikringer eller kan indføjes heri. Under alle omstændigheder har solidaritetsprincippet en særdeles begrænset rækkevidde, hvilket beror på ordningens frivillige karakter. Henset hertil fratager dette ikke forvaltningsorganets virksomhed dens økonomiske karakter.

Det bemærkes endvidere, at selv om varetagelse af sociale formål, kravene om solidaritet samt de øvrige regler, som den franske regering har henvist til, bl.a. i henseende til de rettigheder og forpligtelser, der påhviler forvaltningsorganet og de forsikrede, og i henseende til vedtægter og begrænsningerne med hensyn til investeringer, kan bevirke, at den ydelse, Coreva kan tilbyde, er mindre konkurrencedygtig end den tilsvarende ydelse, der tilbydes af livsforsikringsselskaber, er disse begrænsninger dog ikke til hinder for at anse CCMSA's virke for en økonomisk virksomhed. Herefter skal det undersøges, om disse begrænsninger eksempelvis kan påberåbes til støtte for at antage, at organet har en eneret til at tilbyde aldersdomsforsikringer, hvis bidrag kan fradrages i den skattepligtige erhvervsindkomst.

Den omstændighed i sig selv, at CCMSA ikke har vinding for øje, er ikke til hinder for, at den virksomhed, organet udøver, er af økonomisk karakter, når denne, henset til de i præmis 17 anførte karakteristika, kan medføre en adfærd, som konkurrencereglerne har til formål at hindre.”³⁹

EF-Domstolen tydeliggør og præciserer i høj grad i denne dom sin praksis vedrørende konkurrencereglernes anvendelse på især pensionsordninger og de enheder, der administrerer disse. Det er væsentligt at bemærke, at det, der især synes at adskille nærværende sag fra Poucet og Pistre, er, at rækkevidden af solidaritetsprincippet i den omtvistede ordning anses for begrænset.⁴⁰ I denne forbindelse

³⁹⁾ Jf. FFSA-sagens præmis 17-21.

⁴⁰⁾ For en grundigere sammenligning af de omtvistede ordninger i hver af de to sager, se især Forslag til afgørelse i Sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance, m.fl. mod Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, fra generaladvokat Giuseppe Tesaro, pkt. 13 ff. Her anføres det bl.a. om forholdene i nærværende sag, at: "For det første synes der ikke at være tale om en tidsmæssig solidaritet i den af Domstolen fastsatte betydning. Da der i realiteten er tale om en ordning, der bygger på et kapitaliseringsprincip, er der dels en direkte forbindelse mellem det indbetalte beløb og ydelserne; på den anden side kan det forekomme, at ydelserne ikke er proportionale med indbetalingerne som følge af den risiko, der er forbundet med forvaltningsorganets investeringspolitik. Den forsikrede indbetaler med andre ord bidrag til et organ, hvorfra han senere modtager en ydelse, der fastsættes proportionalt med hans indbetalinger - i hvert fald i forhold til investeringernes økonomiske

er det formentlig også af betydning, at der i nærværende sag er tale om en frivillig ordning, hvorimod ordningen i Poucet og Pistre er obligatorisk. Yderligere er det af betydning, at ordningen i nærværende sag bygger på et kapitaliseringsprincip, hvilket ikke er tilfældet i Poucet og Pistre. Endvidere må det påpeges, at EF-Domstolen ikke tillægger det afgørende vægt, at organet i nærværende sag ikke opererer med vinding for øje. Endelig har heller ikke det forhold, at ordningen i nærværende sag varetager et socialt formål, afgørende betydning.

Den sjette dom, der - dog kort - skal omtales, er *Banchero-dommen* fra 1995.⁴¹ Den rummer visse betragtninger vedrørende virksomhedsbegrebet indeholdt i art. 86, stk. 1 EF (da art. 90, stk. 1 EF). Således indeholder dommen en angivelse af, at AAMS's virksomhed på detailforhandlingsområdet, der først og fremmest består i at meddele tilladelse til åbning af tobaksudsalg og kontrollere disses antal og fordeling på det italienske territorium, må forstås som udøvelse af offentlig myndighed og ikke som en egentlig erhvervsøkonomisk virksomhed.⁴² Dog gælder, at de enerettigheder, som AAMS fortsat har på området for produktion og forhandling en gros af indenlandske tobaksvarer, og den offentligretlige kompetence, AAMS udøver i detailledet, i tilslutning til AAMS' rent faktiske drift af lagre for alle typer tobaksvarer, kan sætte virksomheden i stand til at udøve en dominerende stilling på markedet for salg af forarbejdede tobaksvarer.⁴³ EF-Domstolen sonderer her mellem udøvelse af offentlig myndighed og egentlig erhvervsøkonomisk virksomhed.

Den syvende dom, som her skal analyseres, er *Cali-dommen* fra 1997.⁴⁴ Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt det miljøovervågnings- og udrykningsarbejde,

resultater; men han vil også kunne opnå en forholdsvis mindre ydelse, hvis de økonomiske resultater er negative. Ordningens idé er således klart forskellig fra den, hvorved en aktiv befolkningsgruppe skal finansiere en ikke-erhvervsaktiv befolkningsgruppe. For det andet er der ikke nogen 'horisontal' solidaritet, idet der ikke ydes gensidig kompensation for overskud og tab mellem de forskellige frivillige forsikringsordninger. Endelig er det efter min opfattelse ligeledes vanskeligt at tale om en reel solidaritet i forhold til de svageste stillede. Det er ganske vist korrekt, at det i dekretet som anført er bestemt, at der i visse tilfælde kan ydes fritagelse for eller nedsættelse af bidragsbetalingerne, men dette afhænger snarere af den pågældendes helbredstilstand end af hans økonomiske forhold. De mangler indtægter finansieres endvidere af en social hjælpefond, der finansieres ved hensættelse af bidrag, der imidlertid højest (ifølge lov) kan andrage 0,5% af de samlede bruttobidrag."

⁴¹⁾ Jf. Sag C-387/93, Straffesag mod Giorgio Domingo Banchero, 14. december 1995, Saml. I-4683.

⁴²⁾ Jf. Banchero-sagens præmis 49.

⁴³⁾ Jf. Banchero-sagens præmis 50.

⁴⁴⁾ Jf. Sag C-343/95, Diego Cali & Figli mod Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), 18. marts 1997, Saml. I-1547.

som udføres af havnevirksomheden Servizi ecologici porto di Genova SpA (herefter SEPG), er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens art. 82 EF (da art. 86). Med andre ord handler sagen om, i hvilket omfang miljøbeskyttelse er en aktivitet, som henhører under offentlig myndighed, og dermed også om, i hvilket omfang et organ, der har forureningsforebyggelse som sit hovedhverv, udøver en aktivitet, der er en statslig opgave.⁴⁵

Det fremgår, at sagen er opstået, fordi søtransportfirmaet Diego Cali & Figli Srl (herefter Cali) har nægtet at betale SEPG for arbejde med forebyggelse og bekæmpelse af forurening, som SEPG har udført i oliehavnen i Genova. SEPG har eneretten i henhold til koncession til udførelse af den pågældende form for arbejde. Koncessionen er meddelt SEPG i 1991 af bestyrelsesformanden for det offentligtretlige organ, havneselskabet Consorzio autonoma del porto (herefter CAP), som ved lov er tillagt såvel administrative som økonomiske funktioner i forbindelse med forvaltningen af Genovas havn. Samtidig gælder, at miljøovervågnings- og udrykningstjenesten med henblik på at beskytte havneområdet mod eventuel forurening som følge af utilsigtede udledninger af mineralolieprodukter i havet er obligatorisk. Det er ved dekret pålagt alle skibe, der anvender havnefaciliteterne i forbindelse med lastning og losning af olie- og petrokemiske produkter, at betale den pris for forureningsforebyggelsen og/eller bekæmpelsen, som SEPG fakturerer dem. Derfor mener SEPG sig berettiget til betaling for det miljøovervågningsarbejde, som var udført for Cali, selv om dette firma gør gældende, at det aldrig har anmodet om eller gjort brug af de pågældende ydelser. Der er ikke tale om fakturering af arbejde, som SEPG har udført som en nødvendig følge af forurening, der faktisk er sket i forbindelse med lastning og losning. Det faktiske losningsarbejde er således udført af havnevirksomheden Porto Petroli di Genova, og Calis skibe er udstyret med egne forureningsbekæmpende redskaber og rensningssystemer.

I forbindelse med behandlingen af hovedsagen forelægger Tribunale di Genova, Italien, tre præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen, hvor dog kun det første besvares. Centralt i behandlingen er som nævnt, om den virksomhed, som SEPG udfører, er omfattet af anvendelsesområdet for art. 82 EF (da art. 86). Indledningsvist statuerer EF-Domstolen, at:

“...der må sondres mellem den situation, hvor staten optræder som udøver af offentlig myndighed, og den, hvor den udøver erhvervsmæssig virksomhed af indu-

⁴⁵⁾ Jf. Forslag til afgørelse i Sag C-343/95, Diego Cali & Figli mod Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG) fra generaladvokat Cosmas fremsat den 10. december 1996, pkt. 3.

striel eller handelsmæssig art, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet..."⁴⁶

Det konstateres i forlængelse heraf, at det er uden betydning, om staten udøver virksomheden direkte gennem et organ, som er en del af den offentlige administration, eller gennem et organ, som staten har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder.⁴⁷

Det fremgår, at EF-Domstolen er af den opfattelse, at det miljøovervågningsarbejde, som SEPG har fået overdraget at udføre i oliehavnen i Genova, er en opgave af almindelig interesse, der henhører under statens væsentlige opgaver med hensyn til beskyttelse af havnemiljøet.⁴⁸ I forlængelse heraf anføres det under henvisning til Eurocontrol-sagen:

"Et sådant overvågningsarbejde er som følge af sin art, sit formål og de regler, det er undergivet, således knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende miljøbeskyttelse, som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler... SEPG's opkrævning af afgiften for miljøovervågningsarbejdet er en integrerende del af selskabets overvågning af havneområdet og kan ikke ændre den retlige kvalifikation af overvågningsarbejdet... Som det fremgår af nærværende doms præmis 8, godkendes de priser, SEPG anvender af det offentlige."⁴⁹

På denne baggrund konkluderes det, at det miljøovervågningsarbejde, som det offentlige har overdraget et privatretligt organ at udføre i en oliehavn i en Medlemsstat, ikke henhører under artiklens anvendelsesområde, uanset om brugerne af havnen skal betale en afgift, hvis provenu skal finansiere arbejdet.⁵⁰ Udsagnet må forstås som, at der ikke er tale om en virksomhed i traktatens konkurrencebestemmelser forstand, men snarere om udøvelse af offentlig myndighed.

⁴⁶⁾ Jf. Cali-sagens præmis 16.

⁴⁷⁾ Jf. Cali-sagens præmis 17.

⁴⁸⁾ Jf. Cali-sagens præmis 22.

⁴⁹⁾ Jf. Cali-sagens præmis 23-24.

⁵⁰⁾ Jf. Cali-sagens præmis 25.

Job Centre II-sagen fra 1997 er i henseende til problemstilling og argumentation meget lig *Höfner-sagen*.⁵¹ Sagsområdet er således endnu en gang arbejdsformidling. Kernen i den henhold til art. 234 EF (da art. 177 EF) forelagte sag er, hvorvidt en italiensk ordning om, at enhver form for formidling og virksomhed som mellemmand mellem efterspørgsel og udbud af arbejde, der ikke udøves af offentlige arbejdsformidlingskontorer, er forbudt i henhold til bl.a. art. 82 og 86 EF (da art. 86 og 90 EF). Enhver form for arbejdsformidling i strid med ordningen sanktioneres især med strafretlige eller administrative sanktioner. Sagen opstår, fordi virksomheden JCC, der er et kooperativt selskab med begrænset ansvar under stiftelse, ønsker at kunne udøve arbejdsformidling, men er hindret heri grundet nævnte ordning.

Det er som led i besvarelsen af den forelæggende nationale rets spørgsmål, at EF-Domstolen har anledning til at vurdere, om et offentligt arbejdsformidlingskontor som den i art. 11, stk. 1, i den italienske lov nr. 264 omtalte institution kan anses for en virksomhed i traktatens art. 81 og 82's (da art. 85 og 86) forstand.⁵² I sin stillingtagen opstiller EF-Domstolen først ovennævnte princip fra *Höfner-sagen*, hvorefter det angives, at arbejdsanvisning er økonomisk virksomhed.⁵³ Synspunktet uddybes således:

“Den omstændighed, at arbejdsformidlingsvirksomhed normalt er overdraget offentlige kontorer, kan ikke påvirke denne virksomheds økonomiske karakter. Arbejdsformidlingsvirksomhed har ikke altid været og bliver ikke nødvendigvis udøvet af offentlige enheder.

Den italienske regering har yderligere anført, at efter [Poucet og Pistre-dommen] udgør et organ inden for den sociale sikring, der virker inden for rammerne af en monopolordning, ikke en virksomhed i traktatens art. 86's forstand, idet Domstolen i præmis 18 og 19 i denne dom har fastslået, at en sådan virksomhed ikke er af økonomisk karakter, da den bygger på princippet om national solidaritet og drives uden vinding for øje.

Det skal herom blot bemærkes, at selv om det af nævnte dom fremgår, at administrationen af obligatoriske socialsikringsordninger som dem, der er beskrevet i forelæggelsesdommene i Poucet- og Pistre-sagen, ikke udgør økonomisk virksomhed, bygger konstateringen heraf på de samme kriterier... som dem, der i nævnte *Höfner* og *Elser-sag* dannede grundlag for at fastslå, at arbejdsformidlingsvirksom-

⁵¹⁾ Jf. Sag C-55/96, *Job Centre coop.* arl, 11. december 1997, Saml. I-7119. *Job Centre I-sagen* er Sag C-111/94, *Job Centre*, 19. oktober 1995, Saml. I-3361.

⁵²⁾ Jf. *Job Centre II-sagens* præmis 20.

⁵³⁾ Jf. *Job Centre II-sagens* præmis 21.

hed efter Fællesskabets konkurrencebestemmelser skal anses for erhvervsvirksomhed.”⁵⁴

På denne baggrund konkluderer EF-Domstolen, at en enhed som et offentligt arbejdsformidlingskontor kan anses for en virksomhed med henblik på anvendelsen af fællesskabsrettens konkurrencebestemmelser.⁵⁵

Den niende dom af væsentlighed er *CNSD-I-sagen*, der overordnet betragtet vedrører *state action*-doktrinen.⁵⁶ I henseende til virksomhedsbegrebet må EF-Domstolen undersøge, om toldklarerers virksomhed er af økonomisk karakter, idet det af den italienske regering bl.a. er anført, at skønt en toldklarerer er en selvstændig erhvervsdrivende, da han udøver et liberalt erhverv i lighed med en advokat, en landmåler eller en tolk, kan han dog ikke anses for en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85 (nu art. 81 EF), fordi de tjenesteydelser, han udfører, er af intellektuel art, og fordi udøvelsen af hans erhverv kræver autorisation og indebærer, at visse betingelser skal opfyldes.⁵⁷ EF-Domstolen er ikke af samme opfattelse og henviser bl.a. til ovenstående princip fra *Höfner-sagen*.⁵⁸ Herefter anføres det:

⁵⁴⁾ Jf. *Job Centre II-sagens* præmis 22-24.

⁵⁵⁾ Jf. *Job Centre II-sagens* præmis 25. Generaladvokaten er i sit forslag til afgørelse enig heri, men anfører dog, at: "[o]gså arbejdsformidling kan efter min opfattelse indeholde et større eller mindre element af social indsats, der efter omstændighederne vil kunne gøre det umuligt eller i det mindste uhensigtsmæssigt, at sådan virksomhed drives kommercielt. Et klart eksempel er kriminalforsorgens indsats for at få indsatte prøveløsladt til et liv i frihed, hvor de f.eks. med vilkår om tilsyn, om at underkaste sig afvænningsbehandling mod spiritus- eller stofmisbrug mv., kan klare sig selv uden at begå ny kriminalitet. Denne indsats kræver ressourcer af både økonomisk og menneskelig karakter, hvis den skal lykkes [fodnote udeladt]. Også inden for det almindelige sociale arbejde gøres en betydelig og vigtig indsats for at få bistandsklienter ind på det almindelige arbejdsmarked. Man må også være opmærksom på, at det offentlige i visse medlemsstater bekoster uddannelse og eventuelt yder løntilskud for at få langtidsledige, ungdomsarbejdsløse og andre arbejdsløse bragt i arbejde. Det offentlige må nødvendigvis kunne sikre sig, at de offentlige midler, der anvendes som led i sådanne aktiveringsforløb, anvendes bedst muligt, og at aktiveringen lykkes." Jf. Forslag til afgørelse i *Sag C-55/96, Job Centre coop. arl*, fra generaladvokat Elmer fremsat den 15. maj 1997, pkt. 43-44.

⁵⁶⁾ Jf. *Sag C-35/96, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik*, 18. juni 1998, Saml. I-3851. Om *state action*-doktrinen, se eksempelvis Neergaard, U., "EU-konkurrencerettens offentlige drejning" i *Julebog 2003* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003) 81-111.

⁵⁷⁾ Jf. *CNSD I-sagens* præmis 34.

⁵⁸⁾ Jf. *CNSD I-sagens* præmis 36.

“Toldklarerers virksomhed er imidlertid af økonomisk karakter. Disse tilbyder nemlig mod vederlag tjenesteydelser, der består i at udføre toldformaliteter, navnlig med hensyn til indførsel, udførsel og transit af varer, samt andre komplementære tjenesteydelser som f.eks. tjenesteydelser på det monetære, handelsmæssige samt skatte- og afgiftsmæssige område. Desuden bærer de de økonomiske risici, der er forbundet med denne virksomhed.... I tilfælde af uligevægt mellem udgifter og indtægter skal toldklarereren selv bære underskuddet.

På denne baggrund kan den omstændighed, at virksomhed som toldklarerer er intellektuel, kræver autorisation og kan udøves, uden at der foreligger materielle, immaterielle og menneskelige elementer, ikke udelukke den fra anvendelsesområdet for EF-traktatens artikel 85 og 86 [nu art. 81 og 82 EF]”⁵⁹

Herved gør EF-Domstolen det klart, at et liberalt erhverv som toldklarerer-virksomhed kan være omfattet af virksomhedsbegrebet.

Becu-sagen afgøres i efteråret 1999.⁶⁰ Den er den tiende i rækken af sager udvalgt som værende af relevans for denne analyse. I sagen besvarer EF-Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 86 EF bl.a. sammenholdt med artikel 82 EF (da art. 90 smh. m. art. 86). Spørgsmålet rejstes under straffesager mod Becu og Verweire samt mod kornoplagringsvirksomheden Smeg og vikarbureauet Adia. Becu er direktør for Smeg og Verweire forretningsfører for Adia. Alle er tiltalt for i strid med national lovgivning at have ladet havnearbejde udføre på havneområdet i Gent af ikke-autoriserede havnearbejdere.

Sagens mere præcise problemstilling er, om den pågældende lovgivning med en forpligtelse til at benytte autoriserede havnearbejdere er tilladelig i henhold til EU-retten. Den praktiske konsekvens af lovgivningen er, at de autoriserede havnearbejdere skal betales et vederlag, der langt overstiger lønnen for virksomhedernes egne ansatte samt den løn, de betaler andre arbejdstagere. Desuagtet dette forhold anerkender EF-Domstolen i den konkrete sag traktatmedholdeligheden af den nationale lovgivning. Kernen i argumentationen er, at de pågældende havnearbejdere ikke kan antages at udgøre virksomheder i art. 86's (da 90) forstand, men derimod må betragtes som arbejdstagere.⁶¹ Således kan art. 86 EF (da art. 90) slet ikke finde anvendelse.⁶² Mere præcist er argumentationen vedrørende

⁵⁹⁾ Jf. CNSD I-sagens præmis 37-38.

⁶⁰⁾ Jf. Sag C-22/98, Straffesag mod Jean Claude Becu m.fl., 16. september 1999, I-5682.

⁶¹⁾ Jf. Becu-sagens præmis 24-30.

⁶²⁾ Der kan henvises til følgende nyttige kommentar til dommen: Nihoul, P., “Do workers constitute undertakings for the purpose of competition rules?”, (2000) 25 *European Law Review* 408-414.

virksomhedsbegrebet:

“Det må i den forbindelse fastslås, at løn- og arbejdsvilkårene, herunder for autoriserede havnearbejdere i havneområdet i Gent, er fastsat i kollektive overenskomster, der er indgået i henhold til loven af 1968 og gjort bindende ved kongelig anordning udstedt i medfør af loven... Den belgiske regering har i øvrigt ubestridt anført, at de autoriserede havnearbejdere faktisk ansættes af de forskellige virksomheder, der lader udføre havnearbejde i henhold til tidsbestemte arbejdskontrakter for en periode, der i almindelighed er kort, og med henblik på at udføre klart definerede arbejdsopgaver.

Det må herefter fastslås, at autoriserede havnearbejdere i forhold til de virksomheder, de udfører havnearbejde for, befinder sig i et arbejdsforhold, der er kendetegnet ved, at de udfører det nævnte arbejde for hver enkelt af de pågældende virksomheder og efter dennes anvisninger, og at de derfor må betragtes som ‘arbejdstagere’ som omhandlet i EF-traktatens artikel 48 [efter ændring nu artikel 39 EF], således som bestemmelsen er fortolket i Domstolens praksis... Da havnearbejderne er en integrerende del af de pågældende virksomheder, så længe ansættelsesforholdet varer, og de således danner en økonomisk enhed med den enkelte virksomhed, udgør de derfor ikke selv ‘virksomheder’ som omhandlet i Fællesskabets konkurrenceregler.

Det må tilføjes, at selv betragtet under ét kan autoriserede havnearbejdere i et havneområde ikke antages at udgøre en virksomhed.

For det første fremgår det af Domstolens praksis, at en persons status som arbejdstager ikke ændres ved, at arbejdstageren - samtidig med at befinde sig i et underordningsforhold til virksomheden - er knyttet til de andre arbejdstagere i kraft af en sammenslutning....

For det andet bemærkes, at som generaladvokaten har fremhævet i punkt 58, 59 og 60 i forslaget til afgørelse, tyder hverken forelæggelsesdommen eller svarene på Domstolens spørgsmål herom på, at de autoriserede havnearbejdere i havneområdet i Gent er knyttet til hinanden i kraft af en sammenslutning eller en anden form for organisation, der giver holdepunkter for at antage, at de handler på markedet for havnearbejde som en enhed eller som arbejdstagere i en sådan enhed.

Det følger heraf, at bestemmelser som dem, der omtvistes i hovedsagen, ikke kan falde ind under forbudsbestemmelsen i traktatens artikel 90, stk. 1, som kun finder anvendelse på virksomheder, sammenholdt med en anden bestemmelse i traktaten.

Sådanne bestemmelser kan heller ikke falde ind under forbudsbestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 isoleret betragtet, idet de pågældende traktatbestemmelser i sig selv udelukkende vedrører virksomheders adfærd og ikke omfatter love eller administrative bestemmelser, der er fastsat af medlemsstaterne...”⁶³

⁶³⁾ Jf. Becu-sagens præmis 25-31.

Det fremgår således, at arbejdstagere hverken individuelt eller betragtet under ét kan antages at udgøre en virksomhed i EU-konkurrenceretlig forstand. Der tages udgangspunkt i arbejdstagerbegrebet som fortolket i praksis i h.t. art 39 EF, hvorefter der lægges vægt på, at der er tale om personer, der befinder sig i et arbejdsforhold, der er kendetegnet ved, at der udføres arbejde efter andres anvisninger. Det skal bemærkes, at ovennævnte Höfner-princip ikke nævnes i dommen.

De tre sager, *Albany, Drijvende Bokken og Brentjes*, afsiges alle den 21. september 1999 og vil derfor, og fordi de i indhold er nærværende identiske, i det følgende analyseres i forening under betegnelsen *september-trilogien*.⁶⁴ Sagerne har givet anledning til megen opmærksomhed, fordi de helt overordnet angår det for pensionssystemerne i de enkelte Medlemslande vigtige spørgsmål om tilladeligheden af obligatorisk tilslutning til pensionskasser. De tre sager er alle indgået til EF-Domstolen i medfør af art. 234 EF (da art. 177) og dommene indeholder følgelig en besvarelse af en række præjudicielle spørgsmål.⁶⁵ Disse er alle af konkurrenceretlig karakter, hvoriblandt ét vedrører virksomhedsbegrebets afgrænsning. Således er det tredje gang, at de i nærværende analyse undersøgte sager vedrører nationale pensions- og socialsikringsordninger.

EF-Domstolen undersøger i denne henseende, hvorvidt pensionsfonde, der administrerer en tillægspensionsordning og som er oprettet i henhold til en kollektiv overenskomst indgået mellem en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, og hvortil tilslutning er gjort obligatorisk af de offentlige myndigheder for alle arbejdstagere inden for branchen, er virksomheder som omhandlet i traktatens art. 81 ff EF (da art. 85).⁶⁶

⁶⁴) Jf. Sag C-67/96, *Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, 21. september 1999, Saml. I-5751; Sag C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken NV mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, 21. september 1999, Saml. I-6121; og De forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, 21. september 1999, Saml. I-6025.

⁶⁵) Se for mere bred analyse eksempelvis Neergaard, U., "Kollektiv arbejdsret og den europæiske state action doktrin", i *Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten*, Redigeret af Nielsen, R. & Fejø, J., Nordisk Ministerråd, 2002, pp. 63-74; Vousden, S., "Albany, Market Law and Social Exclusion", *Industrial Law Journal* 2000, 181-191; eller Gyselen, L., "Case C-67/96, *Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; Joined Cases C-115-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen*; and Case C-219/97, *Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en havenbedrijven*. Judgments of the Full Court of 21 September 1999, not yet reported", *Common Market Law Review* 2000, 425-448.

⁶⁶) Jf. Albany-sagens præmis 71, Brentjens-sagens præmis 71 og Drijvende Bokken-sagens præmis 61.

Domstolen tager i sin undersøgelse udgangspunkt i en henvisning til ovennævnte Höfner-princip og en redegørelse for sin egen fortolkning af Poucet og Pistre- og FFSA-dommene.⁶⁷ Med følgende argumentation finder EF-Domstolen frem til, at der er tale om virksomheder i art. 81 ff's (da art. 85) forstand:

“Det bemærkes i denne forbindelse, at erhvervspensionsfonden selv fastsætter bidragene og ydelserne, og at fonden bygger på et kapitaliseringsprincip.

I modsætning til ydelserne fra de i Poucet og Pistre-dommen omhandlede organer, der varetager administrationen af socialsikringsordninger, afhænger fondens ydelser således af de økonomiske resultater af de investeringer, den foretager, og som er undergivet Verzekeringskamer's tilsyn, ligesom det er tilfældet for et forsikringsselskab.

Endvidere fremgår det af artikel 5 i BPW og artikel 1 og 5 i retningslinjerne for fritagelse for tilslutning, at en erhvervspensionsfond har pligt til at fritage en virksomhed, såfremt denne mindst seks måneder før indgivelsen af den begæring, på grundlag af hvilken tilslutning til fonden blev gjort obligatorisk, allerede tilbød sine ansatte en pensionsordning, der gav dem rettigheder, der mindst svarer til dem, de ville erhverve ved tilslutning til fonden. Endvidere kan fonden i medfør af de nævnte retningslinjers artikel 1 fritage en virksomhed, såfremt denne tilbyder sine ansatte en pensionsordning, der giver dem rettigheder, som mindst svarer til dem, fonden giver, idet der, såfremt fritagelsen medfører udtræden af fonden, skal tilbydes en rimelig kompensation efter Verzekeringskamer's skøn for fondens eventuelle tab som følge heraf ud fra et forsikringsteknisk synspunkt.

Det følger heraf, at en erhvervspensionsfond som den i hovedsagen omhandlede udøver en økonomisk virksomhed i konkurrence med forsikringsselskaberne.

Under disse omstændigheder kan det forhold, at den ikke handler med gevinst for øje, og de elementer af solidaritet, fonden og de regeringer, der har indgivet indlæg, har henvist til, ikke ændre noget ved, at erhvervspensionsfonden er en virksomhed i traktatens konkurrenceregler forstand.

Det forhold, at der forfølges et socialt formål, de ovennævnte elementer af solidaritet og begrænsningerne og kontrollen med hensyn til de af erhvervspensionsfonden foretagne investeringer kan ganske vist bevirke, at den ydelse, fonden kan tilbyde, er mindre konkurrencedygtig end den tilsvarende ydelse, der tilbydes af forsikringsselskaberne. Selv om sådanne begrænsninger ikke er til hinder for at anse fondens virksomhed som en økonomisk virksomhed, kan de begrunde, at et sådant organ har eneret til at administrere en tillægspensionsordning.”⁶⁸

⁶⁷⁾ Jf. Albany-sagens præmis 77-79, Brentjens-sagens præmis 77-79 og Drijvende Bokkensagens præmis 67-69.

⁶⁸⁾ Jf. Albany-sagens præmis 81-86, Brentjens-sagens præmis 81-86 og Drijvende Bokkensagens præmis 71-76.

EF-Domstolen synes herved at tillægge det afgørende vægt, at de pågældende erhvervspensionsfonde selv fastsætter bidragene og ydelserne, at fonden bygger på et kapitaliseringsprincip og at den økonomiske virksomhed udøves i konkurrence med forsikringsselskaberne. Modsat får det ikke afgørende betydning, at de ikke handler med gevinst for øje, at der er visse elementer af solidaritet involveret, at der forfølges et socialt formål, og der gælder visse begrænsninger og kontrol med hensyn til foretagne investeringer.

De forenede sager, herefter betegnet *Pavlov*, er fra 2000.⁶⁹ De kan ses som at udgøre endnu et bidrag til kategorien af sager, der er relaterede til nationale pensions- og socialsikringsordninger.⁷⁰ Mere præcist er der tale om fem hollandske speciallæger, der ophører med at betale bidrag til Speciallægernes Pensionsfond på trods af den i lovgivningen hjemlede obligatoriske tilslutning. Speciallægerne mener sig alternativt berettiget til at være tilsluttet en erhvervspensionsfond for social- og sundhedsvæsenet. Da Speciallægernes Pensionsfond herefter udsteder et betalingspålæg til de fem speciallæger, anlægger de sag ved Kantongerecht, Nijmegen, til prøvelse af dette. Denne ret forelægger EF-Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, hvilket indebærer en stillingtagen fra EF-Domstolens side til, om de selvstændige speciallæger, der er medlem af LSV (Landsforeningen af specialister i Det Kongelige Nederlandske Selskab til Fremme af Lægekunsten), udgør en virksomhed.⁷¹ EF-Domstolen henviser i denne sammenhæng til ovennævnte princip fra *Höfner*-sagen. Hertil føjes en sætning, som også er set tidligere, om at enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, er erhvervsmæssig virksomhed.⁷² På denne baggrund anføres det:

”I hovedsagerne leverer speciallægerne i LSV tjenesteydelser på et marked, markedet for specielle lægetjenester, som selvstændige erhvervsdrivende. Disse læger modtager betaling af deres patienter for de tjenester, som de yder dem, og bærer selv de økonomiske risici ved udøvelsen af deres virksomhed.

Under disse omstændigheder udøver de selvstændige speciallæger, der er medlem af LSV, økonomisk virksomhed og udgør dermed virksomheder som omhandlet i traktatens artikel 85, 86 og 90, uden at den komplekse og tekniske karakter af de tjenesteydelser, de leverer, og den omstændighed, at udøvelse af deres erhverv er reguleret, vil have indflydelse på en sådan konklusion...

⁶⁹⁾ Jf. Se forenede sager C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, 12. September 2000, Saml. I-6451.

⁷⁰⁾ Her er synsvinklen dog ikke udbyderens af sådanne ordninger, men aftagerens. Derfor er argumentationen også en noget anden her end i de andre sager nævnt som tilhørende kategorien.

⁷¹⁾ Jf. Pavlov-sagens præmis 73.

⁷²⁾ Jf. Pavlov-sagens præmis 75.

Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at speciallægerne ikke optræder som en virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt inden for Fællesskabets konkurrenceret, når lægerne indbetaler bidrag til deres egen tillægspensionsordning. En speciallæge, der opretter en tillægspension for sig selv, handler ifølge Kommissionen som endelig forbruger, og den beslutning, han træffer i denne forbindelse, falder uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde. En sådan beslutning kan sammenlignes med en beslutning om at foretage investeringer på finansmarkedet eller at købe en feriebolig.

Det bemærkes i denne henseende, at der for en selvstændig speciallæge er en tæt sammenhæng mellem det at bidrage til en erhvervstilknyttet tillægspensionsordning og udøvelsen af erhvervsmæssig virksomhed. En speciallæges tilslutning til en sådan ordning har sin oprindelse i udøvelsen af erhvervet. Den pågældende erhvervstilknyttede tillægspensionsordning, der finder anvendelse på samtlige erhvervets udøvere, gør det muligt for dem at fordele en del af deres erhvervsindtægter for at sikre sig og under visse betingelser deres efterladte ægtefælle og børn et vist indtægtsniveau, når de ophører med at udøve erhvervsmæssig aktivitet.

For en selvstændig speciallæge er der en endnu tættere sammenhæng mellem det at bidrage til en erhvervstilknyttet tillægspensionsordning og udøvelsen af erhvervsmæssig virksomhed, idet ordningen er kendetegnet ved en høj grad af solidaritet mellem alle læger, hvilket navnlig kommer til udtryk ved bidragenes uafhængighed af risikoen, forpligtelsen til at optage alle udøvere af det pågældende erhverv, overtagelsen af bidragsbetalingen i tilfælde af invaliditet med henblik på fortsat erhvervelse af pensionsrettigheder, tildelingen af pensionsrettigheder med tilbagevirkende kraft til tilsluttede, der allerede udøvede erhvervet ved ordningens indførelse, og dyrtidsreguleringen af pensionerne med henblik på bevarelse af deres værdi.

Under disse omstændigheder kan speciallægerne ikke anses for at handle som endelige forbrugere, når de indbetaler bidrag til deres egen tillægspensionsordning.”⁷³

På dette grundlag konkluderer EF-Domstolen, at speciallægerne optræder som en virksomhed som omhandlet i traktatens art. 81, 82 og 86 EF (da art. 85, 86 og 90), når de i LSV's regi beslutter i fællesskab at indbetale bidrag til en enkelt erhvervspensionsfond.⁷⁴ Det fremgår, at det er utvivlsomt, at speciallægerne i udøvelsen af deres erhverv anses for virksomheder. Det vanskelige element er, om de også er virksomheder, når de indbetaler bidrag til deres egen tillægspensionsordning. Generaladvokat Jacobs har i sit forslag til afgørelse en uddybende argu-

⁷³⁾ Jf. Pavlov-sagens præmis 76-81.

⁷⁴⁾ Jf. Pavlov-sagens præmis 82.

mention for, hvorfor dette er tilfældet.⁷⁵ Således er han af den opfattelse, at der, når fysiske personer optræder som virksomheder, må sondres mellem aktiviteter, der vedrører deres erhvervssfære og aktiviteter, der vedrører deres personlige sfære: "I modsætning til juridiske personer, der ikke har noget 'privatliv', kan fysiske personer optræde enten i deres egenskab af virksomheder eller i deres egenskab af endelige forbrugere. Da traktatens artikel 85 ff. [nu art. 81 EF] kun gælder for 'virksomheder', er fysiske personer, som optræder i sidstnævnte egenskab, ikke omfattet af konkurrencereglerne. Heraf følger, at udøvere af liberale erhverv, der aftaler at organisere et ferieophold på Bahamaerne eller at købe operabilletter, ikke er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1 [nu art. 81, stk. 1 EF]. Når læger derimod køber lægeudstyr, eller advokater lejer kontorlokaler, udøver de økonomisk virksomhed, som er knyttet til deres erhverv. I så fald bør konkurrencereglerne finde anvendelse."⁷⁶

Ambulanz Glöckner-sagen fra 2001 er den femtende i rækken af analyserede sager.⁷⁷ Overordnet må den kategoriseres som at vedrøre den situation, hvor en virksomhed ønsker markedsadgang, men er hindret deri, fordi andre markedsdeltagere er tildelt rettighederne hertil. Ved en påberåbelse af EU-retten søges denne situation ændret. Mere præcist gælder, at den private virksomhed Ambulanz Glöckner i perioden 1990 til oktober 1994 har tilladelse til at udføre sygetransport. Virksomheden ejer og driver to sygetransportambulancer og en udrykningsambulance. Denne type transport vedrører syge og tilskadekomne med behov for hjælp, men som dog ikke er akut syge, hvorfor deres transport foretages med sygetransportvogn under ledsagelse af faguddannet personale. Således vedrører denne type transport ikke udrykningskørsel, der snarere defineres som at vedrøre transport af livsfarligt tilskadekomne eller syge personer med lægeambulancer eller redningsvogne under ledsagelse af faguddannet personale. Både udrykningskørsel og sygetransport skal udføres af ambulancer, hvoraf der i det væsentlige findes to typer, der er tilpasset hver sin form for kørsel.⁷⁸ I juli 1994 ansøger virksomheden om forlængelse af sin tilladelse hos den tyske mindste statslige forvaltningsmyndighed, Landkreis, der imidlertid - efter at have hørt de to sanitetorganisationer, der er ansvarlige for driften af den offentlige redningstjeneste og

⁷⁵) Jf. Forslag til afgørelse i De forenede sager C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, fremsat den 23. marts 2000, pkt. 114ff.

⁷⁶) Jf. Forslag til afgørelse i De forenede sager C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, fremsat den 23. marts 2000, pkt. 115.

⁷⁷) Jf. Sag C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz, 25. oktober 2001, Saml. 8089. Se for nærmere omtale, Neergaard, U., "Privilegerede virksomheder og saglige begrundelser for konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86, stk. 2 EF" i *Julebog 2002* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002) 313-337.

⁷⁸) Jf. generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse, pkt. 6-8.

ikke arbejder med gevinst for øje - giver afslag. Afslaget sker i lyset af en "Landkreis"-bestemmelse, hvorefter: "Tilladelse skal afslås, såfremt det må forventes, at udnyttelsen af tilladelsen vil være til skade for den offentlige interesse i en funktionsdygtig redningstjeneste... Det skal herved... navnlig tages hensyn til ønsket om at sikre, at redningstjenesten står til rådighed i hele dækningsområdet, og at ressourcerne udnyttes effektivt, hvorved også antallet af udrykninger, ankomsttidspunktet og udrykningernes varighed samt udviklingen med hensyn til udgifter og indtægter skal lægges til grund..." Ambulanz Glöckner anlægger herefter sag ved en "Verwaltungsgericht" og vinder. Landkreis appellerer imidlertid denne dom til en "Oberverwaltungsgericht", der forelægger et enkelt præjudicielt spørgsmål for EF-Domstolen vedrørende fortolkningen af art. 86 smh. m. art. 81-82 EF.⁷⁹⁾

"I hovedsagen udfører sanitetsorganisationerne tjenesteydelser mod brugernes betaling på markedet for udrykningskørsel og sygetransport. Sådant virksomhed er ikke altid blevet og bliver ikke nødvendigvis udført af sådanne organisationer eller af offentlige myndigheder. Det fremgår således af sagens akter, at Ambulanz Glöckner tidligere selv har udført disse to tjenesteydelser. Udførelse af sådanne tjenesteydelser er således erhvervmæssig virksomhed med henblik på anvendelse af kontraktens konkurrenceregler.

Ganske vist kan de offentlige serviceforpligtelser bevirke, at de tjenesteydelser, en given sanitetsorganisation udfører, er mindre konkurrencedygtige end tilsvarende ydelser udført af andre erhvervsdrivende, der ikke er bundet af sådanne forpligtelser, men den omhandlede virksomhed skal ikke desto mindre anses for økonomisk virksomhed."⁸⁰⁾

I forbindelse med afgørelsen undersøger EF-Domstolen, om de pågældende sanitetsorganisationer kan anses for virksomheder i art. 86, stk. 1's [da art. 90, stk. 1] forstand. Argumentationen tager sin begyndelse i en henvisning til ovennævnte princip oprindeligt lanceret i Höfner-sagen samt sætningen om, at al virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, er erhvervmæssig virksomhed. Herefter anføres det:

"I hovedsagen udfører sanitetsorganisationerne tjenesteydelser mod brugernes betaling på markedet for udrykningskørsel og sygetransport. Sådant virksomhed er ikke altid blevet og bliver ikke nødvendigvis udført af sådanne organisationer eller af offentlige myndigheder. Det fremgår således af sagens akter, at Ambulanz Glöckner tidligere selv har udført disse to tjenesteydelser. Udførelse af sådanne

⁷⁹⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 17. EF-Domstolen inddrager således art. 82 EF (da art. 86 EF).

⁸⁰⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 20-21.

tenesteydelser er således erhvervmæssig virksomhed med henblik på anvendelse af traktatens konkurrenceregler.

Ganske vist kan de offentlige serviceforpligtelser bevirke, at de tjenesteydelser, en given sanitetsorganisation udfører, er mindre konkurrencedygtige end tilsvarende ydelser udført af andre erhvervsdrivende, der ikke er bundet af sådanne forpligtelser, men den omhandlede virksomhed skal ikke desto mindre anses for økonomisk virksomhed.⁸¹

Heraf følger ifølge EF-Domstolen, at enheder som sanitetsorganisationer for så vidt angår udførelse af udrykningskørsel og sygetransport skal kvalificeres som virksomheder i traktatens konkurrenceregler forstand.⁸² Det fremgår, at EF-Domstolen synes at tillægge det afgørende vægt, at der er tale om en aktivitet, der i det mindste principielt kan udføres af en privat virksomhed.⁸³

⁸¹⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 20-21.

⁸²⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 22.

⁸³⁾ Smh. også med Forslag til afgørelse i Sag C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz, fra generaladvokat Jacobs fremsat den 17. maj 2001, pkt. 67. Denne tilføjer hertil kriteriet om "vinding for øje". Ydermere angiver Jacobs en række betragtninger vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt de omhandlede offentlige myndigheder og navnlig Südwestpfalz også skal betragtes som virksomheder, som dette er Ambulanz Glöckners påstand. Herom anføres bl.a.: "Efter fast retspraksis kan offentlige organer, som udøver økonomisk virksomhed, betragtes som virksomheder [fodnote udeladt]. På den anden side finder konkurrencereglerne ikke anvendelse i forbindelse med aktiviteter under udøvelsen af offentlig myndighed [fodnote udeladt]. Endvidere er begrebet 'virksomhed' et relativt begreb i den forstand, at en given enhed kan betragtes som en virksomhed i forbindelse med den ene del af sin aktivitet, mens den anden del ikke er omfattet af konkurrencereglerne [fodnote udeladt]... Med hensyn til den i hovedsagen omhandlede virksomhed, dvs. udstedelse eller afslag på at udstede tilladelse til at udføre private ambulancetjenester, bemærkes det, at et organ handler som udøver af offentlig myndighed, når den pågældende virksomhed 'som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet, [er] knyttet til udøvelsen af beføjelser [...] som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed' [fodnote udeladt]. En beslutning om at udstede eller afslå at udstede en tilladelse til udførelse af ambulancetjenester indenfor rammerne af RettDG 1991 er efter min opfattelse klart omfattet af denne definition. Inden myndighederne giver tilladelsen, undersøger de, at arbejdet vil blive udført sikkert og effektivt, og den erhvervsdrivendes vandel og faglige kvalifikationer samt - i henhold til den anfægtede bestemmelse - de mulige konsekvenser af en tilladelse for den offentlige ambulancetjeneste. Udstedelsen af eller afslaget på at udstede en tilladelse er således en typisk administrativ beslutning, som træffes under udøvelse af beføjelser, der er tillagt ved lov, og som sædvanligvis er forbeholdt offentlige myndigheder. Jeg kan ikke se, hvordan denne beslutningstagende aktivitet kan ligestilles med udbud af varer og tjenesteydelser på bestemte markeder." Jf. pkt. 72 og 76. Hertil er Jacobs også afvisende overfor Ambulanz Glöckners henvisning til, at det bør tillægges betydning, at de offentlige myndigheder er potentielle konkurrenter på markedet, jf. pkt. 77 ff.

Den sekstende dom, som her skal underkastes en nærmere undersøgelse, er *Cisal-dommen* fra 2002.⁸⁴ Den må kategoriseres som endnu en dom i den efterhånden lange række af domme, blandt de her analyserede, der vedrører nationale pensions- og socialsikringsordninger. Dommen vedrører to præjudicielle spørgsmål, der forelægges EF-Domstolen i forbindelse med en sag anlagt af *Cisal di Battistello Venanzio & C. sas* (herefter *Cisal*) mod *Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro* (herefter *INAIL*) vedrørende et pålæg om betaling af beløb svarende til de forsikringspræmier, som *Cisal* ikke har betalt. *Cisal* har imidlertid anfægtet betalingspålægget ved Tribunale di Vicenza, Italien, idet selskabet bl.a. har gjort gældende, at de bestemmelser, som ligger til grund for dens forpligtelse til at forsikre sig hos *INAIL*, er i strid med EU-konkurrenceretten. I denne sammenhæng må det bemærkes, at *INAIL* i 1933 af lovgiver er tillagt eneretten til at administrere forsikringsordningen.

Kun det ene af de to forelagte præjudicielle spørgsmål besvares af EF-Domstolen, som forstår det som et ønske om at få oplyst, om et organ som *INAIL*, der ved lov har fået til opgave at administrere en forsikringsordning mod arbejdsskader og erhvervssygdomme, skal kvalificeres som en virksomhed i traktatens art. 81 og 82's forstand (da art. 85 og 86).

Indledningsvist i sin argumentation henvises til ovennævnte Höfner-princip.⁸⁵ I forlængelse heraf opsummeres endvidere fra praksis, at det følger af denne, at enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, er økonomisk virksomhed.⁸⁶ På denne baggrund statueres det, at en lovpligtig forsikringsordning mod de i hovedsagen omhandlede arbejdsskader og erhvervssygdomme har et socialt formål, idet der fastsættes en obligatorisk social beskyttelse for alle selvstændige erhvervsdrivende, der er beskæftiget inden for et erhverv, bortset fra landbrug.⁸⁷ Herefter anføres det, at det forhold, at en forsikringsordning har et socialt formål, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at den omhandlede virksomhed ikke skal kvalificeres som økonomisk virksomhed.⁸⁸ Da den omhandlede ordning imidlertid er udtryk for en gennemførelse af solidaritetsprincippet og da den virksomhed, der udøves af *INAIL*, der ved lov er blevet tillagt forvaltningen af den omhandlede ordning, er undergivet statens kontrol, og hvor

⁸⁴⁾ Sag C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas* mod *Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, 22. januar 2002, Saml. I-691.

⁸⁵⁾ Jf. *Cisal-sagens* præmis 22.

⁸⁶⁾ Jf. *Cisal-sagens* præmis 23.

⁸⁷⁾ Jf. *Cisal-sagens* præmis 34.

⁸⁸⁾ Jf. *Cisal-sagens* præmis 37.

størrelsen af ydelserne og af bidragene i sidste instans fastsættes af staten, samt endelig at da der er tale om en obligatorisk tilknytning, anser EF-Domstolen ikke INAIL's virksomhed som en økonomisk virksomhed i konkurrenceretlig forstand, hvorfor dette organ ikke er en virksomhed i traktatens art. 81 og 82's (da art. 85 og 86) forstand.⁸⁹

Den syttende dom af interesse her er *Wouters* fra 2002.⁹⁰ Sagen vedrører spørgsmål forelagt EF-Domstolen i henhold til art. 234 EF. Disse er stillet af det hollandske *Raad van State* og omhandler et hollandsk forbud mod, at advokater udøver advokatvirksomhed i integrerede samarbejder med revisorer. Spørgsmålene opstår i forbindelse med to advokaters indbyrdes uafhængige meddelelser til det relevante tilsynsnævn i henholdsvis Rotterdam og Amsterdam om deres ønske om at udøve den nævnte form for samarbejde med revisorer. Ønsket kan imidlertid ikke efterkommes af de pågældende tilsynsnævn 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 bliver stillet hele ni præjudicielle spørgsmål, skal i det følgende alene fokuseres på EF-Domstolens behandling af problemstillingen vedrørende virksomhedsbegrebet.

I sagen behandles således en problemstilling om, hvorvidt advokater kan betragtes som virksomheder i den betydning, som begrebet tillægges inden for EU-konkurrenceretten. Dette besvares bekræftende af EF-Domstolen, idet der indledningsvist henvises til ovennævnte princip fra *Höfner-sagen* samt til sætningen om, at enhver form for virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et givet marked, er en økonomisk virksomhed.⁹¹ Hertil føjes:

“Advokater tilbyder mod betaling tjenesteydelser vedrørende juridisk bistand, som består i udarbejdelse af responsa, kontrakter eller andre dokumenter, samt i udførelse af retssager for andre. Hertil kommer, at de bærer de økonomiske risici, der

⁸⁹⁾ Jf. *Cisal-sagens* præmis 37-46.

⁹⁰⁾ Jf. Sag C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mod Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, 19. februar 2002, Saml. 1577. For nærmere omtale af dommen, se især Neergaard, U., “EU-konkurrenceret og national regulering af advokaterhvervet”, *Europarättsligt Tidsskrift*, Nr. 3, 2002, pp. 498-513; og Vossestein, A. J., “Case C-35/99, *Arduino*, judgment of 19 February 2000, Full Court; Case C-309/99, *Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, judgment of 19 February 2002, Full Court; not yet reported” *Common Market Law Review* 2002, 841-863.

⁹¹⁾ Jf. *Wouters-sagens* præmis 46 og 47.

er forbundet med udøvelsen af disse aktiviteter, eftersom advokaten, i tilfælde af, at der er et misforhold mellem udgifterne og indtægterne, selv må bære underskuddet.

Under disse omstændigheder bemærkes det, at de advokater, der er registreret i Nederlandene, udøver økonomisk virksomhed og dermed udgør virksomheder som omhandlet i traktatens artikel 85, 86 og 90 [nu art. 81, 82 og 86 EF], og at det herved er uden betydning, at de leverer tjenesteydelser af en kompleks og teknisk karakter, og at udøvelsen af deres erhverv er reguleret..."⁹²

Med dommen bekræftes det endnu en gang, at de liberale erhverv typisk vil omfattes af virksomhedsbegrebet. Afgørende er vederlags- og risikokriterierne.

Den sidste dom, som - i korthed - skal nævnes, er *Aéroports de Paris*, der afgøres i 2002.⁹³ Dommen vedrører en af *Aéroports de Paris* (herefter ADP) i medfør af art. 49 i EF-statutten for Domstolen iværksat appel af en dom afsagt af Retten i Første Instans den 12. december 2000 (Sag T-128/98, *Aéroports de Paris* mod Kommissionen). Et af de af ADP fremsatte anbringender vedrører virksomhedsbegrebet. Således gør ADP gældende, at Retten tilsidesatte art. 82 EF (da art. 86), da den i den appellerede dom anså ADP for at være en virksomhed i denne bestemmelses forstand. Således er ADP af den opfattelse, at administration af offentlig ejendom, der er den eneste aktivitet, den foreliggende sag angår, indebærer udøvelse af beføjelser som offentlig myndighed og derfor ikke kan udgøre en aktivitet udført af en virksomhed i traktatens forstand.⁹⁴ Dette anbringende afvises imidlertid af EF-Domstolen, der bl.a. anfører, at det var med rette, at Retten henviste til, at den omstændighed, at en aktivitet kan udøves af en privat virksomhed, udgør et yderligere indicium for, at den pågældende aktivitet skal anses for at være udført af forvaltningsorganet i dettes egenskab af virksomhed.⁹⁵

På denne baggrund er det nu muligt at opstille *konklusioner* for indholdet af EF-Domstolens foreløbige afgrænsning af virksomhedsbegrebet. Overordnet gælder, at i flertallet af de analyserede sager konkluderer EF-Domstolen, at der er tale om en virksomhed i traktatens konkurrencebestemmelser forstand. Således gælder, at EF-Domstolen har betegnet følgende enheder som virksomheder med henblik på anvendelse af konkurrencereglerne: 1) offentlige arbejdsanvisningskontorer, der udøver arbejdsformidlingsvirksomhed (jf. Höfner og Job Centre-II); 2) havnevirk-

⁹²⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 48-49.

⁹³⁾ Jf. Sag C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, 24. oktober 2002, Saml. I-9297.

⁹⁴⁾ Jf. *Aéroports de Paris*-sagens præmis 68.

⁹⁵⁾ Jf. *Aéroports de Paris*-sagens præmis 82.

somheder tillagt eksklusive rettigheder med hensyn til tilrettelæggelsen af havnearbejdet for tredjemands regning, og havneselskaber, som er tillagt eksklusive rettigheder med hensyn til udførelse af havnearbejde (jf. *Merci*); 3) organer uden vinding for øje, der forvalter en aldersforsikringsordning, der er indført i henhold til lov om en frivillig ordning til supplement af en obligatorisk forsikring (jf. *FFSA*); 4) enheder, som i henhold til enerettigheder står for produktion og forhandling en gros af indenlandske tobaksvarer (jf. *Banchero*); 5) toldklarerers virksomhed (jf. *CNSD-I*); 6) pensionsfonde, der administrerer en tillægspensionsordning og som er oprettet i henhold til en kollektiv overenskomst indgået mellem en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, og hvortil tilslutning er gjort obligatorisk af de offentlige myndigheder for alle arbejdstagere indenfor branchen (jf. september-trilogien); 7) speciallæger, der leverer tjenesteydelser på markedet for specielle lægetjenester samt speciallæger, der bidrager til en erhvervstilknyttet tillægspensionsordning (jf. *Pavlov*); 8) enheder som sanitetsorganisationer for så vidt angår udførelse af udrykningskørsel og sygetransport (jf. *Ambulanz Glöckner*); 9) advokater, der mod betaling tilbyder tjenesteydelser vedrørende juridisk bistand, som består i udarbejdelse af responsa, kontrakter eller andre dokumenter, samt i udførelse af retssager for andre (jf. *Wouters*); og 10) enheder, der administrerer offentlig ejendom (jf. *Aéroports de Paris*).

I et lidt mindre antal sager har EF-Domstolen modsat fundet, at der ikke foreligger en virksomhed i konkurrencebestemmelsernes forstand. Det drejer sig om: 1) enheder, der administrerer offentlig socialsikring (en ordning vedrørende forsikring mod udgifterne ved sygdom og barsel for selvstændige erhvervdrivende, der ikke er beskæftiget inden for landbruget og en ordning vedrørende aldersforsikring for håndværkererhvervene) (jf. *Poucet og Pistre*); 2) internationale organisationer som Eurocontrol, der udøver beføjelser vedrørende kontrollen af og de politimæssige opgaver i lufterummet (jf. *Eurocontrol*); 3) enheder, der står for at meddele tilladelse til åbning af tobaksudsalg og kontrollere disses antal og fordeling på en Medlemsstats territorium (jf. *Banchero*); 4) organer, der er blevet overdraget at udføre miljøovervågningsarbejde i en oliehavn (jf. *Cali*); 5) arbejdstagere, hverken individuelt eller betragtet under ét (jf. *Becu*); og 6) organer, der ved lov får til opgave at administrere en forsikringsordning mod arbejdsskader og erhvervssygdomme (jf. *Cisal*).

Hertil kan nævnes, at i halvdelen af sagerne har elleve eller flere dommere deltaget i afgørelsen. Dette kan ses som udtryk for, at spørgsmålet om virksomhedsbegrebets afgrænsning generelt er højt prioriteret af EF-Domstolen selv og at afgørelsen i mange af sagerne er af en kompleks og vidtrækkende karakter.

Det må på grundlag af analysen konstateres, at begrebet "virksomhed" må forstås i vid forstand. EF-Domstolen anlægger en funktionsorienteret synsvinkel. Derfor fokuseres på den type af virksomhed, der udøves, snarere end eksempelvis kende-

tegnene ved de aktører, som udøver den, dens retlige status eller dens finansieringsmåde. Siden Höfner-sagen fra 1991 har udgangspunktet for en vurdering af, om en enhed er en virksomhed i EU-konkurrenceretlig forstand således været, om den udøver økonomisk virksomhed, uanset enhedens retlige status og dens finansieringsmåde.⁹⁶ Det påpeges således af Gyselen, at "...the question is not whether a particular *entity* is an undertaking within the meaning of Article 81 and Article 82 but rather whether (some or all of) its *activities* fall within the scope of these provisions."⁹⁷ Især i nyere sager er til dette forholdsvis enkle princip fra Höfner-sagen ofte knyttet en sætning om, at al virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, er erhvervsmæssig virksomhed.⁹⁸ Underliggende disse principper synes at være et kriterium om, hvorvidt aktiviteten i princippet lige så vel kan udføres af en privat virksomhed. Winterstein er af den opfattelse, at den test, som EF-Domstolen anvender til at vurdere, om økonomisk virksomhed foreligger, er, om "...it faces actual or potential competition by priva-

⁹⁶⁾ Om den retlige status uddyber Sierra: "The legal form which that entity takes is irrelevant.[fodnote udeladt] An entity may be a natural person or have legal personality; it may be a company or another corporate body; it may be governed by public or private (civil or commercial) law and so on. Neither is it necessary for the entity to have a separate legal personality.[fodnote udeladt] It is possible to attribute the condition of undertaking to an entity which forms a part of a corporate body which is not of a commercial nature.[fodnote udeladt] However, it is necessary for the undertaking to form part of an entity with a legal personality capable of having rights and obligations." Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 32. Hertil nævnes det mere konkret af Lundgaard Hansen, m.fl., *EU-konkurrenceretten* (København: GadJura, 1998) 43-44, at det er uden betydning, om aktiviteten udøves af et aktieselskab, en enkeltmandsvirksomhed, en offentlig virksomhed, en andelsvirksomhed eller har karakter af et liberalt erhverv.

⁹⁷⁾ Jf. Gyselen, L., "Case C-67/96, *Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; Joined Cases C-115-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen*; and Case C-219/97, *Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en havenbedrijven*. Judgments of the Full Court of 21 September 1999, not yet reported", *Common Market Law Review* 2000, 439.

⁹⁸⁾ Af Sierra forklares det, at det er afgørende, at den økonomiske aktivitet er rettet mod markedet: "An entity which only works for another entity within which it is integrated is not, at least on its own, an undertaking. In order for an economic activity or undertaking to exist (and therefore, *a fortiori*, that there be a profit-making motive). [fodnote udeladt] Neither is it necessary that the entity intends to carry out its activity on a permanent basis. Occasional activity by the entity in question would be sufficient to satisfy the definition of undertaking as far as that particular activity was concerned." Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 32. Se for anderledes opfattelse: Gyselen, L., "Case C-67/96, *Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; Joined Cases C-115-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen*; and Case C-219/97, *Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en havenbedrijven*. Judgments of the Full Court of 21 September 1999, not yet reported", *Common Market Law Review* 2000, 440.

te companies, thus establishing a strong presumption for the economic character of any activity.”⁹⁹

Den brede definition fra Höfner må dog anses for i en vis udstrækning at være blevet indskrænket i visse senere domme, idet visse aktiviteter kan ses at være udelukket fra det generelle princip.¹⁰⁰ Dette vil fremgå af det følgende.

Når et organ eller dets aktiviteter anses for at være af ikke-økonomisk art i traktatens konkurrencebestemmelers forstand, er det i de fleste sager antaget, at der er tale om udøvelse af offentlig myndighed.¹⁰¹ I en enkelt sag er det dog antaget, at der er tale om arbejdstagere frem for virksomheder eller offentlig myndighedsudøvelse.¹⁰² Udøvelse af offentlig myndighed foreligger eksempelvis indenfor områder som den almindelige og skattemæssige administration, visse former for pensions- og socialsikring, retsvæsenet, sikkerheden og forsvaret.

En given enhed kan betragtes som en virksomhed i sin helhed, fordi samtlige dens aktiviteter er af økonomisk karakter. I visse tilfælde er det imidlertid kun visse dele af enhedens aktiviteter, der betragtes som økonomisk virksomhed. Den resterende del af enhedens aktiviteter betragtes da typisk som udøvelse af offentlig myndighed. Med andre ord kan enheden i sig selv som udgangspunkt betragtes som almindeligvis enten primært en udøver af offentlig myndighed eller som primært en økonomisk virksomhed. I førstnævnte tilfælde kan en resterende del

⁹⁹⁾ Jf. Winterstein, A., “Nailing the Jellyish: Social Security and Competition Law”, *European Competition Law Review* 1999, 325. Se også Drijber, B. J., “Case C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH v. European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol)*”, [1994] ECR I-43”, *Common Market Law Review* 1995, 1045ff. Louri, V., “‘Undertaking’ as an Economic Activity Regarding EC Competition Rules”, *Legal Issues of Economic Integration* 2002, 146, er af den opfattelse, at: “Hence, the term ‘economic activity’ has been clarified in broad terms by both the Court and the Commission as activities that can generate actual or potential competition. However, one cannot fail to notice the drawback of such a general definition, namely that it brings into the ambit of competition law all activities since nowadays they all can be and most of the time are also performed by private companies.”

¹⁰⁰⁾ Jf. eksempelvis også Louri, V., “‘Undertaking’ as an Economic Activity Regarding EC Competition Rules”, *Legal Issues of Economic Integration* 2002, 146.

¹⁰¹⁾ Herom uddyber Winterstein, A., “Nailing the Jellyish: Social Security and Competition Law”, *European Competition Law Review* 1999, 326: “One can think of only one area where the state, by definition, faces neither actual nor potential competition by private companies: the exercise of *imperium*. Official authority emanates from the sovereignty and majesty of the state. Whoever is in the position to exercise *imperium* enjoys prerogatives outside the general law, privileges of official power and powers of coercion over citizens”

¹⁰²⁾ Der tages udgangspunkt i arbejdstagerbegrebet som fortolket i praksis i h.t. art 39 EF, hvorefter der lægges vægt på, at der er tale om personer, der befinder sig i et arbejdsforhold, der er kendetegnet ved, at der udføres arbejde efter andres anvisninger.

af dens aktiviteter imidlertid blive anset for økonomisk virksomhed. I sidstnævnte tilfælde kan en resterende del af virksomhedens aktiviteter blive betragtet som udøvelse af offentlig myndighed.

Hvad angår nationale pensions- og socialsikringsordninger, må EF-Domstolens argumentation anses for at følge et helt særegent mønster. Således viser analysen, at følgende karakteristika tilstedeværelse er relevante med henblik på en eventuel klassifikation som økonomisk virksomhed: 1) den måde, hvorpå ordningen fungerer, herunder om kapitaliserings- eller omfordelingsmetoden anvendes; 2) beslutningsmekanismen og de økonomiske faktorer, som influerer på bidragenes og ydelsernes størrelse; og 3) ordningens solidariske elementer.¹⁰³ Med andre ord vil EF-Domstolen antageligvis ikke erklære en enheds administration af en ordning, der er baseret på: 1) omfordelingsmetoden; 2) manglende mulighed for at påvirke bidragenes størrelse, midlernes anvendelse eller ydelsernes størrelse; og 3) en meget høj grad af solidaritet, for at være omfattet af virksomhedsbegrebet. Følgende karakteristika er omvendt næppe relevante: 1) den måde, hvorpå ordningen eller forvaltningsorganet er blevet oprettet, og ordningens retlige status; 2) bestemmelserne om, hvordan forvaltningsorganet skal sammensættes, de begrænsninger, som det er undergivet med hensyn til investeringer, og den måde, hvorpå det kontrolleres af de offentlige myndigheder; 3) om organet har et socialt formål; og 4) om organet arbejder med vinding for øje eller ej.¹⁰⁴ Det skal iagttages, at EF-Domstolens vægtning af de nævnte kriterier eller karakteristika har varieret over tid, hvorfor en vis usikkerhed må påhæftes som gældende derfor.

De liberale erhverv må anses for sædvanligvis omfattet af virksomhedsbegrebet. Således er advokater, speciallæger og toldklarerere anset for omfattet deraf. I afgørelserne har EF-Domstolen lagt vægt på, om tjenesteydelser tilbydes mod vederlag og om de nævnte aktører bærer de økonomiske risici, der er forbundet med den pågældende form for virksomhed. Sidstnævnte kriterium må anses for at tjene til udskillelse fra arbejdstagerbegrebet. Når fysiske personer optræder som virksomheder, må der sondres mellem aktiviteter, der vedrører deres erhvervssfære og aktiviteter, der vedrører deres personlige sfære. Kun når disse personer optræder i førstnævnte sfære, er de omfattet af konkurrencereglerne.

¹⁰³⁾ Se også Forslag til afgørelse i Sag 67/96, Forenede sager C-115/97 og C-117/97 og Sag C-219/97, Albany, m.fl., fra generaladvokat F. G. Jacobs, fremsat den 28. januar 1999, pkt. 337-347.

¹⁰⁴⁾ Se også Forslag til afgørelse i Sag 67/96, Forenede sager C-115/97 og C-117/97 og Sag C-219/97, Albany, m.fl., fra generaladvokat F. G. Jacobs, fremsat den 28. januar 1999, pkt. 333-336.

3. Dommen om de tyske sygekasser (AOK-sagen)

Dommen om de tyske sygekasser, d.v.s. *AOK-sagen*, afsiges i foråret 2004 og udgør det nyeste bidrag til afgrænsningen af virksomhedsbegrebet. Den udgør samtidig en af de relativt få afgørelser, hvor EF-Domstolen når frem til, at der ikke er tale om en virksomhed. Den må i øvrigt anses for at have en forholdsvis høj præjudikatsværdi, idet hele 11 dommere har deltaget i dens afsigelse.

Der er tale om forenede sager, idet såvel Oberlandesgericht Düsseldorf og Bundesgerichtshof hver i medfør af art. 234 EF har forelagt EF-Domstolen adskillige præjudicielle spørgsmål ved hver to kendelser. Spørgsmålene er blevet rejst i forbindelse med en række retssager mellem på den ene side visse sygekasseorganisationer¹⁰⁵ og på den anden side visse lægemiddelproducenter.¹⁰⁶

Sagens kerne er i al korthed lovligheden af sygekassernes fastsættelse af maksimumsbeløb for sygekassernes afholdelse af udgifter til medicin og hjælpemidler. Maksimumsbeløbene har den ganske håndgribelige betydning, at sygekasserne kun betaler for lægemidlerne på det apotek, der har udleveret lægemidlerne til et medlem, hvis deres pris er lavere eller svarer til det faste maksimumsbeløb. Hvis prisen overstiger maksimumsbeløbet, skal medlemmet selv betale forskellen mellem dette beløb og lægemidlets salgspris.

Sygekassernes fastsættelse af faste maksimumsbeløb sker i henhold til national lovgivning, der bl.a. rummer forskrifter for den præcise procedure, som skal iagttages ved fastsættelsen. Første trin involverer en fastlæggelse af de grupper af lægemidler, for hvilke der skal fastsættes faste maksimumsbeløb. På det andet trin skal selve maksimumsbeløbene for hver kategori fastsættes. Ansvarlig for første trin er forbundsudvalget for læger og sygekasser, hvorimod det alene er sygekasseorganisationerne, der i fællesskab er ansvarlige for det andet trin. Visse krav stilles til fastsættelsen, herunder om udnyttelse af alle lønsomhedsreserver hos lægemiddelproducenterne, udløsning af en effektiv priskonkurrence, m.m.

De involverede lægemiddelproducenter anlægger sag mod de relevante sygekasseorganisationer om, at sidstnævnte skal undlade at anvende de faste maksimumsbeløb, der angår dem, samt betale erstatning for tab. I forbindelse med disse retssagers forløb forelægger de involverede nationale retter en række præjudicielle

¹⁰⁵⁾ D.v.s. AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft og See-Krankenkasse.

¹⁰⁶⁾ D.v.s. Ichtyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co., Mundipharma GmbH, Gödecke GmbH og Intersan, Institut für pharmaceutische und klinische Forschung GmbH.

spørgsmål for EF- Domstolen. Denne sammenfatter disse spørgsmål til følgende fire spørgsmål:

1. "Skal sammenslutninger af sygekasser, såsom de i hovedsagerne omhandlede sygekasseorganisationer, anses for virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder i artikel 81 EF's forstand, når de fastsætter maksimumsbeløb svarende til det maksimumsbeløb for lægemidler, som sygekasserne afholder udgifterne til?" ¹⁰⁷
2. "Såfremt dette første spørgsmål besvares bekræftende: Handler disse sammenslutninger i strid med bestemmelserne i artikel 81 EF, når de træffer afgørelser med henblik på fastsættelsen af disse beløb?" ¹⁰⁸
3. "Såfremt dette andet spørgsmål besvares bekræftende: Finder undtagelsen i artikel 86, stk. 2, EF, anvendelse for så vidt angår disse afgørelser?" ¹⁰⁹
4. "Såfremt der foreligger tilsidesættelse af traktatens konkurrenceregler, består der da i forhold til sådanne sammenslutninger krav om ophør med den skadevoldende omstændighed og om erstatning for det lidte tab?" ¹¹⁰

Om det første spørgsmål gør sygekasseorganisationerne og Kommissionen gældende, at der ikke er tale om virksomheder i art. 81 EF's forstand, hvorimod lægemiddelproducenterne gør det modsatte synspunkt gældende. EF-Domstolen når som kort nævnt ovf. frem til, at der ikke er tale om virksomheder i bestemmelsens forstand. Argumentationen, der fører til denne konklusion, tager sit udgangspunkt i princippet om, at: "...begrebet virksomhed inden for konkurrenceretten omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde." ¹¹¹ Der henvises til Höfner- og Cisa-sagerne, som kilder til sætningens etablering.

Herefter indkredser EF-Domstolen den nødvendige vurdering til kun at skulle tage sit afsæt i de sager, der er afsagt på socialsikringsområdet. Mere præcist henvises til Poucet og Pistre-, Cisa-, FFSA- og Albany-dommene. På grundlag af en opsummering af de væsentligste principper, der kan udledes af disse domme, argumenterer EF-Domstolen således:

"Det bemærkes, at i lighed med de organer, der var genstand for den sag, der gav anledning til Poucet og Pistre-dommen, medvirker sygekasserne under den lovbestemte tyske sygesikringsordning ved administrationen af den offentlige sociali-

¹⁰⁷⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 32.

¹⁰⁸⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 32.

¹⁰⁹⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 32.

¹¹⁰⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 32.

¹¹¹⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 46.

kring. I den forbindelse udfører de en funktion af rent social karakter, der bygger på princippet om national solidaritet, og drives ikke med vinding for øje.

Det skal navnlig understreges, at sygekasserne er retligt forpligtet til at yde deres medlemmer obligatoriske ydelser, som i det væsentlige er identiske, og som er uafhængige af bidragenes størrelse. Nævnte sygekasser har således ingen mulighed for at yde indflydelse på disse ydelser.

I forelæggelseskendelserne har Bundesgerichtshof i den forbindelse anført, at sygekasserne er organiseret i en slags solidaritetsfællesskab ('Solidargemeinschaft'), som gør det muligt for dem at foretage en form for udligning mellem dem for så vidt angår omkostninger og risici. I henhold til SGB V's § 265 ff. sker der således udligning mellem de sygekasser, hvis udgifter er lavest, og de sygekasser, der dækker de mest omkostningstunge risici, og hvis udgifter, der er forbundet hermed, er størst.

Sygekasserne konkurrerer således hverken indbyrdes eller med private selskaber med henblik på leveringen af de lovbestemte ydelser vedrørende behandling eller lægemidler, som udgør deres væsentligste funktion.”¹¹²

På denne baggrund statuerer EF-Domstolen, at de involverede sygekasser ligner de organer, der var omtvistede i Poucet og Pistre-dommen og Cisol-dommen, hvorfor deres virksomhed skal anses for at være af ikke-økonomisk art og derfor heller ikke virksomheder i art. 81 og 82 EF's forstand.¹¹³ Det understreges, at det forhold, at sygekasserne råder over en frihed i henseende til fastsættelse af bidragssatserne og på at indgive sig på en vis konkurrence med henblik på at tiltrække medlemmer, ikke ændrer på nævnte konklusion.¹¹⁴

Hertil følger EF-Domstolen, at det er nødvendigt at undersøge, om sygekasseorganisationernes fastsættelse af faste maksimumsbeløb er forbundet med sygekassernes opgaver af rent social karakter, eller om fastsættelsen falder uden for dette område og således udgør virksomhed af økonomisk art.¹¹⁵ Begrundelsen herfor er, at det ikke kan udelukkes, at sygekasserne og de organer, som repræsenterer dem, dvs. sygekasseorganisationerne, ud over deres rent sociale opgaver inden for rammerne af forvaltningen af den tyske sygesikringsordning, udøver anden virksomhed, som har et andet formål end et socialt formål, og som kan være af øko-

¹¹²⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 51-55.

¹¹³⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 55 og 57.

¹¹⁴⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 56.

¹¹⁵⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 59.

nomisk art.¹¹⁶ I sådanne tilfælde er det EF-Domstolens opfattelse, at der kan være tale om vedtagelser mellem virksomheder eller inden for sammenslutninger af virksomheder.¹¹⁷

Undersøgelsen falder dog ud til sygekasseorganisationernes fordel, idet de, når de:

“...fastsætter de faste maksimumsbeløb, handler de alene med henblik på at opfylde en forpligtelse, som påhviler dem i medfør af SGB VB's § 35 med henblik på at sikre den tyske socialsikringsordnings varige beståen. Denne bestemmelse fastsætter således på detaljeret måde de betingelser, der gælder for fastsættelsen af nævnte beløb, og angiver nærmere, at sygekasseorganisationerne skal iagttage visse krav om kvalitet og rentabilitet. SGB V bestemmer ligeledes, at hvis de nævnte organisationer ikke kan nå til enighed om en fastsættelse af de faste maksimumsbeløb, tilkommer det vedkommende minister at fastsætte dem. Således er det alene de faste maksimumsbeløbs størrelse, der ikke er fastsat ved lov, men som fastsættes af sygekasseorganisationerne under hensyn til kriterier, som er fastlagt af lovgiver. Desuden råder sygekasseorganisationerne herved over et vist skøn, men dette vedrører det maksimumsbeløb, som sygekasserne afholder udgifterne til, hvilket er et område, hvor sygekasserne ikke konkurrerer indbyrdes. Det følger heraf, at sygekasseorganisationerne ved fastsættelsen af disse faste maksimumsbeløb ikke forfølger en egen interesse, der kan adskilles fra sygekassernes rent sociale formål. Tværtimod opfylder de nævnte organisationer ved denne fastsættelse en forpligtelse, som i det hele er forbundet med sygekassernes virksomhed inden for rammerne af den tyske lovbestemte sygesikringsordning. Det må derfor fastslås, at sygekasseorganisationerne ved fastsættelsen af de faste maksimumsbeløb alene udfører en forvaltningsopgave vedrørende den tyske socialsikringsordning, som er pålagt dem ved lov, og at de ikke handler som virksomheder, der udøver økonomisk virksomhed.”¹¹⁸

Fordi det første spørgsmål således besvares med, at der ikke er tale om virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder i art. 81 EF's forstand, når de fastsætter faste maksimumsbeløb svarende til den maksimumspris for lægemidler, som sygekasserne afholder udgifterne til, finder EF-Domstolen ikke anledning til at besvare de øvrige spørgsmål.

¹¹⁶⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 58.

¹¹⁷⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 58.

¹¹⁸⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 61-64.

5. AOK-sagen smh. m. tidligere praksis samt kritik i øvrigt

Overordnet gælder fortsat, at hovedkriteriet ved en vurdering er spørgsmålet, om der er tale om en enhed, der udøver økonomisk virksomhed. Argumentationen i dommen kan herudover siges at udgøre en slags to-trins-test, hvor første trin vedrører en undersøgelse af, om den eller de involverede organisationer er virksomheder, når de leverer ydelser og det andet trin en undersøgelse af, om den eller de omtvistede konkurrencebegrænsende aktiviteter er omfattet af de involverede organisationers opgaver af rent social karakter. Disse to trin er i et vist omfang identiske med de første to trin i en tre-trins-test, der præsenteres af generaladvokat Jacobs i dennes forslag til afgørelse af sagen.¹¹⁹ Hver af disse to trin skal nu underkastes en nærmere vurdering.

Hvad angår det første trin, kan det iagttages, at EF-Domstolen lægger særlig vægt på følgende kriterier: 1) om organet har et socialt formål; 2) ordningens solidariske elementer; 3) om organet arbejder med vinding for øje eller ej; og 4) beslutningsmekanismen og de økonomiske faktorer, som influerer på bidragenes og ydelsernes størrelse. Ved en sammenligning med konklusionerne til analyseme ovf. i afsnit 2 blev det andet og fjerde kriterium også her anset for at være af afgørende betydning, hvorimod det første og det tredje kriterium blev anset for ikke at være absolut relevante. Således afviger dommen eksempelvis fra september-trilogien, jf. ovf., hvor det ikke blev tillagt afgørende vægt, at de involverede fonde ikke handler med gevinst for øje, at der er visse elementer af solidaritet involveret, at der forfølges et socialt formål, og der gælder visse begrænsninger og kontrol med hensyn til foretagne investeringer.

Hertil kommer, at det i afgørelsen påpeges, at sygekasserne ikke konkurrerer indbyrdes eller med private selskaber. Samtidig anføres det dog, at de råder over en vis frihed i henseende til fastsættelse af bidragssatserne og på at indgive sig på en vis konkurrence med henblik på at tiltrække medlemmer, hvilket dog ikke skal påvirke den overordnede konklusion. Om det problematiske heri kritiserer Lasok: "...the German sickness funds *could* control their contributions and the German legislature had provided for such control precisely so that competition between the funds on contribution rates would encourage the funds to operate efficiently.

¹¹⁹⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 24: "Der er tre trin i besvarelsen af dette spørgsmål. Først skal det undersøges, om de sygekasser, som appellerne repræsenterer, er virksomheder, når de leverer sygesikringsydelser. Er dette tilfældet, skal det dernæst afgøres, om fastsættelsen af faste beløb som udgangspunkt er omfattet af sygekassernes økonomiske virksomhed. Endelig skal det undersøges, om appellerne optræder som sammenslutninger af virksomheder, når de fastsætter de ensartede faste beløb, som sygekasserne derefter anvender." Det sidste trin bliver p.g.a. konklusionerne ved de første to trins undersøgelser ikke nødvendige at håndtere.

That problem was dismissed with the laconic observation that it did not call the ECJ's analysis into question.”¹²⁰ Det skal fremhæves, at EF-Domstolens konklusion er modsat generaladvokat Jacobs, der i sit forslag til afgørelse finder, at der er tale om virksomheder. Denne lægger vægten på konkurrenceelementet og er således af den opfattelse, at den omtvistede ordning utvivlsomt har:

“...en række træk til fælles med de ordninger, som var omhandlet i Poucet og Pistre-dommen og Cisal-dommen. Imidlertid adskiller den tyske ordning sig efter min opfattelse også fra disse på grund af nogle særlige træk, hvorved der indføres en vis konkurrence mellem sygekasserne indbyrdes og mellem sygekasserne og private forsikringsselskaber, og som derved viser, at omfordelingselementet ikke er så udpræget, at det udelukker, at der kan være tale om økonomisk virksomhed. For det første er der, som anført af Bundesgerichtshof i forelæggelseskendelsen og som anerkendt af appellanterne selv under retsmødet, en vis priskonkurrence mellem sygekasserne. Arbejdstagerne kan vælge, hvilken sygekasse de vil tilsluttes. Sygekasserne fastsætter selv størrelsen af de bidrag, de opkræver af de forsikrede. Der er derfor en vis forskel på bidragenes størrelse fra sygekasse til sygekasse. Solidariteten sikres tilsyneladende gennem en mekanisme (Risikostruktureausgleich), som skal udligne eventuelle forskelle i den risikograd, som de forskellige sygekasser bærer, således at de kan konkurrere uden herved at komme til at underminere ordningens omdelingsfunktion. Hvis nogle sygekasser har en medlemssammensætning, som giver uforholdsmæssigt store medicinudgifter, skal de andre sygekasser bidrage til disse større udgifter. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i Cisal-sagen [fodnote udeladt], kan det forhold, at størrelsen af ydelserne i henhold til en ordning fastsættes ved lov, som det er tilfældet her, ikke i sig selv bevirke, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse. I flere økonomiske sektorer har lovgiver på forhånd fastsat bestemte obligatoriske egenskaber for de tjenesteydelser eller varer, der skal leveres af virksomhederne. Så længe de pågældende virksomheder kan konkurrere f.eks. på prisen for disse varer eller tjenesteydelser, udøver de økonomisk virksomhed. Ifølge de appelindstævnte er der for det andet mulighed for en vis konkurrence mellem sygekasserne hvad angår de ydelser, de tilbyder. Grundniveauet for ydelserne er ganske vist fastsat ved lov, men ifølge de appelindstævnte kan sygekasserne i nogen grad selv bestemme, hvordan de vil opfylde deres forpligtelser. De kan for eksempel selv bestemme, om de vil tilbyde visse supplerende og forebyggende behandlinger. Hvis de appelindstævnets anbringender er korrekt, kan sygekasserne således differentiere sig for at forsøge at blive mere attraktive for de forsikrede. Endelig konkurrerer sygekasserne og de private udbydere af sygeforsikringer som anerkendt af appellanterne under retsmødet, klart med hinanden om de arbejdstagere, som ikke skal være tilsluttet den lovbestemte sygeforsikring.”¹²¹

¹²⁰⁾ Jf. Lasok, K. P. E., “When is an Undertaking not an Undertaking?”, *European Competition Law Review* 2004, 383.

¹²¹⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 37-41.

Sagen viser, at konkurrenceelementet må formodes at have en betydning, uden at det overhovedet er klart, hvorledes det skal måles eller hvor megen vægt EF-Domstolen reelt vil tillægge det.

Hvad angår det andet trin fokuserer EF-Domstolen på en undersøgelse af, om sygekasseorganisationernes fastsættelse af faste maksimumsbeløb er forbundet med sygekassernes opgaver af rent social karakter eller om fastsættelsen heraf falder uden for dette område og således udgør virksomhed af økonomisk karakter. EF-Domstolen finder, at den førstnævnte situation er foreliggende. Vægten lægges på, at sygekasseorganisationerne kun handler med henblik på at sikre den forpligtelse, der påhviler dem i henhold til national lov og at de ikke forfølger en egen interesse, der kan adskilles fra deres rent sociale formål. I forlængelse heraf er kernen i argumentationen, at de alene udfører en forvaltningsopgave.

Dette trins tilføjelse må formentlig forstås i sammenhæng med det ovf. angivne om, at en given enhed ganske vist kan betragtes som en virksomhed i sin helhed, men at det i visse tilfælde imidlertid kun er visse dele af enhedens aktiviteter, der betragtes som økonomisk virksomhed. Den resterende del af enhedens aktiviteter betragtes da typisk som udøvelse af offentlig myndighed. I dette tilfælde er det da hovedaktiviteten, der består i udøvelse af offentlig myndighed, og hvor EF-Domstolen vil sikre sig, at der ikke foreligger en biaktivitet, der udgør økonomisk virksomhed. Trinet kan ses som en slags ekstra kontrol af, om enkelte af de aktiviteter som en enhed udfører som led i sin offentlige myndighedsudøvelse, måtte være udtryk for økonomisk virksomhed.

Til denne del af dommen må bemærkes, at dens konsekvenser ikke umiddelbart er helt gennemskuelige. Det må således have i erindring, at den betragtede aktivitet i sig selv er stærkt konkurrencebegrænsende. Til støtte for dette synspunkt kan nævnes, at generaladvokat Jacobs anfører, at der er tale om en prisfastsættelse, der både har til formål og til følge at begrænse konkurrencen på markedet for lægemidler i art. 81, stk. 1's forstand.¹²² Jacobs anvender i denne forbindelse betegnelsen "købspriskartel".¹²³ Når EF-Domstolen kategoriserer aktiviteten som "...en forvaltningsopgave vedrørende den tyske socialsikringsordning, som er pålagt dem ved lov", hvorefter sygekasseorganisationerne ikke handler som virksomheder, der udøver økonomisk virksomhed, er det uklart, om dommen kan ses som en generel udelukkelse fra konkurrencereglerne anvendelse af de aktiviteter, der måtte være pålagt virksomheder ved lov. Med andre ord er det uklart, om

¹²²⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 67ff.

¹²³⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 69.

dommen kan læses som, at *state action*-doktrinen - vedrørende nationale myndigheders forpligtelse til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende regler - i mange tilfælde ikke længere vil være af betydning.¹²⁴ I givet fald ville dette betyde, at megen national regulering med konkurrencebegrænsende virkninger ikke længere er i fare for at blive erklæret for at være i strid med *state action*-doktrinen. Imidlertid må opmærksomhed samtidig have på, at der muligvis skal sondres mellem de situationer, hvor hovedaktiviteten i sig selv anses for omfattet af virksomhedsbegrebet og hvor den i sig selv ikke anses for omfattet, således at udelukkelsen kun er anvendelig i sidstnævnte situation, jf. altså muligvis AOK-sagen.

Udover en kommentering af de to trin i dommen synes det nødvendigt at overveje, hvorfor dommens udfald bliver det modsatte af indholdet af den almindeligvis højt respekterede generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, visse elementer af præcedens og muligvis også en mere bogstavelig forståelse af virksomhedsbegrebets indhold.¹²⁵ En mulig forklaring kunne være, at EF-Domstolen, hvis den havde fundet, at organisationerne var omfattet af virksomhedsbegrebet, ville være nødsaget til at anse aktiviteten for at være i strid med art. 81 EF. Disse organisationer ville muligvis kunne se sig selv immune herfra under henvisning til det såkaldte *state action*-defense (princippet om straffrihed som følge af statslig regulering).¹²⁶ Samtidig ville den nationale regulering dog kunne anses for at være i

¹²⁴⁾ Om *state action*-doktrinen, se især Neergaard, U., *Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States* (Kbh.: DJØF Publishing Copenhagen, 1998).

¹²⁵⁾ Smh. m. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 53, der anfører: "Indeed, explaining to a layman that State social security activities are not economic activities is difficult, as it goes against the most basic common sense. Explaining it to a jurist is no easier".

¹²⁶⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 72ff. Denne opsummerer om princippet i pkt. 73: "Artikel 81 EF tager kun sigte på konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ. Såfremt virksomhederne pånødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som berøver dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder artikel 81 EF ikke anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen ikke, som det forudsættes i denne bestemmelse, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side [fodnote udeladt]. For at kunne påberåbe sig princippet om straffrihed som følge af statslig regulering skal virksomhederne derfor godtgøre, at der efter den nationale lovgivning ikke er mulighed for en konkurrence, som kan begrænses ved en selvstændig adfærd fra deres side [fodnote udeladt]. Som det fremgår af Domstolens praksis, skal dette kriterium anvendes restriktivt. [fodnote udeladt]."

strid med *state action*-doktrinen.¹²⁷ Det kan derfor muligvis formodes, at det kan have været af stor betydning for EF-Domstolen ikke at lade ordningen - der udgør et væsentligt element i en veludviklet velfærdsstat - som værende i strid med traktatens bestemmelser. Dette kan således være et bud på, hvorfor endnu en dom om virksomhedsbegrebet ikke til fulde passer ind i det vel ellers efterhånden dominerende mønster blandt domme. Således må det på indeværende udviklings-trin anses for almindeligvis problematisk på fundamental vis at angribe indholdet af Medlemsstaternes organisation, herunder finansieringen, af sundhedsvæsenet. Det er således formentlig lettere at bøjé forståelsen af virksomhedsbegrebet, end hvad der udgør en overtrædelse af art. 81, stk. 1 EF og *state action*-doktrinen.

For tilhængere af et så bredt virkefelt for konkurrencebestemmelserne som muligt er dommens udfald uheldigt (og omvendt). Virksomhedsbegrebets afgrænsning kan således ses som værende væsentlig i henseende til ikke-anvendelighed i forhold til såkaldte offentlige konkurrencebegrænsninger. Ved en bred forståelse kan flere af disse rammes (og omvendt).

Det vil af visse anses for problematisk, når organer/aktiviteter kategoriseres som værende udenfor virksomhedsbegrebet, når dette ses i sammenhæng med, at en del Medlemsstater i disse år bestræber sig på at overdrage forskellige samfund-sopgaver udenfor eget regi netop for at trække på den effektivitet, der herved formodes opnåelig på det frie marked. En sådan effektivitet synes dog kun opnåelig bl.a. såfremt konkurrenceretten også i sådanne situationer står ved magt. Art. 86, stk. 2 EF, kan antageligvis påberåbes med henblik på at bringe organet/aktiviteten udenfor rækkevidde, dvs. til at opnå en beskyttelse fra konkurrencerettens eventuelle uhensigtsmæssige indgriben.¹²⁸

¹²⁷⁾ Smh. hermed Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 85, hvor det anføres: "Hvis princippet om straffrihed som følge af statslig regulering kan påberåbes, ifalder appellerne ikke ansvar i den foreliggende sag. Det skal dog erindres, at de bestemmelser i tysk ret, der finder anvendelse, måske i sig selv kan anfægtes under henvisning til, at de indebærer en tilsidesættelse af den forpligtelse, der påhviler medlemsstaterne i henhold til artikel 3, stk. 1, litra g), EF samt artikel 10 EF og 81 EF [fodnote udeladt], idet de dog eventuelt kan begrundes med henvisning til artikel 86, stk. 2, EF. Ifølge Domstolens faste praksis må en medlemsstat ikke foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler i strid med artikel 81 EF eller forstærke sådanne aftalers virkninger, eller berøve sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention [fodnote udeladt]."

¹²⁸⁾ Smh. hermed Forslag til afgørelse i Sag C-343/95, Diego Cali & Figli mod Servizi ecologici porto di Genova (SEPG), fra generaladvokat Cosmas fremsat den 10. december 1996, pkt. 47-49; og Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 72ff, hvor det anføres om AOK-sagen: "En sådan fælles fastsættelse er i henhold til artikel 86, stk. 2, EF ikke omfattet af Fællesskabets konkurrenceregler, medmindre det kan godtgøres, at den

4. Konklusion

At afgøre, hvorvidt et organ udgør en virksomhed eller ej, vil i visse tilfælde kræve stor omtanke. Opfattelsen deraf kan ovenikøbet variere over tid, således at aktiviteter, der på et givent tidspunkt af alle opfattes som statslige opgaver, på et andet tidspunkt kan opleves gjort til genstand for en privatisering.¹²⁹ At det fra ovenstående analyse således må konstateres, at EF-Domstolens praksis på dette område ingenlunde synes at have fundet sig et endeligt og dermed forudsigeligt leje, er således ikke helt overraskende. De kriterier, som EF-Domstolen lægger for dagen, må samtidig ses at være udtryk for en større og større grad af kompleksitet. Således udtrykker Lasok: "Where the dividing line now lies between entities that are undertakings and entities that are not is virtually impossible to identify with any degree of precision.... it is highly questionable that the solution found by the ECJ in *AOK* provides a workable answer to the question when is an undertaking not an undertaking."¹³⁰ På den anden side er det givetvis nødvendigt at acceptere en relativ og dynamisk forståelse af virksomhedsbegrebet, således at det er vanskeligt at opstille en fuldstændig ideal løsning på, præcist hvad der udgør økonomisk virksomhed.¹³¹ Lidt nærmere en sådan er dog uægteligt ønskværdigt, da den nuværende retstilstand består af en række forskellige kriterier, som der øjensynligt ikke består et fast hierarki iblandt. Derved har EF-Domstolen - groft

udgør en åbenbart uforholdsmæssig metode til at sikre, at sygekasserne er i stand til at udføre deres opgave af almindelig økonomisk interesse uden at bringe den økonomiske ligevægt i fare. Det tilkommer de nationale retter at afgøre, om denne betingelse er opfyldt." I visse sager forekommer EF-Domstolen ikke helt stringent at sondre mellem spørgsmålet om virksomhedsbegrebet og "retfærdiggørelse" i h.t. art. 86, stk. 2 EF. I samme retning, se Gyselen, L., "Case C-67/96, *Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; Joined Cases C-115-117/97, *Brentjens 'Handel' v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen*; and Case C-219/97, *Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en havenbedrijven*. Judgments of the Full Court of 21 September 1999, not yet reported", *Common Market Law Review* 2000, 439. Muligvis kan det såkaldte sammenhængskriterium opstillet i Wouters-dommens præmis 97 også have interesse, jf. Neergaard, U., "EU-konkurrenceret og national regulering af advokaterhvervet", *Europarättsligt Tidsskrift*, Nr. 3, 2002, pp. 498-513.

¹²⁹⁾ Smh. hermed Drijber, B. J., "Case C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH v. European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol)*, [1994] ECR I-43", *Common Market Law Review* 1995, 1042.

¹³⁰⁾ Jf. Lasok, K. P. E., "When is an Undertaking not an Undertaking?", *European Competition Law Review* 2004, 385.

¹³¹⁾ Smh. m. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 46.

sagt - mere eller mindre frie rammer til at fastsætte nærværd hvilken som helst afgørelse i henseende til virksomhedsbegrebet.¹³²

¹³²⁾ Jf. også Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 55.

Udkastet til global domskonvention

Peter Arnt Nielsen*

1. Udkastet til global domskonvention

Haagerkonferencen for International Privatrecht (Haagerkonferencen) indkaldte i 1997 dens medlemsstater til forhandlinger om en global domskonvention, der skal skabe fri bevægelighed for domme mv. i civilretlige sager, herunder handelssager.¹

Grundlaget for de første års forhandlinger var *en dobbelt konvention*, dvs. en konvention, der dels harmoniserer reglerne om international kompetence, dels reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme. Forbilledet var EF-domskonventionen, der er en regional succes.² Imidlertid havde navnlig USA vanskeligt ved at acceptere et instrument, der indeholdt bindende regler om international kompetence, der samtidig skulle erstatte de kontraherende staters egne regler om international kompetence.

Herefter arbejdede Haagerkonferencen videre med *en blandet konvention*, der minder meget om en dobbelt konvention, men samtidig gør reglerne i konventionen til alternativer til national ret i stedet for erstatning for national ret. Den blandende konvention gør både kompetence- samt anerkendelses- og fuldbyrdel-

*) Medlem af den danske delegation til forhandlingerne om den globale domskonvention under Haagerkonferencen for International Privatrecht.

¹⁾ De til arbejdet knyttede officielle dokumenter fås på Haagerkonferencens hjemmeside www.hcch.net under "Work in progress/Judgments project".

²⁾ Jf. konvention af 27. september 1968 med senere ændringer (nu forordning nr. 44/2001).

sesreglerne valgfrie for sagsøger hhv. domhaver. Også den blandede konvention måtte opgives som følge af omfattende uenighed mellem navnlig EU og USA om centrale spørgsmål.³

I stedet er der udarbejdet en "minimums-løsning" bestående af en konvention om fri bevægelighed for domme afsagt af en domstol, hvis kompetence beroede på en eksklusiv værnetingsaftale, dvs. en *prorogationskonvention*.⁴ Det centrale i denne model er, at kun domme, hvor domstolens kompetence skyldtes en eksklusiv værnetingsaftale, er berettigede til anerkendelse og fuldbyrdelse under konventionen. Hvorvidt domme afsagt på andet kompetencegrundlag, f.eks. sagsøges bopæl i domsstaten, kan anerkendes og fuldbyrdes i de kontraherende stater, afgøres, som efter gældende ret, efter national ret i den enkelte konventionsstat.

Det nye udkast, der blev færdigt i april 2004, er radikalt anderledes end de hidtil drøftede modeller. I struktur og indhold minder udkastet meget om New York-konventionen om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser.⁵ Det nye udkast indeholder regler, der dels sikrer håndhævelse af eksklusive værnetingsaftaler, dels sikrer anerkendelse og fuldbyrdelse af domme afsagt af domstole, hvis kompetence grundedes på en eksklusiv 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. New York-konventionen er vel nok den største internationale succes på handelsrettens område.⁶

Haagerkonferencens arbejde med prorogationskonventionen blev ledet af netop afdøde advokat, dr.jur. Allan Philip, hvis indsats har været afgørende for de meget positive forhandlinger om denne model. Prorogationsmodellen kan, hvis den vedtages, få samme udbredelse som New York-konventionen.

³⁾ Forløbet af de hidtidige forhandlinger om de enkelte konventionsmodeller er beskrevet af Peter Arnt Nielsen, *Juristen* 2000, s. 382 ff, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2001, s. 158 ff, *Retsvidenskabeligt Tidsskrift* 2001, s. 201 ff med yderligere henvisninger, *Retsvidenskabeligt Tidsskrift* 2002, s. 66 ff, og *Juridisk Institut Julebog* 2003, s. 113 ff.

⁴⁾ Det første udkast til prorogationskonvention fra 2003 er gennemgået af Peter Arnt Nielsen, *Juridisk Instituts Julebog* 2003, s. 113 ff. I modsætning til det foreliggende udkast, der kun omfatter eksklusive værnetingsaftaler, gjaldt 2003-udkastet også for andre værnetingsaftaler, hvorfor 2003-udkastet bl.a. indeholdt regler om *litis pendens* mv. I det nye udkast er sådanne regler unødvendige.

⁵⁾ Jf. konvention af 10. juni 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser.

⁶⁾ Konventionen er ratificeret af mere end 150 stater, herunder samtlige EU-stater.

Haagerkonferencen vil indkalde sine medlemmer til en diplomatkonference om udkastet til global domskonvention (Udkastet) til afholdelse i løbet af 2005. På konferencen foretages de afsluttende forhandlinger om Udkastet, der suppleres af et udkast til forklarende rapport (Rapportudkastet).⁷

2. Anvendelsesområde

Udkastets anvendelsesområde er fastlagt i konventionens kap. I (art. 1-4), der også indeholder forskellige definitioner samt krav til værnetingsaftalen mv.

2.1. Anvendelsesområde

Udkastets anvendelsesområde fremgår af art. 1, mens art. 2 oplister en række sagstyper, som konventionen ikke gælder for.

Konventionen gælder i internationale sager for eksklusive værnetingsaftaler i borgerlige sager, herunder handelssager, jf. Udkastets art. 1, stk. 1.

Begrebet ”internationale sager” er defineret i art. 1, stk. 2 og 3. Mens definitionen i stk. 2 kun gælder for sager omfattet af Udkastets kap. 2, dvs. for spørgsmål om kompetence, gælder definitionen i stk. 3 kun for sager om anerkendelse og fuldbyrdelse.

Efter art. 1, stk. 1 er en sag international, medmindre parterne har bopæl i samme kontraherende stat, hvis domstole tillægges kompetence ved aftalen, og alle andre relevante forhold i sagen, uanset hvilken domstol, der er valgt, udelukkende har tilknytning til denne stat. Med andre ord, konventionen anvendes kun enten, hvor en eller flere af parterne ikke har bopæl i den stat, hvis domstole tillægges kompetence, eller hvis et andet forhold i sagen (bortset fra den valgte domstol) har tilknytning til en anden stat.

Rapportudkastet indeholder et eksempel med en eksklusiv værnetingsaftale mellem to tyskere til fordel for de japanske domstole om et retsforhold, der udelukkende har tilknytning til Tyskland. Anlægges sagen i Tyskland, anvendes konventionen ikke, fordi sagen ikke er international. Anlægges sagen derimod i

⁷⁾ Både Udkastet og Rapportudkastet fås på Haagerkonferencens hjemmeside, jf. note 2. Rapportudkastet er udarbejdet af professorerne Trevor C. Hartley, Storbritannien, og Masato Dogauchi, Japan.

Japan, gælder konventionen, fordi sagen, set med japanske øjne, er international.⁸ Som nævnt i Rapportudkastet kan dette føre til modstridende afgørelser mellem de tyske og japanske domstole, hvorfor det på diplomatkonferencen bør afklares, hvorledes der skal forholdes i denne henseende.

Der er i Udkastet heller ikke taget stilling til det tidsmæssige aspekt, dvs. hvornår betingelserne i art. 1, stk. 1 skal være opfyldt. I Udkastet opereres med to muligheder; på tidspunktet for værnetingsaftalens indgåelse eller både på dette tidspunkt og på det tidspunkt, hvor sagen anlægges. Kræves begge betingelser opfyldt, vil konventionen alt andet lige skulle anvendes på flere eksklusive værnetingsaftaler, end hvis kun det førstnævnte tidspunkt anvendes. Navnlig af denne grund bør begge betingelser være opfyldt.

Efter Udkastets art. 1, stk. 3 er en sag i forhold til reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse, jf. Udkastets kap. III, international, hvis der anmodes om anerkendelse og fuldbyrdelse af en fremmed dom, dvs. en dom fra udlandet. Definitionen er meget bred, hvilket er hensigtsmæssigt. En dom kan således blive anerkendt og fuldbyrdet under konventionen, selv om sagen efter art. 1, stk. 2 ikke var international, da dommen blev afsagt.

Udkastet indeholder ikke en definition af ”borgerlige sager, herunder handelssager”. Begrebet er imidlertid et standardudtryk i sådanne konventioner, jf. f.eks. EF-domskonventionens art. 1, stk. 1, hvorfor det ikke skulle give anledning til væsentlige fortolkningsproblemer. Det antages, selv om det ikke er anført i Udkastet, at konventionen ikke gælder sager om skat, told eller administrative anliggender.⁹

Udkastets art. 2 indeholder en liste over sagstyper, der er borgerlige sager eller handelssager, som konventionen ikke gælder for. Uanset disse undtagelser anvendes konventionen, hvis et spørgsmål på et af disse områder kun opstår som et præjudicielt spørgsmål og således ikke som et hovedspørgsmål under sagen, jf. art. 1, stk. 2. Konventionen udelukkes heller ikke, alene fordi en af parterne er en regering eller anden offentlig myndighed, jf. art. 2, stk. 5. På den anden side indebærer konventionen ikke begrænsninger i de folkeretlige regler om immunitet mv., jf. Udkastets art. 2, stk. 6.

De udelukkede retsområder kan opdeles i sagstyper, der angår svage parter, jf.

⁸⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 8.

⁹⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 8 f.

art. 2, stk. 1, og sagstyper, der ikke ligger i kerneområdet for international handel, jf. art. 2, stk. 2.

Konventionen anvendes ikke på eksklusive værnetingsaftaler i forbrugeraftaler, eller i arbejdskontrakter, herunder kollektive aftaler, jf. Udkastets art. 2, stk. 1, litra a og b. Forbrugeraftaler er defineret som aftaler, hvor en part handler til personligt brug, til brug for familien eller til husholdningen. Disse undtagelser skyldes, at mange stater har præceptive regler på disse områder, herunder regler med forbud mod eller begrænsninger i værnetingsaftaler med sådanne svage parter.¹⁰

Konventionen gælder endvidere ikke for sager om følgende, jf. Udkastets art. 2, stk. 2, litra a-l: a) fysiske personers retlige status samt deres rets- og handleevne, b) underholdsbidrag, c) andre familieretlige spørgsmål, herunder formueforholdet mellem ægtefæller og andre rettigheder og forpligtelser, der udspringer af ægteskab eller lignende forhold, d) arveret og testamenter, e) konkurs, akkord og lignende procedurer, f) aftaler om søtransport af personer og gods (og evt. andre søretlige sager), g) antitrust- og konkurrenceret, h) ansvar for atomskader, i) rettigheder over fast ejendom (og evt. lejeaftaler om fast ejendom), j) gyldighed/ugyldighed eller opløsning af juridiske personer og gyldighed af beslutninger truffet af disses organer, k) immaterialret, bortset fra copyright og lignende rettigheder (området er kontroversielt og endnu ikke klart fastlagt), og l) gyldigheden af indførsel i offentlige registre.

Ifølge Udkastets art. 2, stk. 4 anvendes konventionen ikke på voldgift eller dertil knyttede retssager. Formålet hermed er at sikre, at konventionen ikke strider imod eksisterende konventioner om voldgift, navnlig New York-konventionen.¹¹

Forsikringsaftaler, herunder genforsikring, er ikke udelukket for konventionens anvendelsesområde, heller ikke hvis aftalen angår et af de udelukkede emner, jf. art. 2. Det kan overvejes at indsætte en bestemmelse, hvoraf dette fremgår klart, f.eks. i art. 2.¹²

Udkastet regulerer ikke processuelle spørgsmål i de kontraherende stater, bortset fra de i konventionen omhandlede spørgsmål. National procesret afgør derfor

¹⁰⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 9. Jf. f.eks. EF-domskonventionens art. 13-15, og art. 17, samt Domsforordningens art. 15-21 og 23. Sml. retsplejelovens § 245, stk. 2 og § 246, stk. 1, 2. pkt.

¹¹⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 15.

¹²⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 14.

f.eks. spørgsmål om forkyndelse, betydningen af processuelle frister, anke og kære, søgsmålshabilitet, bevis, foreløbige retsmidler osv.¹³

2.2. Definitioner mv.

Udkastets art. 3 indeholder en definition af ”eksklusiv værnetingsaftale”, en fortolkningsregel, regler om form og indførelse af ”the doctrine of separability”.

Ved en eksklusiv værnetingsaftale forstås en aftale mellem to eller flere parter, der opfylder formkravene i art. 3, litra c, og som fastsætter, at domstolene i en kontraherende stat eller en bestemt domstol i en sådan stat, skal have eksklusiv kompetence til at påkende allerede opståede tvister eller fremtidige tvister i anledning af et bestemt retsforhold mellem parterne, jf. art. 3, litra a.

Denne bestemmelse indeholder således fem krav til værnetingsaftalen. Den første betingelse, eksistensen af en aftale, afgøres efter forumstatens lov, herunder dens lovvalgsregler. Konventionen fastsætter i modsætning til f.eks. EF-domskonventionen og Domsforordningen således ikke fælles regler om dette. For det andet skal formkravene i art. 3, litra c være opfyldt, jf. ndf. For det tredje skal værnetingsaftalen tillægge den eller de valgte domstole eksklusiv kompetence, jf. ndf. For det fjerde skal værnetingsaftalen pege på en eller flere domstole i en kontraherende stat, hvilket er et krav om gensidighed. Samme løsning er indeholdt i EF-domskonventionens art. 17 og Domsforordningens art. 23. Peges der på domstolene i en ikke-kontraherende stat, er aftalen ikke omfattet af konventionen, men derimod af forumstatens egne regler om værnetingsaftaler. For det femte skal værnetingsaftalen være konkretiseret til en allerede opstået tvist eller fremtidige tvister i anledning af et bestemt retsforhold. Også dette krav genfindes i EF-domskonventionens art. 17 og Domsforordningens art. 23.

Udkastets art. 3, litra b fastsætter, at en værnetingsaftale, der udpeger domstolene i en kontraherende stat eller en eller flere domstole i en sådan stat, skal anses for at tillægge domstolene eksklusiv kompetence, medmindre aftalen udtrykkeligt siger noget andet. Dette er en fortolkningsregel. Kravene er opfyldt, hvor parterne tillægger ”domstolene i Frankrig” eller ”The Commercial Court of Paris” kompetence. Såkaldte asymmetriske værnetingsaftaler, der anvendes i internationale låneftaler, hvor domstolene tillægges eksklusiv kompetence, hvis en af parterne, typisk långiver, vil anlægge sag, men ikke den anden part (låntager), vil være omfattet af konventionen, hvis långiver anlægger sag efter klausulen, eller hvis låntager anlægger sagen ved den udpegede domstol, men ikke, hvis

¹³⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 14 f.

långiver anlægger sagen ved en anden domstol.¹⁴ Der er i øvrigt ikke taget stilling til, på hvilket tidspunkt det skal afgøres, om værnetingsaftalen er eksklusiv eller ej. Både indgåelsestidspunktet og tidspunktet for sagens anlæg kan være relevante.

Udkastets art. 3, litra c fastsætter formkrav til værnetingsaftalen. Værnetingsaftalen skal være indgået eller bevist skriftligt eller ved brug af ethvert andet kommunikationsmiddel, der gør informationen tilgængelig med henblik på at kunne bruges som efterfølgende reference. Denne sidstnævnte formulering skal gøre det muligt at indgå værnetingsaftalen elektronisk, f.eks. ved brug af fax eller e-mail.

Strengt taget stiller Udkastet ikke krav om, at værnetingsaftalen er underskrevet, men en underskreven aftale vil naturligvis lettere kunne bevise parternes samtykke i aftalen. Kravet om skriftligt bevis for værnetingsaftalen er f.eks. opfyldt, hvor en aftale er indgået mundtligt, den er skriftligt bekræftet, bekræftelsen er modtaget af en af parterne, og denne ikke rejser indsigelse mod aftalen. Disse formkrav er således noget strengere end de, der gælder under EF-domskonventionens art. 17 og Domsforordningens art 23.¹⁵

Formkravene i Udkastets art. 3, litra c er absolutte. De kontraherende stater kan derfor ikke fastsætte strengere krav i national ret, f.eks. at aftalen skal være på et bestemt sprog, specielt fremhævet eller underskrevet af parterne. Tilsvarende er EF-domskonventionens og Domsforordningens formkrav maksimumskrav.

Ifølge udkastets art. 3, litra d skal en værnetingsaftale, der indgår i en kontrakt, anses for en selvstændig aftale, således at værnetingsaftalens gyldighed ikke kan bestrides alene under henvisning til aftalens ugyldighed. Denne "doctrine of separability" kendes fra voldgift, jf. f.eks. art. 16 i UNCITRAL Modelloven om voldgift, og den er særdeles hensigtsmæssig også på domsområdet.¹⁶

En række definitioner er indeholdt i Udkastets art. 4. Ved en dom forstås enhver retsafgørelse truffet af en ret i en kontraherende stat, uanset hvorledes den betegnes, herunder kendelse eller fuldbyrdelsesordre. Det er dog en forudsætning, at retsafgørelsen angår sagens realitet. Foreløbige retsskridt omfattes ikke af definitionen, jf. art. 4, stk. 1.

¹⁴⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 18.

¹⁵⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 19.

¹⁶⁾ Jf. UNCITRAL Modellov af 21. juni 1985 om international handelsvoldgift.

Inden for konventionens anvendelsesområde skal en juridisk person anses for at have hjemsted i en kontraherende stat, hvis den har sit vedtægtsmæssige hjemsted, hovedforretningssted eller administrative hjemsted i en kontraherende stat, eller hvis den juridiske person er etableret eller stiftet efter loven i en kontraherende stat, jf. Udkastets art. 4, stk. 2, litra a-d. Definitionen har navnlig betydning i forhold til art. 1, hvor parternes bopæl (hjemsted) er centralt for konventionens anvendelse, samt art. 19 (visse nægtelsesgrunde). Da det traditionelt ikke har været muligt at opnå enighed om én af de pågældende tilknytningsfaktorer, har man i Udkastet valgt en alternativ metode, således at en juridisk person har hjemsted i en stat, blot én af de nævnte tilknytningsfaktorer er i den pågældende stat. Denne særdeles hensigtsmæssige løsning er inspireret af Domsforordningens art. 60.

3. Kompetence

Udkastets kap. II indeholder reglerne om kompetence. Den helt centrale bestemmelse er art. 5 om den valgte domstols kompetence, hvorefter den valgte domstol som hovedregel skal tage sagen. Art. 5 suppleres af art. 7, der som hovedregel pålægger alle andre domstole end den valgte at afvise søgsmål anlagt i strid med værnetingsaftalen til fordel for den valgte domstol. Også denne bestemmelse er en af Udkastets grundlæggende bestemmelser. Kap. II indeholder endvidere to regler om hhv. udsættelse af sagen i visse tilfælde (art. 6) og foreløbige retsmidler (art. 8).

3.1. Den valgte domstols kompetence

Ifølge Udkastets art. 5, stk. 1 skal den valgte eller de valgte domstole i en kontraherende stat have kompetence til at bedømme en sag omfattet af værnetingsaftalen, medmindre værnetingsaftalen er ugyldig efter den valgte domstols lov. Undtagelsen om værnetingsaftalens ugyldighed er den eneste generelle undtagelse til hovedreglen om, at den valgte domstol skal have kompetence. Henvisningen til den valgte domstols lov omfatter også den pågældende stats lovvalgsregler såvel som statens interne regler. Hvis domstolen f.eks. finder, at værnetingsaftalens gyldighed efter statens lovvalgsregler skal bedømmes efter en anden stats lov, vil gyldigheden blive afgjort af den udpegede lov.¹⁷ Ved ugyldighed

¹⁷⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 21.

forstås navnlig almindeligt anerkendte ugyldighedsgrunde, herunder svig, vildfarelser og bristede forudsætninger, vildledende forhold, tvang og manglende rets- og handleevne.¹⁸

Den efter værnetingsaftalen udpegede domstol eller udpegede domstole efter Udkastets art. 5, stk. 1, må ikke afvise søgsmålet under henvisning til, at sagen burde anlægges i en anden stat, jf. art. 5, stk. 2. Derimod kan domstolen godt henvise sagen til en anden domstol i den valgte stat. Formålet med art. 5, stk. 2 er at udelukke brugen af hhv. doktrinen om forum non conveniens, der ofte anvendes i Common Law-stater, og lis pendens-læren, der ofte anvendes i Civil Law-stater.¹⁹ Herved understreges betydningen og effekten af en eksklusiv værnetingsaftale, der faktisk udelukker anvendelse af disse retsinstitutter, hvorefter en domstol kan hhv. skal afvise en sag.

Udkastets art. 5, stk. 3 fastsætter, at hverken art. 5, stk. 1 eller stk. 2 påvirker forumstatens regler om saglig eller stedlig kompetence. Disse spørgsmål skal således afgøres efter forumstatens egne regler. En værnetingsaftale kan derfor ikke tildele en domstol en kompetence, som den ikke har efter sin egen nationale proceslovgivning. Har f.eks. den valgte domstol ikke saglig kompetence efter sine egne regler, skal den afvise sagen, hvis det følger af national ret. Værnetingsaftalen vil derfor blive betragtet som ugyldig.²⁰

Udkastets art. 5 suppleres af art. 7, hvorefter domstole i andre kontraherende stater end den stat, hvis domstole efter værnetingsaftalen har fået eksklusiv kompetence, som altovervejende hovedregel skal afvise eller udsætte søgsmål anlagt i strid med værnetingsaftalen. Reglen regulerer således den situation, hvor en af parterne uanset værnetingsaftalen anlægger retssag i en anden stat end den stat, hvis domstole efter værnetingsaftalen er tillagt eksklusiv kompetence. Art. 7 omfatter alle sager anlagt i modstrid med værnetingsaftalen, herunder såkaldte "anti-suit injunctions", hvor en part anmoder en domstol at forbyde den anden part at anlægge retssag efter f.eks. værnetingsaftalen.²¹

Er tvisten omfattet af værnetingsaftalen, skal enhver anden domstol end den valgte udsætte eller afvise sagen, medmindre en af de fem undtagelser i art. 7,

18) Jf. Rapportudkastet, s. 21.

19) Jf. Rapportudkastet, s. 22 f.

20) Jf. Rapportudkastet, s. 23.

21) Jf. Rapportudkastet, s. 26.

litra a-e finder anvendelse. Er dette tilfældet, kan domstolen i et andet land end den valgte domstol alligevel antage sagen til bedømmelse.

Dette kan for det første ske, hvor domstolen i den anden stat end den valgte stat finder, at værnetingsaftalen er ugyldig efter loven i den valgte stats lovgivning, jf. art. 7, litra a. Denne bestemmelse modsvarer art. 5, stk. 1.

For det andet kan sagen alligevel antages, hvis en af parterne savnede rets- eller handleevne til at indgå værnetingsaftalen efter loven i den stat, hvor sagen er anlagt i modstrid med værnetingsaftalen, jf. art. 7, litra b. I lighed med art. 5, stk. 1 og art. 7, litra a omfatter henvisningen til statens lov også lovvalgsreglerne. I modsætning til de nævnte bestemmelser er der i art. 7, litra b derimod tale om loven i den stat, hvor sagen er anlagt i modstrid med værnetingsaftalen. En dansk domstol skal således, hvor en sag er anlagt i Danmark i henhold til en eksklusiv værnetingsaftale, bedømme værnetingsaftalens gyldighed efter dansk ret, herunder de danske lovvalgsregler, jf. art. 5, stk. 1. Er sagen anlagt i Danmark i strid med en eksklusiv værnetingsaftale til fordel for f.eks. de amerikanske domstole, skal parternes rets- og handleevne bedømmes efter dansk ret, herunder de danske lovvalgsregler, jf. art. 7, litra b, men amerikansk ret, hvis der rejses spørgsmål om værnetingsaftalens gyldighed, jf. art. 7, litra a. En sag anlagt i Danmark i strid med en værnetingsaftale til fordel for f.eks. de amerikanske domstole, hvor begge indsigelser gøres gældende, vil derfor indebære et kumulativt lovvalg.²²

For det tredje kan en domstol antage en sag i modstrid med en eksklusiv værnetingsaftale, hvor fastholdelse af værnetingsaftalen vil føre til en særdeles væsentlig uretfærdighed ("injustice") eller være i åbenbar modstrid med grundlæggende ordre public-principper i denne stat, jf. art. 7, litra c. Bestemmelsens første led skal i sagens natur kun anvendes undtagelsesvist i særlige tilfælde, f.eks., hvor en af parterne ikke vil få en retfærdig rettergang i den valgte stat, måske på grund af forudindtagede domstole eller korruption, eller hvor værnetingsaftalen blev indgået under udøvelse af svig.²³ Også andet led, hvor der henvises til ordre public, vil kun finde anvendelse i meget begrænset omfang.

For det fjerde kan værnetingsaftalen til fordel for andre domstole undtagelsesvist tilsidesættes, hvis værnetingsaftalen ikke kan efterkommes, jf. Udkastets art. 7, litra d. Dette kan være tilfældet, hvor der er krig i den stat, hvis domstole er valgt, eller hvor den valgte domstol ikke længere eksisterer eller er ændret i så

²²⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 27.

²³⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 27.

fundamental grad, at der ikke længere er tale om den slags domstol, parterne oprindeligt valgte.²⁴

Endelig kan en domstol antage en sag anlagt i modstrid med en værnetingsaftale, hvis den aftalte domstol har afvist at tage sagen, jf. Udkastets art. 7, litra e. Det vil blive overvejet, hvorvidt reglen skal suppleres med en undtagelse, således at reglen ikke anvendes, hvor den valgte domstol har henvist sagen til en anden domstol i den pågældende stat efter art. 5, stk. 3.

3.2. Øvrige kompetenceregler

Udkastets art. 6 er en noget speciel regel, og det vil blive overvejet, hvorvidt den i det hele taget bør medtages i konventionen. Efter art. 6 er konventionen ikke til hinder for, at en valgt domstol udsætter eller afviser en sag, navnlig for at give domstolene i en anden kontraherende stat mulighed for at tage stilling til gyldighed af immaterielle rettigheder stiftet efter den pågældende stats lov, forudsat afvisningen ikke medfører, at sagen ikke genoptages i den valgte stat.

Efter Udkastets art. 8 regulerer konventionen ikke foreløbige retsmidler, hvorfor den hverken kræver eller udelukker de kontraherende staters domstole fra at meddele sådanne retsmidler. Konventionen regulerer derfor ikke, hvorvidt en part kan anmode om iværksættelse af foreløbige retsmidler. Den valgte domstol skal efter sine egne regler afgøre anmodninger om foreløbige retsmidler. Konventionen pålægger imidlertid ikke andre kontraherende stater at anerkende og fuldbyrde sådanne retsmidler. Hvorvidt dette kan ske, afhænger af national ret i disse stater.²⁵ Definitionen af en dom, jf. Udkastets art. 4, stk. 1, omfatter ikke foreløbige retsmidler.

4. Anerkendelse og fuldbyrdelse

Udkastets kap. III indeholder reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme afsagt i en kontraherende stat af en domstol, hvis kompetence beroede på en eksklusiv værnetingsaftale. Art. 9, der er en af Udkastets grundlæggende bestemmelser, indeholder hovedreglen om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme samt seks undtagelser hertil (nægtelsesgrunde). Den suppleres af art. 16 om delvis anerkendelse og fuldbyrdelse samt art. 15 om eksorbitant høje erstatnings-

²⁴⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 28.

²⁵⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 28.

udmålinger. Art. 10 regulerer betydningen af præjudicielle spørgsmål, mens art. 11 omhandler domme afsagt i modstrid med en eksklusiv værnetingsaftale. Art. 12 omhandler retsforlig, mens art. 13-14 regulerer proceduren for anerkendelse og fuldbyrdelse.

4.1. Anerkendelse og fuldbyrdelse

Ifølge Udkastets art. 9, stk. 1 skal en dom afsagt af en domstol i en kontraherende stat, hvis kompetence beroede på en eksklusiv værnetingsaftale, anerkendes og fuldbyrdes i andre kontraherende stater i overensstemmelse med reglerne i konventionens kap. III.

Det er en afgørende betingelse for anerkendelse og fuldbyrdelse af den fremmede dom, at domstolen i domsstaten havde kompetence i medfør af en værnetingsaftale, der tillagde denne eller domstolene i den pågældende stat eksklusiv kompetence. Tiltog domstolen sig kompetence på andet grundlag, er dommen ikke omfattet af konventionen, hvorfor den ikke er berettiget til anerkendelse og fuldbyrdelse efter konventionen. Det gælder selv, hvor domstolen tiltog sig kompetence på grundlag af sagsøgtes sædvanlige opholdssted i domsstaten.

Udkastets art. 9 omfatter kun domme omfattet af definitionen i Udkastets art. 4, stk. 1. Ved en eksklusiv værnetingsaftale forstås kun værnetingsaftaler omfattet af definitionen i art. 4.

En dom kan kun anerkendes under konventionen, hvis den har retskraft i domsstaten, og kun fuldbyrdes, hvis den er eksigibel i domsstaten, jf. Udkastets art. 9, stk. 3. Ophører en doms retskraft, kan dommen efter ophørstidspunktet ikke anerkendes under konventionen.²⁶

Er den dom, der søges anerkendt og fuldbyrdet, ikke endelig, fordi dommen er under anke, eller fordi appel- hhv. fuldbyrdesfristen endnu ikke er udløbet, kan anerkendelse og fuldbyrdelse udsættes eller nægtes, jf. Udkastets art. 9, stk. 4. Nægtelse af anerkendelse og fuldbyrdelse er i sagens natur ikke til hinder for, at begæring på ny indgives, når dommen er blevet endelig.

Også forlig indgået for eller godkendt af en domstol, der havde kompetence i medfør af en eksklusiv værnetingsaftale, kan fuldbyrdes under konventionen, såfremt forliget efter domsstatens lov er eksigibelt på samme måde som en dom i domsstaten, jf. Udkastets art. 12. Reglen gælder kun retsforlig, ikke udenretlige

²⁶⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 34.

forlig. Endvidere hjemler bestemmelsen kun fuldbyrdelse, ikke anerkendelse af retsforlig.

Endelig bestemmer Udkastets art. 16, at en domhaver kan anmode om delvis anerkendelse og fuldbyrdelse af dommen. Dette gælder også, hvor kun dele af dommen er berettiget til anerkendelse og fuldbyrdelse under konventionen. Det er en forudsætning for delvis anerkendelse og fuldbyrdelse, at den pågældende del af dommen kan udskilles uafhængigt af resten af dommen og fremstå tilstrækkeligt selvstændigt i anerkendelses- og fuldbyrdesøjemed.²⁷

4.2. Nægtelsesgrunde

Udkastets art. 9 indeholder seks undtagelser til hovedreglen om anerkendelse og fuldbyrdelse samt et såkaldt materielt revisionsforbud. Yderligere nægtelsesgrunde findes i art. 11 og 15 om hhv. domme afsagt af en domstol i modstrid med en eksklusiv værnetingsaftale og domme, hvori der tilkendes eksorbitant store erstatninger. Art. 10 regulerer betydningen af domme om præjudicielle spørgsmål uden for konventionens anvendelsesområde, og heri er der også indeholdt et par nægtelsesgrunde.

4.2.1. Det materielle revisionsforbud

Konventionsudkastet indeholder i art. 9, stk. 2 et materielt revisionsforbud, hvorefter domstolene i anerkendelses- og fuldbyrdesstaten ikke må revidere den fremmede dom for så vidt angår dens resultat. Revisionsforbudet gælder dog ikke i den udstrækning revision af dommen er nødvendig for at vurdere, hvorvidt en eller flere af nægtelsesgrundene foreligger. Tilsvarende bestemmelser findes i EF-domskonventionens art. 29 og Domsforordningens art. 36.

Revisionsforbudet gælder både den fremmede domstols retsanvendelse og bevisvurdering mv. Domstolen i anerkendelses- og fuldbyrdesstaten er også bundet af den retlige vurdering og de faktuelle oplysninger, som domstolen i afsigelsesstaten lagde til grund ved afgørelsen af, om den havde kompetence eller ej under konventionen. Ved udeblivelsesdomme kan domstolen i anerkendelses- og fuldbyrdesstaten dog revidere den fremmede domstols faktuelle vurdering af kompetencespørgsmålet, jf. art. 9, stk. 2, andet pkt.

²⁷⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 44.

4.2.2. Nægtelsesgrunde efter art. 9

Udkastets art. 9 indeholder seks nægtelsesgrunde. Nægtelsesgrundene er fakultative, således at domstolen i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten kan nægte at anerkende og fuldbyrde dommen, hvis en eller flere nægtelsesgrunde foreligger, men den er ikke forpligtet hertil, jf. brugen af ordet ”may”.²⁸

For det første kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis værnetingsaftalen er ugyldig efter loven i den stat, hvis domstole er valgt under værnetingsaftalen, medmindre den valgte domstol fandt, at værnetingsaftalen er gyldig, jf. art. 9, stk. 1, litra a. Formålet med bestemmelsen er at undgå modstridende afgørelser om værnetingsaftalens gyldighed, hvorfor spørgsmålet herom både i domsstaten, jf. art. 5, stk. 1, i andre stater, jf. art. 7, litra a, og i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten, jf. art. 9, stk. 1, litra a, skal afgøres efter loven i den stat, hvis domstole efter aftalen er tillagt eksklusiv kompetence. Følgelig skal domstolene i de kontraherende stater også respektere hinandens afgørelser om værnetingsaftalens gyldighed.²⁹

For det andet kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis en af parterne savnede retsevne til at indgå værnetingsaftalen efter loven i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstatens regler, herunder dens lovvalgsregler. I modsætning til art. 9, stk. 1, litra a, er der her tale om anerkendelsesstatens regler, da det ville være for ambitiøst at søge at harmonisere lovvalgsreglerne om retsevne i de kontraherende stater.³⁰ Bestemmelsen er derfor i overensstemmelse med art. 7, litra b.

For det tredje kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis forkyndelsen af det indledende processkrift led af visse nærmere angivne mangler. Dette er tilfældet, hvis skriftet ikke blev forkyndt i tilstrækkelig tid og på en sådan måde, at sagsøgte var i stand til at forberede sit forsvar, jf. Udkastets art. 9, stk. 1, litra c, 1. led. Lignende krav stilles i EF-domskonventionens art. 27, nr. 3 og Domsforordningens art. 34, nr. 2, men i de disse to regelsæt er der i modsætning til Udkastet kun tale om udeblivelsesdomme. Udkastets regel er unødigt vidtgående, da den burde være begrænset til udeblivelsesdomme. Udkastets nægtelsesgrund anvendes dog ikke, hvis sagsøgte i domsstaten ikke protesterede mod

²⁸⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 29.

²⁹⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 29.

³⁰⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 29.

manglerne ved forkyndelsen, såfremt domsstatens regler giver mulighed herfor, jf. art. 9, stk. 1, litra c, 1. led, in fine. En lignende regel findes i Domsforordningens art. 34, nr. 2, men ikke i EF-domskonventionen. Formålet med bestemmelsen er at afskære domfældte fra først at rejse indsigelsen under anerkendelses- og fuldbyrdelsessagen, hvis domfældte kunne have, men ikke har, gjort indsigelsen gældende i domsstaten.³¹

Endvidere kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis forkyndelsen skete i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten på en måde, som strider imod denne stats ordre public, jf. art. 9, stk. 1, litra c, 2. led. Formålet med denne bestemmelse er at give navnlig Civil Law-stater, hvor forkyndelse i modsætning til Common Law-stater skal ske ad formelle kanaler, mulighed for at nægte at anerkende og fuldbyrde en dom, hvor forkyndelse af søgsmålet skete på et uformelt grundlag. Reglen har et begrænset anvendelsesområde, fordi den kun kan anvendes, hvor forkyndelsen skete i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten, men ikke i andre kontraherende stater.³²

For det fjerde og femte kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis dommen er opnået ved processuelt bedrageri, er resultatet af en proces i strid med grundlæggende retsplejeprincipper i anerkendelsesstaten, eller dommen er åbenbart uforenelig med grundlæggende retsprincipper i anerkendelsesstaten, jf. Udkastets art. 9, stk. 1, litra d og e. Disse tre nægtelsesgrunde svarer samlet set til EF-domskonventionens og Domsforordningens ordre public-begreb, jf. hhv. disse regelsæts art. 27, nr. 1 og art. 34, 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.³³

For det sjette kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse under visse omstændigheder, hvis dommen strider imod en anden dom, jf. art. 9, stk. 1, litra f. Dette er tilfældet, hvis der er modstrid med en dom mellem de samme parter afsagt i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten. Nægtelsesgrunden anvendes uanset, om dommen i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten er afsagt før eller efter dommen fra domsstaten. Endvidere kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis dommen strider imod en dom afsagt i en anden kontraherende stat mellem de samme parter i en tvist, der har samme genstand, og denne dom

³¹⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 30.

³²⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 30.

³³⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 30 f, samt EF-domstolens afgørelse i Sag C-7/98 (Krombach), Samlingen 2000-I, s. 1935.

er afsagt først. Det er dog en forudsætning for anvendelse af denne nægtelsesgrund, at den først afsagte dom dels er berettiget til anerkendelse og fuldbyrdelse i anerkendelses- og fuldbyrdesstaten, dels, at den tidligere afsagte dom ikke blev afsagt i modstrid med konventionsudkastet, jf. art. 9, stk. 1, litra f, in fine. Lignende bestemmelser findes i EF-domskonventionens art. 27, nr. 3 og 5 samt Domsforordningens art. 34, nr. 4.

4.2.3. Domme afsagt i modstrid med en eksklusiv værnetingsaftale, art. 11

Da formålet med konventionen kan blive tilsidesat, hvis en domstol i en kontraherende stat tiltager sig kompetence i modstrid med en eksklusiv værnetingsaftale til fordel for domstolene i en anden kontraherende stat, bestemmer Udkastets art. 11, at art. 7 også finder anvendelse på sager om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme afsagt i modstrid med en eksklusiv værnetingsaftale. Art. 7 pålægger i denne sammenhæng derfor en domstol, der bliver anmodet om at anerkende og fuldbyrde en dom afsagt i modstrid med en eksklusiv værnetingsaftale, at udsætte eller afvise sagen, medmindre værnetingsaftalen kan tilsidesættes på grundlag af en af de i art. 7 nævnte forhold. Der er endnu ikke enighed om denne noget uklare bestemmelse, der rejser komplicerede spørgsmål.³⁴

4.2.4. Eksorbitante erstatningsudmålinger

Udkastets art. 15 regulerer det vanskelige spørgsmål, hvorledes der skal forholdes med domme, hvori der tilkendes eksorbitant store erstatninger, som kendes fra f.eks. amerikansk ret.

Art. 15, stk. 1 er begrænset til 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. 15, stk. 1, men derimod art. 15, stk. 2.³⁵

Ifølge Udkastets art. 15, 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

³⁴⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 37 f.

³⁵⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 40 f.

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.

Udkastets art. 15, stk. 2 angår både "non-compensatory" og "compensatory" erstatningsudmålinger, der er uforholdsmæssig store. I disse tilfælde kan anerkendelse og fuldbyrdelse ske for et mindre beløb end det tilkendte, hvis domfældte kan dokumentere, at erstatningsudmålingen i den konkrete sag er "grossly excessive", jf. art. 15, stk. 2, litra a. Domhaver skal høres, inden domstolen træffer afgørelse om erstatningsudmålingens karakter. Domstolen må dog under ingen omstændigheder anerkende og fuldbyrde dommen for et mindre beløb end det, som domstolene i anerkendelses- og fuldbyrdesstaten ville tilkende i sagen, jf. Udkastets art. 15, stk. 2, litra b. Formålet med art. 15, stk. 2 er således at give domstolene i anerkendelses- og fuldbyrdesstaten mulighed for at nedsætte erstatningsudmålingen.³⁶

Den domstol, som behandler anerkendelsessagen, skal ved sin vurdering af erstatningsudmålingen efter art. 15, stk. 1 og 2 tage hensyn til, i hvilket omfang sagsomkostninger er indeholdt i den tilkendte erstatning, jf. Udkastets art. 15, stk. 3. Denne regel skyldes principperne om "no cure – no pay" og "good cure – good pay", som kendes i navnlig amerikansk ret.

4.2.5. Præjudicielle spørgsmål

Udkastets art. 10 regulerer betydningen af, at en kompetent domstol som led i afgivelse af dom præjudicielt afgør et spørgsmål på et retsområde udelukket fra konventionens anvendelsesområde, jf. art. 2, stk. 2. Art. 10 indeholder tre regler.

Efter art. 10, stk. 1 skal domstolens afgørelse om et præjudicielt spørgsmål omfattet af konventionens art. 2, stk. 2 ikke anerkendes og fuldbyrdes under konventionen. Bestemmelsen er for så vidt overflødig, men den er medtaget for at undgå fortolkningstvivl.³⁷

Udkastets art. 10, stk. 2 går imidlertid videre end stk. 1, fordi stk. 2 indeholder en nægtelsesgrund for domme, hvor gyldigheden af immaterielle rettigheder, bortset fra copyrights og dertil knyttede rettigheder, er afgjort som et præjudici-

³⁶ Jf. Rapportudkastet, s. 41.

³⁷ Jf. Rapportudkastet, s. 36.

elt spørgsmål. Sådanne domme kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse i det omfang, dommen er i modstrid med en dom om gyldigheden af den immaterielle rettighed afsagt af en domstol i den stat, under hvis lov rettigheden opstod. Art. 10, stk. 2 angår således modstrid mellem et præjudicielt spørgsmål i den dom, der begæres anerkendt og fuldbyrdet, og en dom i den stat, under hvis lov rettighedens gyldighed er afgjort.

I konsekvens af art. 10, stk. 2 er det i art. 10, stk. 3 bestemt, at en part kan begære anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom, hvori gyldigheden af en immateriel rettighed, bortset fra copyrights og dertil knyttede rettigheder, er afgjort som et præjudicielt spørgsmål, udsat eller nægtet, hvis der i den stat, under hvis lov rettigheden er stiftet, verserer en sag om rettighedens gyldighed. En afvisning af anerkendelse og fuldbyrdelse vil dog ikke være til hinder for, at der efterfølgende på ny anmodes om anerkendelse og fuldbyrdelse af den pågældende dom, der typisk vil blive indgivet, når gyldighedsspørgsmålet er afgjort i den stat, under hvis lov rettighedens gyldighed skal prøves efter.

Der er hverken enighed om art. 10, stk. 2 eller 3.

4.3. Fremgangsmåde og procedure

Udkastets art. 13 fastsætter hvilke dokumenter mv., domhaver skal fremlægge ved anmodning om anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom eller et retsforlig under konventionen.

Ifølge Udkastets art. 13, stk. 1 skal domhaver fremlægge en fuldstændig bekræftet kopi af dommen, kopi af eller beviser for den eksklusive værnetingsaftale og de nødvendige dokumenter til dokumentation af dommens retskraft og eksigibilitet i afsigelsesstaten, jf. litra a, b og d. Ved udeblivelsesdomme skal domhaver endvidere vedlægge det originale forkyndelsesdokument eller kopi heraf, jf. art. 13, stk. 1, litra c. Ved retsforlig skal rekvirenten endvidere fremlægge et certifikat fra domstolen, der bekræfter, at retsforliget eller en del heraf er eksigibelt på samme måde som en dom i denne stat, jf. art. 13, stk. 1, litra e.

Såfremt det ikke er muligt alene ud fra dommen at vurdere, hvorvidt anerkendelses- og fuldbyrdbelsesbetingelserne er opfyldt, kan domstolen i anerkendelses- og fuldbyrdbelsesstaten anmode om yderligere dokumentation, jf. art. 13, stk. 2.

Ifølge art. 13, stk. 3 kan rekvirenten ved indgivelse af anmodning om anerkendel-

se og fuldbyrdelse vedlægge en formular udarbejdet af Haagerkonferencen. Denne formular er gengivet som et bilag til Udkastet. Der er dog ikke pligt til at anvende formularen.

Domstolen i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten kan anmode om oversættelse af de fremlagte dokumenter, jf. art. 13, stk. 4.

Proceduren for anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom under konventionen er fastlagt i Udkastets art. 14. Efter bestemmelsen er dette reguleret af anerkendelsesstatens regler i det omfang Udkastet ikke bestemmer andet. Den anerkendende domstol skal behandle anmodningen snarest muligt.

5. Almindelige og afsluttende bestemmelser

Udkastets kap. IV og V indeholder dels almindelige bestemmelser, dels afsluttende bestemmelser. De afsluttende bestemmelser er af folkeretlig karakter og angår spørgsmål om tiltrædelse, ratifikation, ikrafttrædelse, fremgangsmåde for forbehold og erklæringer mv., hvorfor de ikke vil blive behandlet her. Imidlertid er der grund til at fremhæve enkelte af de såkaldte almindelige bestemmelser i kap. IV.

Ifølge Udkastets art. 18 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.³⁸ Erklæringen kan kun afgives i forbindelse med ratifikationen, ikke senere.

Udkastets art. 19 indeholder også mulighed for de kontraherende stater til at afgive en erklæring. Ifølge art. 19 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 på tidspunktet for værnetingsaftalens indgåelse. Art. 19 supplerer art. 3, litra a således, at en stat heller ikke i forhold til anerkendelse og fuldbyrdelse skal respektere en eksklusiv værnetingsaftale i et rent

³⁸⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 44.

nationalt retsforhold.³⁹ Også denne erklæring kan kun afgives i forbindelse med ratifikationen, ikke efter.

Ved ratifikation mv. af konventionen kan en stat, jf. Udkastets art. 20, erklære, at den ikke vil anvende konventionen på eksklusive værnetingsaftaler i asbestrelaterede sager. Bestemmelsen blev indsat på anmodning af en bestemt stat, hvor der har været alvorlige problemer med fremmede domme om tilkendelse af eksorbitant store erstatninger for personskade mv. Formålet med art. 20 er derfor at give denne (og andre stater) mulighed for at indskrænke konventionens anvendelsesområde på dette specielle område.

For at sikre at konventionen så vidt muligt anvendes ensartet i de kontraherende stater, er det i Udkastets art. 21 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, f.eks. Romkonventionens art. 18 og CISG art. 7, stk. 1.⁴⁰

6. Konklusion

Efter langvarige forhandlinger om en global domskonvention har medlemsstaterne af Haagerkonferencen udarbejdet et konventionsudkast, der har et ganske snævert anvendelsesområde. Mange sagstyper er udelukket fra konventionen. Endvidere er kompetencereglerne svundet ind fra at være ganske omfattende til nu alene at angå kompetence på grundlag af eksklusive værnetingsaftaler.

Ikke desto mindre synes chancen for succes at være til stede. Dette skyldes netop konventionens begrænsede anvendelsesområde, der i langt de fleste tilfælde kan opfylde den internationale handels behov for processuel partsautonomi og fri bevægelighed for domme. Også det forhold, at konventionsudkastet bygger på principperne bag New York-konventionen fra 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser, kan være med til at gøre konventionsudkastet til en global succes på linie med New York-konventionen.

³⁹⁾ Jf. Rapportudkastet, s. 44 f.

⁴⁰⁾ Jf. hhv. konvention af 19. juni 1980 om hvilken lov, der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser og konvention af 11. april 1980 om aftaler om internationale køb.

Overladelse af suverænitet på skatteområdet¹

Karin Skov Nilausen

1. Indledning

Grænser mellem lande får mindre og mindre betydning, idet personer og virksomheder har mulighed for og mod på at flytte aktiviteter til andre lande. Landene har imidlertid fortsat - som udgangspunkt - egne nationale skatteregler.

I takt med at aktiviteterne over grænserne øges vokser behovet for en effektiv løsning af tvister mellem skattemyndighederne om beskattningen af de pågældende skatteydere. Endvidere øges behovet i takt med, at de enkelte lande indfører eller skærper deres transfer pricing regler og andre værneregler, med henblik på at sikre deres skatteprovenu.

En effektiv løsning af en tvist mellem skattemyndighederne om beskattningen af en konkret skatteyder kunne sikres ved en behandling af tvisten ved en voldgift.

I denne artikel undersøges, hvorvidt der ved tiltrædelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med en voldgiftsbestemmelse vil være tale om en overladelse af kompetence, der medfører, at en lov om tiltrædelse af den pågældende overenskomst, alene kan vedtages efter grundlovens § 20.

I afsnit 2 og 3 skitseres de relevante bestemmelser på henholdsvis skatteområdet og i grundloven. I afsnit 4 vurderes, hvorvidt grundlovens § 20 kan anvendes ved tiltrædelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvori der er indeholdt en

¹⁾ Artiklens indhold svarer i vidt omfang til et afsnit om samme emne i min ph.d.-afhandling: Internationale skattetvister - afværgelse eller løsning af sådanne tvister.

voldgiftsbestemmelse. I afsnit 5 redegøres kort for nogle eksempler, hvor der tidligere har været taget stilling til spørgsmålet om anvendelsen af § 20 ved tiltrædelsen af andre overenskomster. Disse eksempler vedrører overladelse af beføjelser til et organ, der afgiver præjudicielle udtalelser. I afsnit 6 vurderes, hvorvidt grundlovens § 20 burde have været anvendt ved tiltrædelsen af voldgiftskonventionen, der er indgået mellem landene i den Europæiske Union². I afsnit 7 er indeholdt en opsummering.

2. De relevante regler på skatteområdet

Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med mere end 80 forskellige lande³. En dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem to lande fordeler beskatningsretten mellem de to lande. Formålet er at undgå at en person eller et selskab bliver beskattet af samme indkomst i begge lande⁴.

Såfremt skattemyndighederne i de to lande er uenige om fortolkningen af en bestemmelse i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst eller er uenige om vurderingen af faktum i den pågældende sag, vil en tvist ikke kunne løses ved anvendelse af overenskomstens bestemmelser om fordeling af beskatningsretten. En sådan tvist kan i stedet søges løst ved den gensidige aftaleprocedure, jf. artikel 25, stk. 1 og 2, i OECDs modeloverenskomst⁵. Ved denne procedure skal de kompetente myndigheder søge at undgå en beskatning i strid med overenskomsten, dvs. eksempelvis en dobbeltbeskatning. Der er imidlertid ikke noget krav om, at de kompetente myndigheder skal nå frem til en løsning.

Den gensidige aftaleprocedure fører derfor ikke i alle tilfælde til en løsning af en tvist. Den internationale Domstol i Haag kan tage stilling til en sådan tvist,

²⁾ Gennemført i Danmark ved lov nr. 763 af 27. november 1991.

³⁾ Nogle overenskomster omfatter alene visse indtægter, jf. eksempelvis overenskomsten med Kuwait af 27. februar 1977, der alene omhandler gensidig fritagelse for beskatning af luftfartsindtægter.

⁴⁾ I hovedparten af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster lempes efter creditmetoden. Såfremt Danmark er bopælsland beskattes indkomsten i realiteten i begge lande, men alene på samme niveau, som hvis al indkomsten havde været optjent i Danmark.

⁵⁾ Hovedparten af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som Danmark har indgået indeholder en bestemmelse, hvis ordlyd svarer til OECDs modeloverenskomst.

men det er ikke muligt for en skatteyder selv at indbringe en sag om fortolkning, hvorfor denne mulighed ikke hidtil har været benyttet⁶.

En af de løsninger, som har været foreslået gentagne gange, er at kombinere den gensidige aftaleprocedure med en voldgiftsbestemmelse⁷. Der har været foreslået formuleringer af mere eller mindre bindende karakter af en sådan bestemmelse. De seneste forslag har indeholdt bestemmelse om, at en tvist overgår til behandling ved et voldgiftsudvalg, efter at have været forgæves forhandlet af de kompetente myndigheder i en vis periode. Voldgiftsudvalgets udtalelse om løsning af sagen skal være bindende for skattemyndighederne i de pågældende lande.

Artikel 25, stk. 3, i OECDs modeloverenskomst angiver, at de kompetente myndigheder skal søge at løse vanskeligheder eller tvivlsspørgsmål, der måtte opstå med hensyn til fortolkningen eller anvendelsen af overenskomsten. Artikel 25, stk. 3, vedrører generelle gensidige aftaler, dvs. aftaler der rækker videre end til blot at løse en konkret skatteydners problem. Disse aftaler behandles ikke i denne artikel.

3. Oversigt over de relevante regler i grundloven

I forbindelse med en forbedring af den gensidige aftaleprocedure er det nødvendigt at vurdere, hvorvidt vores grundlov indeholder begrænsninger for den kompetence, der i praksis kan overlades eksempelvis til et voldgiftsudvalg. Grundloven indeholder særlige procedurer for vedtagelsen af love, der medfører en overladelse af kompetence. Disse procedurer vil i praksis være bestemmende for, hvilken karakter af voldgiftsbestemmelse, som kan gennemføres i Danmark.

Grundloven indeholder flere bestemmelser, der kan være relevante i forbindelse med et internationalt samarbejde. Efter grundlovens § 19 er der adgang til, at regeringen indgår og tiltræder traktater. Folketingets samtykke er imidlertid nødvendigt inden en handling, der forøger eller indskrænker rigets område. Endvidere er Folketingets samtykke nødvendigt til at indgå en forpligtelse, såfremt

⁶) Niels Winther-Sørensen, *Skatteretten* 3 (2000), s. 45, note 50, og Edwin van der Bruggen, *Settlement of Disputes in Tax Treaty Law* (2002), Michael Lang og Mario Züger (red.), s. 511.

⁷) Se eksempelvis Gustaf Lindencrona og Nils Mattsson, *Arbitration in Taxation* (1981) og William W. Park og David R. Tillinghast, *Income Tax Treaty Arbitration* (2004). Flere lande søger voldgiftsbestemmelser indsat ved indgåelse af nye overenskomster eller genforhandling af eksisterende overenskomster.

af forpligtelsen kræver Folketingets medvirken, eller såfremt forpligtelsen er af større betydning. En dobbeltbeskatningsoverenskomst betyder en beskatning, som følger af de nationale regler. En sådan begrænsning kan ske ved lov, hvorfor Folketingets samtykke er nødvendigt forinden indgåelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Grundlovens § 20 kan beføjelser, som efter denne grundlov tilkommer Folketinget, ved lov i nærmere bestemt omfang overlades til mellemfolketingskommissioner, der er oprettet ved gensidig overenskomst med andre stater med henblik på at fremme af mellemfolkelig retsorden og samarbejde. Efter stk. 2 kræves til gennemførelse af et lovforslag herom et flertal på fem sjettedele af Folketingets medlemme. Såfremt et sådant flertal ikke opnås, men dog det til vedtagelse af almindelige nødvendige flertal, og opretholder regeringen forslaget, forelægges det til Folketinget til valg mellem godkendelse eller forkastelse efter de for folkeafstemningsreglerne fastsatte regler.

Vedtages love om gennemførelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster med flertal af Folketinget⁸. En overladelse af suverænitet er meget politisk følsom. En vedtagelse af et lovforslag om gennemførelse af dobbeltbeskatningsoverenskomst i Danmark, der indeholder en overladelse af suverænitet, vil formentlig ikke kunne samle det fornødne flertal. En vedtagelse efter grundlovens § 20 kræver 5/6 flertal, dvs. 150 stemmer for lovvedtagelse. Alternativt skal der gennemføres en folkeafstemning, hvilket er et realistisk alternativ for en dobbeltbeskatningsoverenskomst. En vedtagelse af grundlovens § 20 - i takt med at vores internationale samarbejde med andre lande får en mere forpligtende karakter - kan medføre, at anvendelsen bliver mere politisk følsom⁹.

En overenskomst om dobbeltbeskatningsoverenskomst, der indebærer en overladelse af en beføjelse til Folketinget, kan tolkes som en overdragelse af en beføjelse til et valgudvalg, kan vedtages ved lov. Lovforslaget om gennemførelsen af overenskomsten skal vedtages med flertal af Folketinget¹⁰. Såfremt lovforslaget ikke kan anses for at være omfattende af grundlovens § 20 kan konsekvensen være en ændring af grundloven efter grundlovens § 88. Grundlovens § 88 finder anvendelse for overla-

Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedtages normalt med omkring 100 stemmer.

Udvalgte Hjalte Rasmussen, Juristen nr. 7-1997, s. 300.

Udvalgte af § 20 i relation til "i nærmere bestemt omfang" har været diskuteret i relation til Danmarks tiltrædelse af EF. Se tillige Højesterets dom om spørgsmålet, jfr. UfR 1997, 300 H.

delse af beføjelser, som hverken kan overlades med hjemmel i § 19 eller § 20, til internationale organisationer¹¹. En ændring efter § 88 indebærer at grundlovsændringen skal vedtages, hvorefter der skal udskrives valg. Vedtages grundlovsændringen af det efter valget følgende folketing, skal grundlovsændringen til folkeafstemning. Grundlovsændringen kan alene vedtages såfremt et flertal af de afgivne stemmer er for og såfremt 40 procent af samtlige stemmeberettigede har stemt for ændringen. En grundlovsændring er derfor vanskelig at gennemføre.

4. Anvendelsen af GRL § 20 ved overladelse af beføjelser i en dobbeltbeskatningsoverenskomst

I dette afsnit undersøges om grundlovens § 20 finder anvendelse ved tiltrædelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorved der overlades beføjelse til et voldgiftsudvalg til at afgøre en tvist om fortolkning eller anvendelse af den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst. I afsnit 4.1. - 4.3. undersøges betingelserne for at anvende grundlovens § 20 nærmere.

4.1. "Beføjelser som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder"

Indledningsvis vurderes, om beføjelsen til at fortolke dobbeltbeskatningsoverenskomsten er en beføjelse, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder.

Beføjelsen til at foretage skatteansættelser og opkræve skat er en del af den udøvende magt, som efter grundlovens § 3 tilkommer kongen¹². En dobbeltbeskatningsoverenskomst sætter grænser for den nationale beskatning, idet der sker en fordeling af beskatningsretten mellem de to lande. Det er imidlertid fortsat de nationale skattemyndigheder, som anvender dobbeltbeskatningsoverenskomsten. I tilfælde af en tvist om fortolkningen er der mulighed for at påklage skatteansættelsen til de nationale domstole. Som alternativ til (eller sideløbende med) en national klage er der mulighed for at rette henvendelse til den kompetente myndighed med henblik på at tvisten søges løst ved en aftale med det andet lands kompetente myndighed. En sådan aftale skal være i overensstemmelse med den

¹¹⁾ Hjalte Rasmussen i Danmarks Riges Grundlov med kommentarer (1999), s. 112, redigeret af Henrik Zahle. Afgrænsningen mellem grundlovens §§ 20 og 88 kan betegnes som den øvre grænse for § 20. Afgrænsningen mellem grundlovens §§ 19 og 20 kan betegnes som den nedre grænse for grundlovens § 20.

¹²⁾ Se nærmere om afgrænsningen af grundlovens § 3 i forbindelse med anvendelsen af grundlovens § 20 hos Jens Hartig Danielsen, Suverænitetsafgivelse (1999), s. 49ff.

pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst og skal endvidere ligge inden for rammerne af national ret.

Uanset om der indgås en aftale mellem de kompetente myndigheder eller ikke, vil der alene være adgang til at hjælpe den pågældende skatteyder, såfremt der er hjemmel til en løsning i den pågældende overenskomst eller i national ret. Der er ikke hjemmel i en dobbeltbeskatningsoverenskomst til at give en ekstraordinær lempelse. En ekstraordinær lempelse kan derfor alene gives inden for rammerne af national ret.

Adgangen til at indgå en gensidig aftale følger af den pågældende overenskomst, men de kompetente myndigheder gives ikke herved en kompetence, der rækker ud over, hvad der følger af national ret. Såfremt der indgås en gensidig aftale mellem de kompetente myndigheder, vil denne aftale fortsat skulle gennemføres i national ret i overensstemmelse med fordelingen af kompetence i grundlovens § 3.

Det er således de danske skattemyndigheder, herunder den kompetente myndighed, der har kompetence til foretage skatteansættelser og til at indgå gensidige aftaler. Såfremt en tvist i stedet afgøres af et voldgiftsudvalg, der herved bestemmer indholdet af skatteansættelsen, vil der være overladt en kompetence. Den overladte kompetence tilkom efter grundloven rigets myndigheder.

Det skal nævnes, at det er fast antaget, at grundlovens § 43, hvorefter ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov, ikke er til hinder for overladelse af kompetence på det skatteretlige område¹³.

Efter grundlovens § 3 er den dømmende magt hos domstolene. Efter grundlovens § 63 kan domstolene påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser. Såfremt et voldgiftsudvalg får adgang til at afgøre en tvist om fortolkningen af en bestemmelse i overenskomsten, og en national domstolsbehandling herved afskæres, er der tale om overladelse af en beføjelse, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder. Ved at overlade kompetencen til voldgiftsudvalget kommer dette til at afgøre et spørgsmål, som danske domstole ellers ville skulle påkende. Forholdet kan sammenlignes med det forhold, at EF-domstolen er overladt kompetence til at fortolke traktatgrundlaget for de Europæiske Fællesskaber, jf. artikel 234 EFT. Til forskel fra EF-domstolens kompetence i

¹³⁾ Hjalte Rasmussen i *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer* (1999), s. 114, redigeret af Henrik Zahle. Se tilsvarende Jens Hartig Danielsen, der behandler spørgsmålet i relation til den fælles toldtarif inden for EU, *Suverænitetsafgivelse* (1999), s. 128ff.

henhold til artikel 234 EFT tager voldgiftsudvalget imidlertid stilling til en konkret sag.

4.2. Umiddelbare rettigheder og pligter for danske borgere og virksomheder

I forbindelse med afgrænsningen af, hvilke beføjelser der er omfattet af grundlovens § 20, har det endvidere været diskuteret om den enkelte overladte beføjelse for at være omfattet skal indebære, at det mellemfolkelige organs retsakter skaber umiddelbare rettigheder og pligter for danske borgere¹⁴. Såfremt denne betingelse skal være opfyldt, vil en overladelse af kompetence til et mellemfolkeligt organ, hvis retsakter ikke skaber umiddelbare rettigheder og pligter for danske borgere, være omfattet af grundlovens § 19.

En betingelse, hvorefter en overladelse af kompetence til et mellemfolkeligt organ alene er omfattet af grundlovens § 20, såfremt retsakter fra det mellemfolkelige organ kan skabe umiddelbare rettigheder og pligter for danske borgere, ville svare til en betingelse om, at en skatteyder efter at et voldgiftsudvalg er kommet med en udtalelse, skal have krav på at få foretaget en skatteansættelse i overensstemmelse med denne udtalelse.

I indledningen er det nævnt, at det har været foreslået at kombinere den gensidige aftaleprocedure med en bestemmelse om løsning af den pågældende tvist ved voldgift. Et af disse forslag er indeholdt i en bog finansieret af International Fiscal Association, som et forslag til en artikel 25 A¹⁵. I dette udkast til artikel 25 A skal de kontraherende stater tillægge voldgiftsudtalelsen samme virkning som en national dom. I udkastet til en artikel 25 A er det endvidere sikret, at en voldgiftsudtalelse skal gennemføres efter New York-konventionen fra 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser. En sådan formulering af en artikel 25 A ville medføre, at udtalelser fra voldgiftsudvalget kunne medføre umiddelbare rettigheder eller pligter for danske skatteydere.

En bestemmelse, der i ordlyden angiver, at en voldgiftsudtalelse er bindende og skal gennemføres i national ret af de kompetente myndigheder, vil også kunne medføre umiddelbare rettigheder eller pligter for danske skatteydere, jf. nedenfor i afsnit 6 om voldgiftskonventionen.

¹⁴) Jens Hartig Danielsen, Suverænitetsafgivelse (1999), s. 59ff.

¹⁵) William W. Park og David R. Tillinghast, *Income Tax Treaty Arbitration* (2004).

Ydermere fremgår en begrænsning af rækkevidden af grundlovens § 20 til kun at finde anvendelse ved overladelse af kompetence, der medfører umiddelbare rettigheder og pligter for danske borgere ikke af bestemmelsens ordlyd eller forarbejder.

I Højesterets dom vedrørende gennemførelsen af EF-traktaten i Danmark udtaltes: "§ 20 blev indsat i grundloven i 1953 med det formål at gøre det muligt for Danmark - uden ændring af grundloven efter § 88 - at deltage i internationalt samarbejde, som indebærer, at det overlades til en mellemfolkelig organisation at udøve lovgivende, administrativ eller dømmende myndighed med direkte virkning her i landet. Da det ikke med sikkerhed kunne forudsiges, hvilke former det mellemfolkelige samarbejde ville antage i fremtiden, blev der ikke foretaget nogen snævrere afgrænsning af, hvilke beføjelser bestemmelsen omfatter. Det var således tilsigtet at give vide rammer for adgangen til suverænitetsafgivelse."¹⁶. Højesteret indlæser heller ikke en betingelse om at den overladte kompetence skal medføre umiddelbare rettigheder eller pligter for danske borgere, idet overladelsen af beføjelser blot skal have direkte virkning her i landet¹⁷.

Jens Hartig Danielsen har behandlet anvendelsesområdet for grundlovens § 20 indgående og konkluderer særligt om dette spørgsmål, at kerneområdet for grundlovens § 20 må anses for at være overladelse af beføjelser, hvorved der skabes umiddelbare rettigheder og pligter for danske borgere. Han fortsætter imidlertid, "Men lige så sikkert falder også andre tilfælde inden for grundlovens § 20, hvor der ikke er et sådant umiddelbart forhold mellem det mellemfolkelige organ og danske borgere og virksomheder, men hvor der kan konstateres en kompetenceændring mellem den danske myndighed og det mellemfolkelige organ. Tiltrædelse af traktater, hvorved konkrete danske myndigheder indplaceres i et underordningsforhold i forhold til en mellemfolkelig myndighed, som har instruktionsbeføjelse i forhold til den konkrete danske myndighed, forudsætter derfor anvendelse af grundlovens § 20."

Spørgsmålet om anvendelsen af grundlovens §20 har blandt andet været diskuteret i relation til den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den Euro-

¹⁶⁾ UfR 1998, 800H. Ole Spiermann har kommenteret Højesterets dom i U 1998B.325.

¹⁷⁾ Østre Landsret havde derimod i samme sag udtalt, at § 20 alene fandt anvendelse ved overladelse af beføjelser, hvorved der gives overstatslige myndigheder hjemmel til at udstede retsakter eller træffe afgørelser, der som en del af dansk ret umiddelbart har direkte bindende virkning for borgerne i Danmark, eller udøve andre beføjelser, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, for eksempel kompetence til at indgå traktater med andre stater.", U 1998. 800 H, s. 804.

pæiske Menneskerettighedsdomstols praksis efter implementeringen af konventionen i Danmark¹⁸. Det har været overvejet hvilken virkning danske domstole skulle tillægge Menneskerettighedsdomstolens praksis. Såfremt Menneskerettighedsdomstolens praksis ubetinget skulle følges af danske domstole kunne dette medføre at grundlovens § 20 burde have været anvendt. Ved fortolkningen af konventionens bestemmelser skal danske domstole og myndigheder inddrage Menneskerettighedsdomstolens praksis. Der er imidlertid ikke tale om, at Menneskerettighedsdomstolen har fået overladt en kompetence til at afgøre sager, som efter grundloven tilkom danske domstole eller myndigheder¹⁹.

4.3. "Gensidig overenskomst med andre stater"

Grundlovens § 20 omhandler overladelse af kompetence til "mellemfolkelige myndigheder, der er oprettet ved gensidig overenskomst med andre stater til fremme af mellemfolkelig retsorden og samarbejde". Det har været overvejet om formuleringen "overenskomst indgået med andre stater" betyder, at der skal være tale om en overenskomst indgået med flere lande. Eller med andre ord, om overladelse af beføjelser til en myndighed oprettet ved overenskomst mellem Danmark og et andet land ikke var omfattet af § 20²⁰. Dette spørgsmål har der ikke været taget stilling til i retspraksis, idet § 20 hidtil alene har været anvendt i forbindelse med en overenskomst mellem flere lande (end to). "Andre stater" blev indsat i stedet for "fremmede lande" og "mellemfolkelig retsorden" blev indsat i stedet for "international retsorden" på et af de sidste møder i et udvalg under Forfatningskommissionen²¹. Det er imidlertid ikke klart, hvorfor formuleringen blev ændret²². "Fremmede lande" kunne uden tvivl omfatte en overenskomst mellem Danmark og et andet land. Formentlig har det væsentligste formål med dette led af bestemmelsen været at afskære muligheden for, at der overlades kompetence til et andet land. Som eksempel kan nævnes, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter det andet lands kompetente myndighed - i

¹⁸) Implementeret ved lov nr. 285 af 29. april 1992. Spørgsmålet er diskuteret af Jens Garde og Michael Hansen Jensen, *Juristen* 1998, s. 351-356, og samme i *Juristen* 2002, s. 76-82, samt Erik Werlauff, *Juristen* 1997, s. 362-372 og 1999, s. 73-75.

¹⁹) Se tilsvarende Peter Germer, *Indledning til folkeretten* (2004), s. 74. Se endvidere Peer Lorenzen i *Lov & Ret*, 1999, nr. 3, s. 4-10.

²⁰) Hjalte Rasmussen udtaler: "Et flertal af ordet stat peger dog unægtelig i retning af, at mindst to andre stater burde være medkontrahenter", *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer* (1999), s. 127, redigeret af Henrik Zahle.

²¹) Jens Hartig Danielsen, *Suverænitetssafgivelse* (1999), s. 68.

²²) Jens Hartig Danielsen, *Suverænitetssafgivelse* (1999), s. 70.

tilfælde af uenighed - blev bemyndiget til at træffe afgørelse om en skatteydernes beskatning i Danmark, ville falde uden for anvendelsesområdet for § 20. En sådan overenskomst ville kræve en ændring af grundloven efter grundlovens § 88²³.

Under henvisning til at det anførte hensyn ikke tilsidesættes må det antages, at grundlovens § 20 kan finde anvendelse ved overladelse af beføjelser til en myndighed oprettet ved overenskomst mellem Danmark og et andet land²⁴.

5. Lovgivningspraksis om grundlovens § 20

Anvendelsen af grundlovens § 20 har været diskuteret i forbindelse med tiltrædelse af forskellige traktater. Den mest omtalte anvendelse af grundlovens § 20 er tiltrædelsen af de Europæiske Fællesskaber og de senere ændringer af dette traktatgrundlag. I denne forbindelse har særligt den øvre grænse for grundlovens § 20 været diskuteret. Såfremt overladelsen af beføjelser til fællesskabets institutioner var sket i nærmere bestemt omfang, ville grundlovens § 20 finde anvendelse. Såfremt der ikke var sket en overladelse af beføjelser i nærmere bestemt omfang, ville det være nødvendigt at anvende proceduren i grundlovens § 88. Højesteret har taget stilling til dette spørgsmål, hvorefter den skete overladelse lå inden for rammerne af grundlovens § 20, jf. U 1998. 800 H²⁵.

Ved Danmarks indtræden i de Europæiske Fællesskaber var det ikke nødvendigt særskilt at tage stilling til spørgsmålet om overladelsen af den præjudicielle kompetence til EF-domstolen i sig selv, ville kræve en anvendelse af grundlovens § 20, idet der ikke var tvivl om, at traktaten som helhed faldt inden for anvendelsesområdet for § 20. I Justitsministeriets redegørelse for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af EF er det angivet, at "Begrundelsen for artikel 177 (nuværende artikel 234) er ønsket om at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsreglerne i alle medlemsstaterne. I overens-

²³⁾ Se tilsvarende Henrik Vædele Elmquist i Juristen 2004, nr. 3, s. 114-125, hvor overdragelse af kompetence på det åbne hav undersøges.

²⁴⁾ Se tilsvarende Ole Espersen/Alf Ross i Dansk Statsforfatningsret I (1980), s. 411 - tredje gennemarbejdede udgave ved Ole Espersen, hvor det udtales: "At grdl. § 20 taler om en overenskomst med "andre stater" kan ikke udelukke en overenskomst indgået med en enkelt anden stat."

²⁵⁾ I U 1972. 903 H og U 1973. 694H blev lignende søgsmål afvist under henvisning til manglende retlig interesse. Ved U 1996.1300 H anså Højesteret betingelsen om manglende retlig interesse for opfyldt i den sag, der senere blev afgjort ved U 1998. 800 H.

stemmelse hermed må den nationale domstol være bundet af fællesskabsdomstolens afgørelse. Men denne afgørelse vedrører kun det forelagte spørgsmål vedrørende fællesskabsreglen. Det er den nationale domstol, der er enekompetent til at afgøre den foreliggende retssag. Ved udøvelsen af denne beføjelse kan fællesskabsdomstolen alene tage stilling til fortolkningen og gyldigheden af fællesskabsretten. Domstolen kan ikke ved besvarelsen af et præjudicielt spørgsmål fastslå, at en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til traktaterne. Dette kan kun ske under en sag, der er indbragt for domstolen efter artikel 169 og 170 (nuværende artikel 226 og 227).²⁶

Justitsministeriet anfører tillige, at EF-domstolen ved sin abstrakte fortolkning af fællesskabsretten kan give udtryk for sine synspunkter med hensyn til rækkevidden af medlemsstaternes forpligtelser. Den konkrete anvendelse af disse synspunkter er imidlertid overladt til den nationale domstol. Det konkluderes om reaktionsmulighederne i tilfælde af forpligtelsernes overtrædelse, at spørgsmålet om opfyldelse af Danmarks forpligtelser som medlem af Fællesskaberne bedømmes med udgangspunkt i dansk rets almindelige regler om opfyldelse af traktatmæssige forpligtelser. Heraf fremgår, at Justitsministeriet var af den opfattelse, at Danmark kunne tiltræde artikel 177 (nuværende artikel 234) ved anvendelse af § 19 og ikke § 20²⁷.

Justitsministeriet har lagt en tilsvarende opfattelse til grund ved Danmarks tiltrædelse af EF-domskonventionen og Europol-konventionen, der i protokoller indeholder lignende bestemmelser²⁸.

EF-domskonventionen indeholder regler om værneting og fuldbyrdelse af retsafgørelser²⁹. Ved protokol af 3. juni 1971 er EF-domstolen givet kompetence til at træffe afgørelse med hensyn til spørgsmål om fortolkningen af konventionen, de dertil hørende protokoller samt nogle tiltrædelseskonventioner. Forelæggel-

²⁶⁾ Justitsministeriets redegørelse for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af EF, 1972, s. 36.

²⁷⁾ Se tilsvarende Jens Hartig Danielsen, *Suverænitetsafgivelse* (1999), s. 148. Se endvidere Justitsministeriets notat om protokollen om fortolkning af domskonventionen, optrykt som bilag 3 i Betænkning om retternes stedlige kompetence i borgerlige sager m.v. (EF-domskonventionen) nr. 1052, 1985.

²⁸⁾ Se herom Jens Hartig Danielsen, *Suverænitetsafgivelse* (1999), s. 148ff. Jens Hartig Danielsen omtaler endvidere indsættelsen af artikel K. 7 (nuværende artikel 35) i Unions-traktaten, jf. s. 153f.

²⁹⁾ EF-domskonventionen og protokollen om fortolkning af konventionen er gennemført i dansk ret ved lov nr. 325 af 4. juni 1986.

sespligten er begrænset i forhold til artikel 234 EFT, idet det ikke er enhver ret, der kan forelægge spørgsmål efter protokollen. Højesteret og Landsretterne, hvor de fungerer som appelinstans, kan forelægge spørgsmål for EF-domstolen (artikel 2). Forelæggelsespligten er udtrykkeligt begrænset til tilfælde, hvor den forelæggende ret skønner, at en afgørelse af spørgsmålet er nødvendig for, at der kan afsiges dom (artikel 3).

Europol er et europæisk politikontor, der har til formål at bistå EU-landene med at arbejde tættere sammen og effektivt forebygge og bekæmpe international organiseret kriminalitet m.v.³⁰. Ved protokol af 23. juni 1996 er EF-domstolen gjort kompetent til at fortolke Europol-konventionen. Efter artikel 2, stk. 1, kan medlemsstaterne vælge om de alene vil give adgang til at forelægge præjudicielle spørgsmål til retsinstanser, hvis afgørelser ikke kan ankes (litra a) eller til enhver retsinstans (litra b). Et spørgsmål kan forelægges præjudicielt, såfremt det vedrører en verserende retssag, og angår fortolkningen af Europol-konventionen, og den pågældende retsinstans skønner, at en afgørelse vedrørende dette spørgsmål er nødvendig for at kunne træffe afgørelse, jf. artikel 2, stk. 2, litra b) i protokollen. I Danmark kan enhver retsinstans efter § 1, stk. 2, 2.pkt., i gennemførelsesloven forelægge spørgsmål præjudicielt.

Højesteret har ikke taget stilling til spørgsmålet om overladelse af præjudiciel kompetence til EF-domstolen. I den retsvidenskabelige teori har spørgsmålet været diskuteret³¹. Jens Hartig Danielsen tager udgangspunkt i sin konklusion, hvorefter en kompetenceændring mellem en dansk myndighed og et mellemfolkeligt organ vil være omfattet af § 20, jf. ovenfor i afsnit 4.2. Dernæst udtales, at der er påvist en spænding mellem teori og praksis. Han konkluderer derfor, at "§ 20 må derfor nok fortolkes som omfattende tilfælde, hvor en mellemfolkelig myndighed kan give en konkret dansk myndighed bindende instruktioner, men som en særegen undtagelse til denne fortolkning må med henvisning til lovgivningsmagtens faste praksis anføres præjudicielle ordninger, hvor en mellemfolkelig myndighed under visse betingelser er enekompetent til at fortolke den mellemfolkelige traktat og de ved denne traktat oprettede myndigheders retsakter. I dette tilfælde indgår lovgivningsmagtens praksis som en fortolkningsfaktor med særlig vægt."³².

³⁰) Europol-konventionen og protokollen om fortolkning af konventionen er gennemført i dansk ret ved lov nr. 415 af 10. juni 1997.

³¹) Se Jens Hartig Danielsen, *Suverænitetsafgivelse* (1999), 155 ff. for en redegørelse.

³²) Jens Hartig Danielsen, *Suverænitetsafgivelse* (1999), s. 162.

Hjalte Rasmussen har kritiseret anvendelsen af grundlovens § 19 i forbindelse med Danmarks tiltrædelse af Europol-konventionen³³ og ville i dag anse en bestemmelse lig artikel 234 EFT for omfattet af grundlovens § 20. Henrik Zahle har behandlet spørgsmålet i relation til artikel 234 EFT og er mest tilbøjelig til at mene, at der er tale om en kompetenceovergivelse, der burde have været behandlet efter grundlovens § 20, men kun for så vidt EF-domstolens dom vedrører en EU-regel, der efter EU-retten skal være umiddelbart gældende³⁴. Han fortsætter: "Men jeg finder på den anden side ikke grundlag for at se bort fra den retstradition, som har udviklet sig på grundlag af den opfattelse, der blev fremlagt og begrundet forud for den danske tilslutning til EF, og denne tradition må have betydning for, hvordan der i dansk ret kan reageres i dag: Den præjudicielle kompetence kan ikke blot frakendes relevans for dansk ret."

En overladelse af en præjudiciel kompetence til eksempelvis EF-domstolen til at fortolke dobbeltbeskatningsoverenskomster vil medføre en kompetenceændring mellem en dansk myndighed og et mellemfolkeligt organ. I en sådan situation har man i lovgivningspraksis anset grundlovens § 19 for at være anvendelig, idet EF-domstolen (det mellemfolkelige organ) ved sin abstrakte fortolkning af fællesskabsretten kan give udtryk for sine synspunkter med hensyn til rækkevidden af medlemsstaternes forpligtelser. Den konkrete anvendelse af disse synspunkter er imidlertid overladt til den nationale domstol. I teorien har man ladet lovgivningspraksis indgå som en fortolkningsfaktor med særlig vægt, hvorfor sådanne præjudicielle ordninger er anset for at være en særegen undtagelse, der ikke kræver anvendelse af grundlovens § 20. På denne baggrund er det vanskeligt at fastholde, at en overladelse af en præjudiciel kompetence vil kræve en vedtagelse efter grundlovens § 20 af den pågældende tiltrædelseslov.

En overladelse af en beføjelse til et voldgiftsudvalg til at afgøre en tvist om fortolkning af den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst, har en mere bindende virkning. Voldgiftsudvalget tager stilling til en konkret sag og vurderer de relevante bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomsten i forhold til faktum.

³³⁾ Hjalte Rasmussen i *Juristen* nr. 7 - 1997, s. 314.

³⁴⁾ Henrik Zahle i *EU og den danske grundlov* (1998), s. 72.

6. Voldgiftskonventionens forhold til grundloven

Voldgiftskonventionen er indgået mellem medlemslandene i den Europæiske Union. Voldgiftskonventionen er indgået som en traditionel folkeretlig aftale mellem de pågældende lande.

Ved konventionen fastsættes, at et voldgiftsudvalg skal ophæve dobbeltbeskatning, som følge af uenighed mellem skattemyndighederne i to medlemslande, om fastsættelsen af interne afregningspriser for samhandel mellem to forbundne parter i disse medlemslande. Voldgiftskonventionen skal således løse uoverensstemmelser mellem skattemyndighederne i to lande på transfer pricing området. Voldgiftskonventionen er gennemført i Danmark ved lov nr. 763 af 27. november 1991.

Af artikel 12 i voldgiftskonventionen følger, at de kompetente myndigheder ved fælles aftale - på grundlag af bestemmelsen i artikel 4 (arms længde princippet) - træffer en afgørelse, som skal sikre at dobbeltbeskatningen ophæves inden seks måneder fra den dag, det rådgivende udvalg har afgivet sin udtalelse. Det rådgivende udvalg tager stilling til den konkrete sag, dvs. udvalget fortolker de relevante retsregler og vurderer tillige faktum i sagen.

De kompetente myndigheder kan træffe en afgørelse, som afviger fra det rådgivende udvalgs udtalelse. Hvis de ikke kan nå til enighed om en anden afgørelse, skal de handle i overensstemmelse med udtalelsen. Voldgiftsudvalgets udtalelse er i denne situation bindende.

Voldgiftskonventionen blev gennemført i dansk ret med almindeligt flertal, dvs. efter grundlovens § 19³⁵. I bemærkningerne er om artikel 12 nævnt:

“Artikel 12, stk. 1, fastslår princippet om, at selve afgørelsen om ophævelse af dobbeltbeskatningen, træffes ved fælles aftale mellem de kompetente myndigheder. Afgørelsen skal træffes inden seks måneder fra den dag, det rådgivende udvalg har afgivet sin udtalelse.

Dette princip understreges af stk. 2, der giver de kompetente myndigheder ret til at træffe en afgørelse om ophævelse af dobbeltbeskatningen, der afviger fra det rådgivende udvalgs udtalelse. Hvis de ikke kan nå til enighed herom, skal de træffe en afgørelse, der er i overensstemmelse med udtalelsen.”.

³⁵⁾ L 21, vedtaget som lov nr. 763 af 27. november 1991. Lovforslaget blev vedtaget enstemmigt med 125 stemmer.

I bemærkningerne er der lagt vægt på det forhold, at det er de kompetente myndigheder, der skal gennemføre ophævelsen af dobbeltbeskatningen. I virkeligheden vil de kompetente myndigheder formentlig i de fleste tilfælde være bundet af det rådgivende udvalgs udtalelse. Det er ikke sandsynligt, at de kompetente myndigheder kan nå til enighed om en fravigelse af det rådgivende udvalgs udtalelse, idet det rådgivende udvalg først nedsættes efter at de kompetente myndigheder i to år har søgt at nå til enighed. Teoretisk set kan det dog ske, at en eller begge kompetente myndigheder i forbindelse med voldgiftsbehandlingen bliver overbevist om, at en anden løsning på tvisten er mere korrekt.

I bemærkningerne til lovforslaget er der intet nævnt om forholdet mellem grundlovens §§ 19 og 20. Opfattelsen af at § 19 er den korrekte hjemmel svarer til Justitsministeriets opfattelse i forbindelse med tiltrædelse af bestemmelser om afgivelse af præjudiciel kompetence, jf. afsnit 5.

I det følgende skal det undersøges, hvorvidt tiltrædelsen af voldgiftskonventionen burde have været behandlet efter grundlovens § 20. I afsnit 6.1. undersøges hvorvidt der ved tiltrædelsen af voldgiftskonventionen blev overladt en beføjelse, som efter grundloven tilkom de danske myndigheder og som kan medføre umiddelbare rettigheder eller pligter for en dansk skatteyder. I afsnit 6.2. undersøges, hvorvidt der ved tiltrædelsen af voldgiftskonventionen blev overladt en beføjelse, som efter grundloven tilkom de danske myndigheder, men som ikke medfører umiddelbare rettigheder eller pligter for en dansk skatteyder.

6.1. Voldgiftskonventionen - Umiddelbare rettigheder for en dansk skatteyder

I forbindelse med tiltrædelse af voldgiftskonventionen blev der overladt en beføjelse til voldgiftsudvalget til - i tilfælde af at de kompetente myndigheder ikke har kunnet nå til enighed efter to års forhandlinger - at komme med en udtalelse om løsning af den pågældende tvist, der er bindende.

I afsnit 4.1. er det anført, at en overladelse af en kompetence i denne situation er en overladelse af en "beføjelse som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder". I den forbindelse er spørgsmålet vurderet ved tiltrædelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, men med en bestemmelse, der minder om bestemmelsen i voldgiftskonventionen. Beføjelsen til at foretage en skatteansættelse er en del af den udøvende magt, som efter grundlovens § 3 tilkommer kongen. Endvidere afskæres domstolsprøvelse ved anvendelse af voldgiftskonventionen.

Når voldgiftsudvalget er kommet med en udtalelse er der ikke adgang til at skattemyndighederne ændrer denne fortolkning (med mindre de kan blive enige med den anden kompetente myndighed). Det er de danske skattemyndigheder, der skal gennemføre voldgiftsudtalelsen i Danmark. Indholdet af denne skatteansættelse er imidlertid bestemt af voldgiftsudvalget. Denne situation svarer til at der var afsagt en højesteretsdom, der efterfølgende følges op af en ændret skatteansættelse. I forhold til en situation, hvor der er afsagt en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af de regler, der skal anvendes i en konkret sag, er voldgiftsudvalgets udtalelse endnu mere bindende. Voldgiftsudvalget tager stilling til en konkret sag og vurderer de relevante bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomsten i forhold til faktum. Forholdet adskiller sig endvidere fra Menneskerettighedsdomstolens praksis, idet voldgiftsudvalget gives adgang til at træffe beslutning i konkrete tvister, og voldgiftsudvalgets udtalelse skal lægges til grund af de danske myndigheder.

Efter min opfattelse blev der således ved Danmarks tiltrædelse af voldgiftskonventionen overladt en beføjelse, der efter grundloven tilkommer de danske myndigheder, til et mellemfolkeligt organ. Denne beføjelse medfører umiddelbare rettigheder for den pågældende skatteyder.

6.2. Voldgiftskonventionen - kompetenceændring.

Efter min opfattelse medfører en voldgiftsudtalelse umiddelbare rettigheder for en dansk skatteyder, jf. ovenfor.

Som et andet argument vurderes om grundlovens § 20 finder anvendelse, idet der er tale om en kompetenceændring mellem den danske myndighed og det mellemfolkelige organ. I afsnit 4.2. er der gjort rede for Jens Hartig Danielsens teori, hvorefter en kompetenceændring mellem den danske myndighed og det mellemfolkelige organ forudsætter en anvendelse af grundlovens § 20.

Voldgiftsudtalelsen binder de danske skattemyndigheder til en ændring af skatteansættelsen i Danmark i overensstemmelse med voldgiftsudvalgets udtalelse (med mindre der kan opnås enighed mellem de kompetente myndigheder). Der er med andre ord tale om en kompetenceændring mellem den danske skattemyndighed og voldgiftsudvalget.

Efter min opfattelse er det også i denne situation vanskeligt at nå frem til, at der ikke var tale om en overladelse af kompetence, der alene kunne gennemføres i overensstemmelse med grundlovens § 20. Lov nr. 763 af 27. november 1991 om

Danmarks tiltrædelse af voldgiftskonventionen er derfor formentlig i strid med grundloven³⁶.

7. Begrænsninger i grundloven - Opsummering

Kerneområdet for grundlovens § 20 er overladelse af beføjelser, hvorved der skabes umiddelbare rettigheder eller pligter for borgere eller virksomheder. En bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter en uenighed mellem to kompetente myndigheder om fortolkning af en bestemmelse i overenskomsten eller om vurdering af faktum, skal afgøres ved en bindende voldgiftsudtalelse, må anses for omfattet af dette kerneområde. En sådan bestemmelse kan derfor alene tiltrædes af Danmark ved anvendelsen af grundloven § 20.

Efter min opfattelse blev der ved Danmarks tiltrædelse af voldgiftskonventionen overladt en beføjelse, der efter grundloven tilkommer de danske myndigheder, til et mellemfolkeligt organ. Denne beføjelse medfører umiddelbare rettigheder for den pågældende skatteyder.

En kompetenceændring mellem en dansk myndighed og et mellemfolkeligt organ er formentlig tillige omfattet af grundlovens § 20. Tiltrædelsen af voldgiftskonventionen medførte en kompetenceændring mellem den danske skattemyndighed og voldgiftsudvalget, idet en voldgiftsudtalelse skal lægges til grund ved den danske skatteansættelse (med mindre de to kompetente myndigheder kan blive enige om et andet resultat).

I lovgivningspraksis er grundlovens § 19 anset for at være anvendelig, ved tiltrædelsen af traktater med præjudicielle ordninger. Ved sådanne ordninger kan EF-domstolen ved sin abstrakte fortolkning af fællesskabsretten give udtryk for sine synspunkter med hensyn til rækkevidden af medlemslandenes forpligtelser. Den konkrete anvendelse af disse synspunkter er imidlertid overladt til den nationale domstol. I teorien har man ladet lovgivningspraksis indgå som en fortolkningsfaktor med særlig vægt, hvorfor sådanne præjudicielle ordninger er anset for at være en særegen undtagelse, der ikke kræver anvendelse af grundlovens § 20.

³⁶⁾ Der er her tale om grundlovsstridighed i formel henseende, idet loven er gennemført i strid med grundlovens gennemførelsesregler, jf. Peter Germer, Statsforfatningsret (2001), s. 179.

Der er anledning til at sondre mellem en overladelse af en kompetence til et voldgiftsudvalg til at tage stilling til en konkret tvist og en overladelse af en kompetence til EF-domstolen til at fortolke fællesskabsretten præjudicielt.

Lovgivningspraksis kan derfor ikke indgå med samme vægt ved vurderingen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med en voldgiftsbestemmelse eller ved vurderingen af voldgiftskonventionen. I disse tilfælde vurderer voldgiftsudvalget konkrete sager med bindende virkning for de danske myndigheder. Voldgiftsudvalget fortolker de relevante retsregler og vurderer tillige faktum i den konkrete sag. Ved tiltrædelsen af sådanne overenskomster eller konventioner må det antages, at grundlovens § 20 skal anvendes.

Labour versus the WTO : the clash between economic, international law, and labour law theories¹

Lynn Roseberry

1. Introduction

The International Confederation of Free Trade Unions has been calling on the WTO to incorporate international labour rights in its trade regime since the WTO's establishment on April 15, 1994.² The ICFTU does not propose global minimum wages and working conditions, but only a clause that would provide a legal basis for establishing a joint WTO/ILO Advisory Body that would then oversee WTO members' compliance with the seven most ratified conventions of

¹⁾ An earlier draft of this article was presented at a symposium held by Lund University's School of Economics and Management, "Legal Perspectives in a Global Business Environment" on 20 August 2004.

²⁾ The WTO was one outcome of the result of the Uruguay Round of negotiations, the results of which were formally signed at Marrakesh, Morocco on April 15, 1994. For a short description of the ICFTU's campaign at this time see the ICFTU's *Trade Union World* articles from 1994, available at <http://www.icftu.org/displaydocument.asp?Index=990-909046&Language=EN>.

the ILO.³ The Advisory Body would be empowered to recommend trade measures only as a last resort against countries that have failed to co-operate with the ILO over a period of time.⁴

So far the developing countries have successfully opposed putting labour rights on the WTO's negotiating agenda.⁵ For the time being at least,⁶ the WTO remains committed to the position articulated in the declaration made at the Singapore Ministerial Conference:

We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration.⁷

Legal and economic scholarship on the subject of linking labour rights to the WTO is plentiful. While few have commented directly on the ICFTU's propo-

3) These are Convention 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, Convention 98 on the Right to Organise and to Collective Bargaining, Convention 100 on Equal Remuneration, Convention 111 on Discrimination in Employment and Occupation, Convention 138 on a Minimum Age for Employment, Convention 29 on Forced Labour and Convention 105 on the Abolition of Forced Labour.

4) The most recent ICFTU publication providing an overview of its proposal for a WTO labour rights clause is from 1999, "Building Workers' Human Rights Into the Global Trading System", available as a printed publication from the ICFTU or on the ICFTU website, www.ICFTU.org.

5) See Gerard Griffin, Chris Nyland, Anne O'Rourke, "Trade Unions and the Trade-Labour Rights Link: A North-South Union Divide?", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* Volume 19/4, 469-494, 2003.

6) Griffin, Nyland and O'Rourke, *supra* note 4, are sceptical about the view that trade-labour linkage is a dead issue within the WTO, because it is based primarily on the published reports of WTO Ministerial meetings, and it ignores the fact that the union movement and its allies are pursuing bilateral agreements in the hope that the number of these will soon be sufficient to support a new assault in multilateral forums.

7) The declaration made at the 2001 Doha Ministerial Conference, which launched a new round of negotiations, reaffirmed the Singapore declaration's position on labour standards.

sals,⁸ economists and labour lawyers have written extensively about the general idea of inserting a clause in the WTO trade agreements that would permit the use of trade sanctions to enforce fundamental labour rights.⁹ Economists generally adopt a utilitarian approach and compare the costs of the burdens a labour clause will impose on trade with the intended benefits of a labour clause. Labour and human rights lawyers generally follow a deontological approach that characterises fundamental workers' rights as universal rights, which cannot be exchanged for a greater amount of trade welfare benefit.

Since conclusive evidence of the effectiveness of trade sanctions is lacking,¹⁰ the debate is fuelled primarily by a clash between the normative commitments of classical economics and labour law. The debate's confinement to the disciplinary parameters of economics and labour law contributes to simplified characterisations of the problem. From the labour law perspective it is presented as being about defending labour rights against unrestrained capitalism. From the economics perspective it is presented as being about economic development versus protectionism. The fact that the debate raises issues that could be beneficially considered within the discipline of international law has been largely overlooked.

The purpose of this paper is to consider what insights can be gained on the WTO labour clause debate when considered from an international law perspective. First, in sections 2 and 3, I sketch the economic and labour law arguments for and against a WTO labour clause. In section 4 I describe the prevailing theory of international law and how it appears to support labour law arguments in favour of a WTO labour clause. In section 5 I reconsider the labour law arguments in favour of a WTO labour clause in light of two critiques of prevailing international law theory: the first, by Philip Allott, who argues that the way we have conceptualised international law prevents it from resolving issues of distributive justice¹¹; the second, by Antony Anghie, who traces connections between colonialism and

8) One such article is Michelle Swenarchuk, "The International Confederation of Free Trade Unions Labour Clause Proposal: A Legal and Political Critique" in Stephen McBride and John Wiseman, eds., *Globalization and its Discontents* (New York: St. Martin's Press; London: Macmillan Press, 2000).

9) For citations to representative literature see Philip Alston, "'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime", *European Journal of International Law*, vol. 15, number 3, 457-521, at 471-473 (June 2004).

10) See Richard Parker, "The Problem with Scorecards: How (and How Not) to Measure the Cost-Effectiveness of Economic Sanctions", 21 *Mich. J. Int'l L.* 235 (2000).

11) See Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World* (Oxford University Press 1990) (hereinafter *Eunomia*) and *The Health of Nations: Society and Law Beyond the State* (Cambridge University Press 2002) (hereinafter *Health of Nations*).

the way modern international institutions have pursued development in the Third World.¹² These critiques support adoption of a sceptical view of the likelihood that a WTO labour clause would improve protection of workers' rights and thus enhance global social welfare. I conclude the paper in section 6 with a discussion of the implications of Allott's and Anghie's critiques for evaluation of proposals for new enforcement mechanisms for international labour rights.

2. The Positive and Normative Economic Theories of International Trade

The theory of comparative advantage is the starting point of the positive economic theory of international trade.¹³ A country is said to have a "comparative advantage" in producing a good if the opportunity cost of producing that good instead of other goods is lower in that country than it is in other countries.¹⁴ The basic insight of this principle is that two countries can gain from trading with each other even when one of them can produce everything at a lower cost than the other. The theory of comparative advantage tells us that we should compare not the difference in price of the same good across countries, but rather the difference in opportunity cost of producing the good in each country. Trade will benefit each country if it can produce a good at a lower opportunity cost than another country can. The benefit consists in freeing resources in each country to produce whatever it can produce at a lower cost relative to other goods produced in the same country. By providing the conditions for more efficient application of both capital and labour, trade enables the world as a whole to produce more, making it possible in principle to raise everyone's standard of living.¹⁵

12) Antony Anghie, "Colonialism and the Birth of International Institutions: Sovereignty, Economy, and the Mandate System of the League of Nations", 34 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 513 (2002).

13) David Ricardo first advanced the theory in his book, *The Principles of Political Economy* published in 1817. While Ricardo's original formulation of the theory has been refined over time, its basic insights into the reasons for trade are still regarded as valid. See, e.g., Paul R. Krugman and Maurice Obstfeld, *International Economics: Theory and Policy* (New York, Addison-Wesley, 6th edition 2003). For a general and accessible overview of the current economic theory of trade see Alan O. Sykes, "Comparative Advantage and the Normative Economics of International Trade Policy," 1 *Journal of International Economic Law* 49 (1998).

14) Krugman and Obstfeld, note 13 above, at 12.

15) The following example, from Krugman and Obstfeld, note 13 above, at page 11, illustrates the practical implications of the theory. Suppose the United States grows 10 million roses and that the resources used to grow those roses might have been able to produce 100,000 computers instead. The opportunity cost of those 10 million roses is thus 100,000 computers. Suppose also, that the 10 million roses could instead be grown elsewhere, where the opportunity cost of producing roses in terms of computers is 30,000 computers. If the U.S.

The specific factors model of trade, developed by Paul Samuelson and Ronald Jones,¹⁶ qualifies this optimistic view of trade by showing that trade has strong effects on the distribution of income within countries, so that it often produces losers as well as winners. Their model shows that trade incurs losses on domestic firms and workers who have made specific investments in the production of certain goods that are in competition with imported goods. An opening of trade in textiles, for example, will tend to lower the price of textiles because of the increase in supply from abroad.¹⁷ Firms with specific investments in textile production will see a decline in profits, which cannot be avoided by moving into the production of other things because, by hypothesis, they cannot earn a comparable return on their specific capital investments elsewhere. Trade may still benefit these individuals by lowering the prices of other things that are imported, but trade's net impact on them can still be adverse.

Certain consumers may also suffer an adverse impact from trade because the opening of foreign markets increases the demand for goods that are exported and thus raises their price.¹⁸ For many consumers, but not necessarily all, the reduction in the price of imported goods relative to the price of the same domestically produced good when there is no trade will more than compensate them.

The normative economic theory of free trade advances the argument that free trade is better than restricted trade despite the unappealing distributional effects predicted by positive economic theory. The normative judgment that free trade is to be preferred as compared with restricted trade is deduced from a number of principles of welfare economics.

Welfare economics evaluates economic policies in terms of their effects on the well-being of the community or "social welfare". Economists usually define "social welfare" as being a function of the utility that individuals enjoy under a cer-

imports 10,000,000 roses from that country, it can then produce the 100,000 computers and still have its roses. If similar trading relationships for all kinds of goods are established all over the world, the global economic pie will expand.

¹⁶) Paul Samuelson, "Ohlin Was Right," *Swedish Journal of Economics* 73 (1971), pp 365-384 and Ronald W. Jones, "A Three-Factor Model in Theory, Trade, and History," in Jagdish Bhagwati et al., eds. *Trade, Balance of Payments, and Growth* (Amsterdam: North-Holland, 1971), pp. 3-21. See Krugman and Obstfeld, note 13 above, for a textbook exposition of the specific factors model.

¹⁷) Sykes, note 13 above, at 61-2.

¹⁸) Id., at 62.

tain state of affairs.¹⁹ An individual's "utility" is the satisfaction of that individual's preferences over various states of the world. Accordingly, the maximization of social welfare requires the maximization of the satisfaction of individual preferences.

Determining whether one policy produces more welfare than another presents the problem of measuring and comparing the states of well-being of two or more individuals through the satisfaction of their preferences. When a policy causes some to gain and others to lose, economists generally apply the Kaldor-Hicks compensation principle to resolve this problem.²⁰ This principle inquires whether those who gain material wealth from a change in policy could compensate the losers with material wealth and still be better off than before. In other words, it looks at whether the gains are greater than the losses. If so, then the change in policy is said to be "Kaldor-Hicks efficient".

Economists generally agree that free trade is Kaldor-Hicks efficient, but acknowledge that satisfaction of this social welfare criterion by itself does not make the normative case for free trade because it does not completely solve the problem of interpersonal comparability. For example, imagine a policy change that gives a rich man an extra \$10 and takes \$9.50 from a starving homeless person.²¹ This policy change is Kaldor-Hicks efficient, but normatively unappealing to many people. Thus, Kaldor-Hicks efficient policy changes can be subjectively undesirable because their effects on income distribution conflict with commonly held views about distributional justice. For these reasons, some government restrictions on trade may be appealing if their distributional effects seem more just than trade's effects on income distribution.

Nevertheless, most economists do not regard the effects of international trade on income distribution as sufficient reason to limit trade. They conventionally argue that we should address distributional issues directly, using domestic tax and welfare measures to compensate the losers from trade.²² These measures would be funded with the gains from trade, as the Kaldor-Hicks compensation principle

¹⁹⁾ See Howard F. Change, "A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle", 110 Yale L.J. 173, 175 (2000).

²⁰⁾ Economists generally prefer policy changes that satisfy the criteria for Pareto Optimality, because they require that some people benefit on balance and no one is harmed. Because such policy changes are rare, economists settle for the Kaldor-Hicks compensation principle. See Jules L. Coleman, "The Grounds of Welfare," 112 Yale L.J. 1511, 1517 (2003).

²¹⁾ Sykes, *supra* note 13, at 58.

²²⁾ *Id.*, at 67.

suggests. They offer two reasons for this normative claim:²³ 1. Tax and welfare policies can target distributional effects much more carefully than tariffs or quotas so that the magnitude of the burden on the rest of the economy necessary to achieve any level of redistribution can be lessened.²⁴ 2. Properly designed tax and welfare policies entail fewer productive inefficiencies for a given degree of income redistribution than trade protection.²⁵ This argument generally assumes that the gains from trade restrictions, e.g. producers' gains from higher prices and the national treasury's gains from a tariff, will still be smaller than the losses borne by domestic consumers.

The economists who are least critical of using trade restrictions to enforce basic labour rights acknowledge that if the only cost of using trade sanctions is the costs of distorted trade, then the case against them would be weak, since costs of distorted trade will likely be smaller than the gains brought about by adherence to basic labour rights.²⁶ The main problem causing even these economists to resist workers' rights clauses is the possibility that the sought after gains—improvement in the conditions of workers—may not materialize. This objection to workers' rights clauses usually rests on the expectation that if the world responds to a country that prevents its workers from organizing in its export industries by restricting those exports, the workers will lose their jobs because the trade restrictions will reduce the export industries' profits.²⁷ If this prediction is correct, the costs may outweigh the benefits.

In addition to the concern that trade restrictions will be ineffective, economists argue that countries will tend to abuse the right to restrict imports from other countries. The potential for abuse lies in the fact that trade sanctions, when used, benefit the firms and workers that compete with the restricted imports. Experience in the GATT and WTO has shown that whenever conditions for restricting trade are accepted as legitimate or written into law, industries become very ag-

23) Id.

24) The burden on the rest of the economy consists of elevated prices in a protected industry, which will often benefit well-diversified, affluent shareholders in domestic firms as much or more than it will benefit workers in the industry. Id.

25) Economic theory has identified certain caveats to the argument for free trade which in general suggest that protectionist measures may under particular circumstances enhance national economic welfare, but usually at the expense of global welfare. See id..

26) See, e.g., Drusilla K. Brown, Alan V. Deardorff and Robert M. Stern, "Pros and Cons of Linking Trade and Labor Standards", Discussion Paper no. 477, Research Seminar in International Economics, School of Public Policy, University of Michigan (May 6, 2002).

27) Id. at 22.

gressive and creative in asserting that these conditions have been met.²⁸ Thus, not only do economists predict that trade sanctions in response to violations of workers' rights will not be effective, they will be abused for protectionist purposes, thus increasing the costs.

3. The conflict between labour law theory and the normative economic theory of trade

The ICFTU claims that its campaign for inclusion of a labour clause in the WTO regime is not motivated by protectionism nor is it questioning the comparative advantage of countries with lower labour costs.²⁹ Rather, the ICFTU argues that a labour clause is needed because the governments of some developing countries have been repressing unions,³⁰ tolerating forced and/or child labour, and encouraging discrimination against female workers in the mistaken belief that doing so will minimize labour costs and thus attract foreign investment and enable their countries' exports to compete successfully on the world market.

This argument for incorporating core workers' rights into the WTO regime is rooted in the prevailing theory of labour law in capitalist, democratic countries. This theory of labour law, which arose in the context of industrialisation and the rise of capitalism rests on the following assumptions:³¹

1. The employer is a large organization engaged in mass manufacturing of uniform products with dedicated machinery. The employer owns the plant, machinery, and finished products.

²⁸⁾ Id. at 22-3.

²⁹⁾ See "Building Workers' Human Rights into the Global Trading System", ICFTU booklet, note 4 above, at 33-6.

³⁰⁾ Id. The ICFTU's Annual Survey of Trade Union Rights for 1998 showed that 132 trade unionists had been murdered that year. The ICFTU and other organisations also report that workers carrying out normal trade union activities are often accused of threatening the country's economic progress and then subjected to various degrees of repression by their own governments, paramilitary forces or company thugs.

³¹⁾ See Karl Klare "The Horizons of Transformative Labour Law" in Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl and Karl Klare, editors, *Labour Law in an Era of Globalization* (Oxford: Oxford University Press 2002)(hereafter *Labour Law*) 3-29. For critical discussion of these assumptions and the need for a new theory of labour law, see id. and Massimo D'Antona, "Labour Law at the Century's End: An Identity Crisis?" in *Labour Law*. For the view that the focus on this particular group of labour rights reflects merely strategic rather than theoretical considerations see Alston, note 9 above.

2. Property ownership entails the right to control access to the property and determine its uses. Thus, employees are and should be command-followers who take direction from the employer during the course of employment.
3. Domestic care-giving costs are chargeable to the household, not to the employer's production budget.

Based on the presumption of the rights of capital ownership, labour law conceives of employment as a power-relation of domination and subordination. This conceptualisation of employment rejects both the liberal assumption that the contract of employment is a product of the parties' autonomous choices and the Marxist view that the contract of employment is always a product of coercion.³² Instead, labour law views the contract of employment as contingent on the relative bargaining strength of the contracting parties. It does not challenge the legal rights associated with capital ownership. It merely seeks to strengthen the bargaining position of employees, through legal protection for freedom of association, collective bargaining, and the right to strike, thus ensuring that employment contracts conform to the liberal norm of freedom of contract between equal parties that is one of the cornerstones of free market economics. Prohibitions against discrimination and child and forced labour serve the same purpose by prohibiting specific kinds of employment practices and relationships that clearly violate liberal norms.

Given this theoretical background it is not surprising that trade unions reject the normative economic argument for free trade. Reports that some governments willfully violate widely recognised labour rights in order to keep prices on their countries' exports low and to attract foreign investment indicate that there is a link between unconditional free trade and violations of labour rights.

Economists' invocation of the Kaldor-Hicks compensation principle to counter the trade union movement's argument for linking trade to protection of labour rights fails to persuade the trade unions because it does not address the underlying assumptions of labour law. From the point of view of the trade union movement, fundamental workers' rights serve as pre-conditions for distributive justice within society. The losses associated with violation of labour rights cannot be compensated by paying off those whose rights have been violated because such violations harm society as a whole. Furthermore, in order for a country to carry out Kaldor-Hicks compensation, it must have the institutions that can manage and contain the

³²) Klare, note 31 above, at 13.

conflicts over distributive justice that economic interdependence triggers.³³ The existence of such institutions implies the presence of a reasonably well-functioning democratic government, which in turn depends on protection of fundamental labour rights, such as the right to organise. Accordingly, protection of fundamental labour rights seems to offer more certain improvement in social welfare than normative economic theory's reliance on the theoretical principle of Kaldor-Hicks compensation.

The trade union movement is similarly unimpressed by economists' concerns that trade restrictions will not be effective. Empirical evidence of the effectiveness or ineffectiveness of trade sanctions consists of a heterogeneous combination of anecdotes, case studies and multi-case "scorecards" of the successes and failures of sanctions and is inconclusive because most of it contains serious methodological flaws, which undermine the validity of the evidence.³⁴ We simply cannot predict with any certainty whether the availability and actual application of trade sanctions to enforce international labour norms within the WTO will or will not produce better compliance. The trade union movement simply prefers to err on the side of labour rights than on the side of economic development.

Finally, the ICFTU proposal aims to address concerns about the potential for abuse of trade sanctions by ensuring that they are the result of multilateral decisions, which would arguably minimise the influence of national industries' protectionist impulses.

4. The Trade vs. Labour Debate from the Prevailing International Law Theoretical Perspective

The prevailing theory of international law is positivism, which holds that the consent of States is the foundation of international law.³⁵ States only become

³³⁾ On the dependence of Kaldor-Hicks compensation on the existence of certain social institutions see Dani Rodrik, "Globalisation, Social Conflict and Economic Growth," 21 *World Econ.* 143 (1998).

³⁴⁾ See Parker, note 10. Parker explains that the methodological flaws consist in consistent failure to live up to the rules of valid measurement and rules of logical inference used in econometrics.

³⁵⁾ This general view has held sway since Hugo Grotius, *De Jure Bellis ac Pacis* (*On the Law of War and Peace*) (1625). Positivism is sometimes used to refer only to the ideas of 19th-century positivists, who claimed that there was no authority superior to the sovereign state, which was bound only by rules to which it had consented, and which enjoyed the unfettered and ultimate prerogative of waging war. See Anghie, note 12 above, at 529-34. Creation of the League of Nations after World War I and then the United Nations after World War II challenged these ideas, setting in motion the development of a new kind of positivism,

bound by an international obligation when they consent, whether consent is inferred through the existence of custom³⁶ or expressly given in a treaty. The doctrine of consent follows from the positivist premise that States are sovereign and independent equals.

Another consequence of conceiving of States as sovereign and independent equals is that they are accorded the right not only to protect their territory against foreign invasions, but also the right to “freely determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development.”³⁷

The emergence of the concept of international human rights challenges the statist orientation of traditional international law since compliance with the international law of human rights takes place within a State, instead of between States, and depends on its own domestic legal system. The disjunction between the concepts of human rights and state sovereignty has made it difficult to obtain the same kind of compliance with international human rights law as with other international obligations.³⁸ The causes of human rights violations are largely cultural and political and, therefore, internal, leading governments to regard external enforcement measures as unwelcome intrusions on national sovereignty.³⁹

Furthermore, the ways in which the international system has exerted influence on States to comply with their international obligations are not well suited to indu-

sometimes referred to as pragmatism, that sought to modify the previous notions of state sovereignty that were blamed for legitimating, if not facilitating world war. A representative list of 20th-century positivist authors in international law includes Louis Henkin, *How Nations Behave* (Columbia University Press, 2nd edition, 1979); Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* (Oxford University Press 1990); Ian Brownlie, *Principles of International Law* (Oxford University Press, 6th ed., 2003) and Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952).

³⁶⁾ The elements of custom are uniformity and constancy of a practice by states and evidence that that practice is based on perception of obligation. See Article 38 of the Statute of the International Court of Justice.

³⁷⁾ See, e.g., Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, United Nations General Assembly Resolution 2625 (XXV), United Nations General Assembly, 25th Session, Supplement No. 28, at 121, *United Nations Document A/8028*.

³⁸⁾ See Louis Henkin, “International Law: Politics, Values and Functions” in *216 Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 13 (Vol. IV, 1989) at 251.

³⁹⁾ *Id.*

cing compliance with human rights obligations.⁴⁰ In a world of free and equal sovereign states, the principle inducement for international compliance, absent some agreed upon enforcement procedure such as in the WTO, generally is “horizontal enforcement”. Horizontal enforcement is the deterrence effect of the anticipated response of the State that is the victim of a violation of an international legal norm or of others that would visit undesirable consequences upon a violator. Like other international obligations, human rights obligations create rights in the promisees, which are States, and therefore afford other States remedies. States have not been sufficiently motivated to pursue their remedies since the real beneficiaries are not the State promisees but the inhabitants of the promisor State.

A second problem is fashioning a remedy. A State promisee cannot respond with retaliation, as would otherwise normally be the case, because retaliation consists of a State response in kind. If one State violates the human rights of its inhabitants, promisee States will not, and of course ought not, retaliate by violating the human rights of their own inhabitants. Armed intervention is acceptable under international law under only very limited circumstances, and most of the situations involving human rights violations do not rise to the level of seriousness and pervasiveness necessary to justify such intervention. The only remedies left are various diplomatic manoeuvres.

Although the ILO’s labour rights regime has been long regarded as one of the most successful of international legal regimes,⁴¹ it does not offer much more in the way of enforcement than what is otherwise available for enforcement of human rights generally. The ILO Constitution provides an agreed upon complaint and enforcement procedure, but it applies only to obligations arising under an ILO Convention that a country has ratified, whether it is one of the fundamental conventions or not.⁴² A number of significant actors in the world economy have not ratified the fundamental conventions.⁴³ For example, South Korea, Saudi Arabia, Iran, Thailand, China and the United States have not ratified the conventions on freedom of association. Furthermore, the most severe penalty for violating an ILO convention obligation is the embarrassment and nuisance of under-

40) The following discussion is a summary of Louis Henkin’s analysis, note 38 above.

41) See Alston, note 9 above, at 458.

42) The two UN human rights conventions from 1966 also have compliance monitoring procedures, but to the extent a complaint involves a right covered by both an UN convention and an ILO convention, the ILO complaint procedures will apply, see ILO Constitution Art. 24.

43) Information on ratifications of the ILO Fundamental Conventions as of 21 June 2004 obtained from the ILO’s website at <http://www.ilo.org>.

going an investigation by an ILO Commission of Inquiry in response to an Article 26 complaint.

Article 26 provides that an International Labour Conference Delegate, a ratifying Member State, or the ILO Governing body can bring a complaint asserting that an ILO member State is not satisfactorily securing the effective application of an ILO Convention which it has ratified. The Governing Body then decides whether to appoint a Commission of Inquiry. The Commission may visit the Government concerned as part of its investigation. The Commission then writes its report, in which it makes recommendations and a timeline for their implementation. The report is then published and sent to the Governing Body and Government concerned.⁴⁴ The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations then follows up on implementation of the recommendations contained in the Commission's report. Article 33 provides that if any Member fails to carry out within the time specified the recommendations contained in the report of the Commission of Inquiry, the Governing Body may recommend to the Conference such action as it may deem wise and expedient to secure compliance therewith. The ILO Constitution does not include economic sanctions specifically among its enforcement mechanisms, and the ILO has never recommended economic sanctions.

On the other hand, the GATT, both before and after the Uruguay Round agreements, has prohibited trade restrictions for any reason other than those specified in the GATT's Article XX. Article XX permits WTO member States to contravene any of the GATT rules⁴⁵ by unilaterally restricting trade with other WTO member States if necessary to protect certain specified non-trade related interests, for example human, animal or plant life or health.⁴⁶ The general rule against using trade restrictions except as provided in Article XX is enforceable with binding dispute resolution and, if necessary, retaliatory trade measures.⁴⁷ In light of these

⁴⁴⁾ If the government of the country concerned does not accept the recommendations contained in the report, it can propose to refer the complaint to the International Court of Justice. ILO Constitution, Article 29.

⁴⁵⁾ See *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R (20 May 1996) page 23: "The exceptions listed in Article XX...relate to all of the obligations under the General Agreement: the national treatment obligation and the most-favoured-nation obligation, of course, but others as well."

⁴⁶⁾ Article XX(b) provides an exception for measures necessary to protect human, animal or plant life or health. Article XX(e) also provides an exception for measures relating to the products of prison labour.

⁴⁷⁾ In the event the offending member State fails to comply with the Dispute Settlement Body's (DSB) ruling within a "reasonable period", which is determined in accordance with Article 21 of the WTO's Dispute Settlement Agreement, Article 22 provides that the offending

consequences, WTO member States are generally unwilling to introduce trade restrictions that do not have a clear basis in Article XX of the GATT. If trade restrictions are to be an option for the enforcement of labour rights, a new exception to Article XX is probably necessary.⁴⁸

The trade union movement's campaign for a labour clause in the WTO is directly related to changes brought about by the establishment of the WTO and the entry into force of the WTO Dispute Settlement Understanding. The GATT of 1947 contained the same substantive prohibition against trade restrictions and the same exceptions found in the GATT 1994. The difference between the WTO and the GATT from the trade union perspective is that before establishment of the WTO, GATT panel rulings were binding only if all GATT contracting parties, including the offending State, voted to adopt the ruling. GATT panel rulings could not be enforced through retaliatory measures, either. The free trade rules were thus roughly equal to the ILO conventions in terms of the enforcement possibilities connected to them until 1995. In some cases, GATT contracting parties appeared to be willing to risk inviting GATT challenges in order to pursue non-trade policy interests, such as environmental protection⁴⁹ and public health,⁵⁰ recognizing that the penalties were small in comparison to the hoped-for gains.

Furthermore, there were substantially fewer GATT contracting parties until the beginning of the Uruguay Round than there were WTO Member States in 1995. The founding contracting parties of the GATT were only 23. The number grew to 102 by the time of the Tokyo Round, which stretched from 1973 to 1979, and 123 by the time of the Uruguay round. The WTO member States numbered 147 as of 23 April 2004, and has included China since 11 December 2001. While

state may negotiate with the complaining state for mutually acceptable compensation, such as the grant of a concession by the respondent state on a product or service of interest to the complainant state. If the parties are unable to reach agreement on compensation, the prevailing party may request authorization from the DSB to suspend application to the Member concerned of trade concessions or other obligations under the covered agreements.

⁴⁸⁾ Alternatively, the Appellate Body could, though it is unlikely, decide that the "public morals" and "human life or health" exceptions in Article XX(a) and (b) respectively of the GATT should be interpreted as including certain basic human and/or labour rights. See Robert Howse, *The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights*, 3 J. Small & Emerging Bus. L. 131 (arguing that a workers' rights clause is unnecessary because Article XX of GATT 1947, providing for an exception to GATT rules in certain circumstances, might be interpreted to allow for non-protectionist import restrictions on products made under conditions that violate core labour rights).

⁴⁹⁾ See *United States – Restrictions on Imports of Tuna* (complaint brought by Mexico), GATT Doc. 21/R, reprinted at 30 I.L.M. 1594, ruling not adopted, circulated on 3 September 1991.

⁵⁰⁾ See *Thailand – Restrictions on the Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, ruling adopted on 7 November 1990, GATT Doc. DS10/R.

GATT contracting parties were bound by the GATT rules not to impose trade sanctions against each other for any reason other than those specified in Article XX, no clear norm in customary law prohibited the unilateral application of economic sanctions by or against countries that had not joined the GATT trade regime.⁵¹ Thus, at least theoretically, States could still credibly threaten and apply trade restrictions against a fair number of countries in response to human and labour rights until the WTO agreements entered into force.

The trade union movement's campaign for a WTO labour clause appears to be a logical response to the changes brought about by the establishment of the WTO. However, critical international law scholarship during the last fifteen years suggests that the current international legal order is deficient in ways that may cause a labour rights clause in the WTO to produce more injustice rather than less.

5. Critical international legal perspectives and the labour clause debate

As pointed out earlier in this article, the labour rights included in the campaign for a labour clause are the rights considered necessary to provide workers with the opportunity to equalise the balance of power between capital and labour. In other words, protection of these rights is believed to be necessary to achieve a fair distribution of social power. However, the distribution of social power is precisely the kind of task that, according to Philip Allott, cannot be achieved by international law as currently conceived.

Allott argues that international law—whether arising through custom or treaty—cannot serve as the arbiter of the distribution of social power because it is not integrated into a larger social reality in either theory or practice.⁵² While a larger

⁵¹) See, e.g., Barry E. Carter, *International Economic Sanctions*, 6, n. 6 (1988) (the frequent use of sanctions by the United States and many other countries constitutes persuasive evidence that no clear norm exists in customary law against the unilateral use of economic sanctions.) See also *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits Judgment, [1986] I.C.J. Rep. 14, para. 245 (with regard to the economic sanctions that the U.S. had imposed against Nicaragua, including a complete embargo on trade, the Court said that it was "unable to regard such action on the economic plane as is here complained of as a breach of the customary-law principle of non-intervention."). Articles 39 and 41 of the UN Charter provides for the imposition of collective economic sanctions, but only in the event of a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, the determination of the existence of which are committed to the Security Council along with the determination of what measures should be taken.

⁵²) See Allott, *Eunomia*, note 11, at 317.

social reality is supplied by a conception of domestic society in domestic legal systems, no conception of international society exists in which to situate international law.⁵³

As the above discussion of the positivist theory of international law showed, international law is conceived as arising from and governing the interactions of States, which are not conceived as societies, but as public realms under the authority of governments that came into being as a way of internally organizing a certain sort of society. The only kinds of interactions between States that have any significance in international law are diplomacy or war.⁵⁴ All the socializing of human beings in societies, which occurs through social-reality forming processes such as religion, economics and law, is conceived as being a matter for each and every state-society independently. Social processes, even those that occur between societies in different states, are generally regarded as irrelevant to international law. Furthermore, the central institutions of international law—statehood, sovereignty, recognition and consent—guarantee that international law, whether customary or treaty law, reflects the wishes of holders of State power, who are not necessarily always accountable to the people they govern.

The WTO trade regime is a product of this conception of international law. The WTO rules for international trade only apply to governments and are decided through diplomacy. That is, restricted groups of economic and legal experts negotiate agreements on trade and other aspects of the international economy in confidential meetings. Even if negotiations are conducted with the participation of persons and groups other than the representatives of the national and international public realms and the rituals of diplomatic negotiation are exchanged for free debate about ends and means, values and purposes, the last word as to the content of the treaty and its re-entry into the national legal systems remains with the controllers of the national and international public realms.⁵⁵ Allott observes:

The making of treaty-law...brackets out of the national process the making of a form of law which is liable to become an important factor in national public-realm decision-making, or even to become part of the substance of national law. This

53) Allott constructs his own theory of society on the basis of the view that human experience is structured by human consciousness. See *Id.*, at 3-119. Human consciousness creates religion, mythology, history, art, philosophy, natural science, economy, morality and law in order to structure our experience of the physical world and our interaction with it. All of these reality-structures are integral to each other and operate together to organize human interaction into a structure-system that carries human consciousness and society forward from the past to the future

54) *Id.*, at 244.

55) Allott, *Health of Nations* note 11, at 309-10.

bracketing-out means that normal national constitutional processes, including political accountability for executive-branch action, may apply in a disorderly way, if at all to treaty-law-making.⁵⁶

Free from the normal constraints of national constitutional processes, trade negotiators are free to pursue State interests, however they may be defined. If the result serves the common interest of humanity, it is a result of coincidence rather than the design of the system.

In this context the likelihood that any agreement reached on a labour rights clause in the WTO will serve the interests of workers in all countries seems rather small. There is a significant risk that it would ultimately serve primarily the interests of those governments with the best bargaining position, namely the industrialised nations.⁵⁷ The ICFTU will not be able to control the outcome of negotiations over a labour clause. The more powerful countries could still find opportunities to skew the resulting clause in their favour.

The concern that economically powerful countries would try to skew a WTO labour clause to their advantage and to the disadvantage of weaker countries is supported by Antony Anghie's work on the decolonisation project of the League of Nations' Mandate System.⁵⁸ The Mandate System was created in response to the question of what should be done with the colonial possessions of the vanquished Axis powers. The nineteenth- and early twentieth-century positivist view of international law would have sanctioned distributing these territories among the victorious powers as the spoils of war.⁵⁹ But because this view of international law was perceived as having paved the way to World War I, international lawyers during the interwar period looked for other ways of conceiving the relationship between the Axis powers' former colonies and the victorious powers.

The League lawyers found inspiration in the work of Francisco de Vitoria,⁶⁰ a Spanish jurist in the sixteenth century who had formulated a legal basis for the Spanish rule over the Indians of the New World. Vitoria pointed out that although

56) *Id.*

57) The ICFTU recognizes that low-income developing countries have little negotiating strength in the WTO process. See, ICFTU "Building Workers' Human Rights Into the Global Trading System", note 4, at 23.

58) Anghie, note 12 above.

59) See note 35 above.

60) Anghie, note 12 above, at 564.

the Indians had a form of government themselves, this was inadequate as the Indians had "no proper laws nor magistrates, and [were] not even capable of controlling their family affairs."⁶¹ As such, Vitoria argued that it was in the interests of the Indians themselves, whom Vitoria compared to infants,⁶² that the sovereigns of Spain undertook the administration of their country to provide them with prefects and governors for their towns so long as this was clearly for their benefit. In Vitoria's legitimization of the Spanish conquest of the Indians, the League lawyers found an international legal argument for protection of the welfare of former colonial peoples.

The League's approach to the Mandates, articulated in Article 22 of the League Covenant, mirrored Vitoria's conception of guardianship over dependent peoples:

"To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by *peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world*, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilization and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant.

The best method of giving practical effect to this principle is that the *tutelage of such peoples* should be entrusted to *advanced nations* who, by reason of their resources, their experience or their geographical position, can best undertake this responsibility and who are willing to accept it, and that this tutelage should be exercised by them as Mandatories on behalf of the League."

Like Vitoria, the League lawyers perceived the non-European societies of the Mandate territories as being backward. Instead of conquest and exploitation, though, the inferiority of these societies would now serve to justify a long period of tutelage under the supervision of the advanced nations of the League.

Anghie argues that because of the continuing perception of non-European societies as being backward, the practices of cultural subordination and economic exploitation that were essential aspects of colonialism continued to play a central role in the Mandate System. Furthermore, he argues that this perception of difference persists and continues to generate analytic categories within international law because much of modern international law evolved from the doctrines and

⁶¹⁾ Francisci de Vitoria, *De Indis et Ivre Belli Relectiones* (Ernest Nys ed. and John Pawley Bate trans. 1979)(1969) at 161, as quoted in Anghie, note 12 above, at 564.

⁶²⁾ This was in addition to characterising them as having "defective intelligence" and being hardly better than wild beasts. See *id.*

practices of the Permanent Mandates Commission and the League Council.⁶³

The perception of non-European societies' backwardness generates analytic categories within international law through the operation of what Anghie calls the "dynamic of difference",⁶⁴ which consists of the following series of manoeuvres:

1. A fundamental difference is postulated between the European and non-European worlds.
2. This difference leads to the generation of the doctrines, technologies, and institutions that purport to bridge this gap, efface difference, and achieve uniformity and universality.
3. Failure on the part of the natives to comply with these universalising doctrines and interventions leads to the application of sanctions.⁶⁵

Anghie argues that as a consequence of this dynamic operating in the Mandate System, sovereignty acquired a different form and character as it was transferred from the European context to the new states emerging from the Mandate territories. This new kind of second-class sovereignty was due in large part to the creation by the Mandate System of an ostensibly universal science by which all societies could be assessed and advised on how to achieve the goal of economic well-being and development.⁶⁶

The perception of development as a science was due in large part to identifying "well-being and development" with economic development alone. Labour policy in the Mandates exemplified this tendency.⁶⁷ A central aspect of economic development after the war was large infrastructure and development projects, such as railroads, harbours, public buildings, and highways, which enabled European mining, trading and agricultural companies to enter the interior of the former colonies in search of raw materials. The construction of these projects was regarded as being of such central importance that the League Council permitted compul-

⁶³) See *id.*, at 518.

⁶⁴) *Id.*

⁶⁵) Anghie at 519.

⁶⁶) *Id.*, at 624.

⁶⁷) *Id.*, at 591-92.

sory or forced labour for remuneration for “essential public works and services,”⁶⁸ even after the Permanent Mandate Commission knew that these projects were associated with high mortality rates.⁶⁹

According to Anghie, the science of colonial administration that the Mandate System brought into being became the new “science of development” that provides the legitimating foundation of modern development institutions such as the Bretton Woods Institutions (BWI)—the World Bank and the International Monetary Fund.⁷⁰ Like the Mandate System, the BWI also seeks to ensure the “well being and development” of Third World countries, but well being is generally assumed to follow from economic development. As in the case of the Mandate System, the people who are the objects of the BWI are denied any effective decision-making power. The governance structure of the BWI ensure that rich, industrialised countries control the BWI and use this control to pursue their own interests while ostensibly promoting development. Furthermore, the BWI understand poverty and underdevelopment as arising from factors that are purely endogenous to developing societies. As a consequence, the BWI’s programs are directed toward reforming the backward, developing country. All of these aspects of BWI development doctrine are made possible through conceiving of developing countries as enjoying something less than the sovereignty of developed countries of the North.

Anghie concludes that colonial relations have endured, as exemplified by the BWI, even after Third World states acquired independence *because* of international law and institutions rather than *despite* them, and that the fundamental premises of international law should accordingly be reconsidered. Accordingly, Anghie’s analysis of colonialism and international economic development policy counsels caution in using trade sanctions, to force non-European developing countries to comply with international labour rights.

Indeed, even though the ICFTU’s campaign for a WTO labour clause emphasises the importance of the social dimension of development whereas the BWI focus on the purely economic, it contains elements that suggest that it, too, is influenced by the “dynamic of difference”. The ICFTU’s pamphlet describing its proposal for a labour rights clause creates the image of a gap between developed nations and developing countries by focusing on problems in developing countries in

⁶⁸⁾ *Id.*, at 593, quoting from the Agreement for Tanganyika, Article 5. Anghie notes that such provisions for forced labour were included in a number of other Mandate Agreements.

⁶⁹⁾ *Id.*, at 592-93.

⁷⁰⁾ *Id.*, at 629-30.

Asia, Eastern Europe, Latin America and Africa, and then explaining “why developing countries would benefit most from respecting workers’ rights.” The campaign for a strong, sanctions-based trade and labour linkage in the WTO cultivates the idea that we need new doctrines and new institutions to bridge that gap. The ILO is no longer good enough. Adoption of a labour rights clause by the WTO will complete the series of manoeuvres in Anghie’s “dynamic of difference” by providing a legal basis for applying trade sanctions to countries whose “unenlightened” governments flout their obligations to protect international labour rights.

Even though the ICFTU’s trade union members in the potential target states themselves are calling for a WTO labour clause, Allott’s critique of prevailing international law theory ought to remind us that the formulation and application of the clause will in the end be hammered out in negotiations between WTO member States. Scepticism about whether the good intentions of the ICFTU and the determination of its members in potential target states can match the determination and power of North American and European states in the negotiating process does not seem out of place. The United States’ support for a WTO labour clause despite its failure to ratify more of the fundamental ILO conventions than Myanmar and Oman, and despite its historical antipathy towards the ILO, suggests that the U.S. may not be pursuing the same interests as the ICFTU. Anghie’s work on the Mandate System suggests that the exploitation and domination of the past can easily repeat itself in the WTO. A labour clause would provide the legal basis for it.

6. Conclusion: Alternatives to a Labour Rights Clause

In light of Allott’s critique of the prevailing conception of international law and Anghie’s analysis of decolonisation and its role in the development of modern international law, the campaign to insert a labour rights clause into the WTO regime seems like a risky gamble. The rights of workers may easily be lost in the myriad calculations of diplomacy and international relations as the industrialised countries use their bargaining and economic power to advance their own interests against weaker, developing countries, thus ensuring the continuation of the global imbalance of economic wealth and power.

Neither Allott nor Anghie offer concrete proposals for reforming the international system that can be readily applied to resolve the debate about insertion of a labour clause into the WTO regime. Nevertheless, their critiques and analyses of the current international legal system suggest criteria by which we can evaluate proposals for new ways of enforcing international labour rights.

Allott's work suggests that we should take account of the fact that the international legal system generally serves the interests of holders of state power, not humanity as a whole. Anghie's work suggests that we should remember that while they may be formally equal in international law, States do not have equal power. The developing countries have been particularly vulnerable to exploitation and domination by European states and the U.S., which should counsel caution when the likely targets of a WTO labour clause will be developing countries, and the likely users of such a clause will be Europe and the U.S.

These critiques suggest two criteria that new strategies to bring about more effective protection of fundamental workers' rights should fulfil in order to prevent them from being co-opted by the interests of the more powerful States. First, any mechanism for enforcing labour rights should be available only to the affected workers, or their representatives—not States. Second, any penalty for infringing workers' rights should be imposed on the government in a way that will not cause additional suffering to the general population. This criterion would ensure the deterrent value of the penalty and prevent a self-appointed, and therefore not necessarily representative, group from making a decision that may not reflect the legitimate interests of the rest of the population. Trade sanctions do not meet this criterion. Third, any gains arising from application of a penalty—such as a fine—should accrue to the workers whose rights have been violated, ensuring that the interest in setting the enforcement measures in motion reflects the interests of the workers. For example, a fine could be paid into a fund for compensating workers and their families for violations of workers' rights.

Thorough development of international remedies for workers whose fundamental rights have been violated is beyond the scope of this paper. A number of international human rights scholars have begun to consider the question of individual remedies for human rights violations.⁷¹ More work is needed to develop realistic alternatives to insertion of a labour clause in the WTO regime. Until that work is completed, the existing complaint and monitoring procedures of the ILO, while perhaps not as effective as we would like, do not pose a significant risk of continuing the patterns of cultural subordination and exploitation that arise from the dynamic of difference. The same cannot be said of a WTO labour clause.

⁷¹) See, e.g., Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism* (Oxford University Press 2003).

Krav ved kontraktophør i vesteuropæiske agenturforhold

Elisabeth Thuesen

1. Indledning

Inden for agenturforhold er der indført en høj grad af lovharmonisering i den vesteuropæiske del af EØS-området, som omfatter de lande, der var medlemmer af EU før 1. maj 2004, og de resterende EFTA-lande: Norge, Island og Liechtenstein. Schweiz har tilpasset sin lovgivning om handelsagentur til de europæiske regler. Det vil få stor praktisk betydning for samarbejdet i Vesteuropa inden for dette område, såfremt der kan ske en ensartet anvendelse af de regler, der beskytter handelsagenten, når kontrakten ophører, og findes et fælles niveau for de økonomiske krav, som parterne kan rejse mod hinanden. Hensigten med denne fremstilling er at give et overblik over den vigtigste harmoniserede regulering af disse krav og fremhæve væsentlige nationale karakteristika i de enkelte landes ret.

Handelsagenten er en selvstændig erhvervsdrivende, der i agenturgiverens navn og for dennes regning virker for salg eller køb af varer ved at indhente tilbud til agenturgiveren eller indgår aftale herom på agenturgiverens vegne. Handelsagenten betegnes i det følgende som "agenten". På grund af agentens særlige stilling og tætte relationer til agenturgiveren er det hensigtsmæssigt, at der er foretaget særskilt regulering af de krav, som kan rejses ved kontraktens ophør.

2. Retsgrundlag

I EU er reglerne om handelsagentur harmoniseret ved EF-direktivet om handelsa-

genter,¹ der er gennemført i alle de medlemslande, som pr. 1. maj 2004 havde tilsluttet sig EU. Også lovgivningen i Norge og Island er tilpasset til direktivet. Schweiz, som hverken er medlem af EU eller EØS, har med visse afvigelser fulgt principperne i agentdirektivet. Lovgivningen i Liechtenstein er ikke medtaget i denne fremstilling. Iøvrigt er det tilstræbt at medtage de nationale staters væsentlige lovregulering, men fremstillingen er ikke udtømmende.

I national ret gælder inden for de nordiske lande, at Danmark, Sverige og Norge har indført næsten enslydende agentlove, som den finske agentlov har tilnærmet sig. Den islandske lov er lidt mere generelt udformet, men følger principperne i Skandinavien, således at der i store træk foreligger nordisk retsenhed.

Dansk lov om handelsagenter og handelsrejsende nr. 272 af 2.5.1990, svensk Lag om handelsagentur (1991:351) af 2.5.1991, norsk lov om handelsagenter og handelsrejsende (agenturloven) nr. 56 af 19.6.1992, finsk Lag om handelsrepræsentanter och försäljare no. 417 af 8.5.1992 og islandsk lög um umbodssöluvidskipti no. 103 af 28.12.1992.²

I Tyskland, Frankrig, Italien, Nederlandene og Schweiz er de grundlæggende regler indført i lovbøgerne, i Frankrig suppleret med særlige love, medens Belgien, Luxembourg, Grækenland, Portugal og Spanien har indført eller revideret særlige love. Storbritannien og Irland har indført ny lovgivning på området. I nogle lande suppleres agentlovgivningen med arbejdsretlige regler.

Tyskland: Handelsgesetzbuch 1. Buch, 7. Abschnitt (HGB) §§ 84-92c, jfr. lov af 23.10.1989. *Frankrig:* Code de commerce art. L 134-1 - art. L 134-17, jfr. den nu ophævede loi no. 93-593 af 25.6.1991, og Décret no. 58-1345 du 23 decembre 1958 relatif aux agents commerciaux som ændret ved Décret no. 92-506 af 10.6. 1992, samt Arrêté af 8.1.1993 relatif à l'immatriculation au registre spécial des agents commerciaux. *Italien:* Codice civile art. 1742-1753, hvortil kommer kollektive aftaler (Accordi Economici). *Nederlandene:* Burgerlijk Wetboek (BW), bog 7, afd. 4, art. 428-445. *Schweiz:* Das schweizerische Zivilgesetzbuch 5. Teil, Obligationenrecht (OR), 4. Abschnitt art. 418a-art. 418v. - *Belgien:* Loi du 13.4.1995 relative au contrat d'agence. *Luxembourg:* Loi du 14.6.1994. *Grækenland:* Præsidentens Dekret no. 219 af 18.5.1991 m. ændr. v. dekret no. 249/93, 88/94 og 312/95. *Portugal:* Lovdekret no. 178-86 af 3.7.1986 som ændr. v. lov no. 118 af 13.4.1993. *Spanien:* Lov no. 12 af 27.5.1992. - *Storbritannien:* The Commercial Agents (Council Directive)

¹⁾ Rådets Direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemslandenes lovgivning om selvstændige handelsagenter. Se definition af handelsagenten art. 1 (2).

²⁾ Engelsk oversættelse til Act No. 103/1992 respecting Commission Sales Transactions findes på <http://eng.idnadarraduneyti.is/laws-and-regulations/nr/1264>.

Regulations, S.I. 1993 no.3053, som ændr. v. (Amendments) Regulations, S.I. 1993 no. 3173, og (Amendments) Regulations, S.I. 1998 no. 2868. *Irland*: European Communities (Commercial Agents) Regulations, S.I.1994 no. 33, som ændr. v. Regulations, S.I. 1997 no.31.

3. Oversigt over kravenes art

Agenten honoreres normalt med provision for de handler, som gennemføres. Ved kontraktophøret reguleres provision for de handler, som er under afvikling, ved krav om *efterprovision*. Endvidere kan begge parter kræve *erstatning* for det dokumenterede tab i anledning af ophøret, når der foreligger det fornødne ansvarsgrundlag. Hertil kommer, at agenten kan kræve en særlig *godtgørelse eller erstatning for tab af kundekreds*. Bortset fra lovgivningen i et enkelt land kan agenten ikke rejse selvstændigt krav på dækning af investeringer, der er blevet nytteløse som følge af kontraktophøret. Endelig kan agenten have påtaget sig en *konkurrenceklausul*, som i tilfælde af overtrædelse udløser erstatning til agenturgiveren. Foruden regulering af erstatnings- og godtgørelseskrav skal der ske en praktisk afvikling af parternes samarbejdsforhold: Udlånt materiale skal tilbageleveres, og eventuelt skal lejekontrakter på lagerlokaler opsiges mv. Der vil ikke her blive redegjort for denne afvikling.

4. Efterprovision

Når agenturforholdet har været aktivt, vil der ved kontraktophøret være handler, som agenten har forhandlet eller indgået med kunder før ophøret, men som først afsluttes eller opfyldes efter ophøret. De provisionskrav, som agenten kan rejse for sådanne handler, er egentlige provisionskrav, hvor agenten er berettiget til bruttoprovision. Der er tale om vederlagskrav for udførte aktiviteter. I Tyskland kaldes kravet undertiden for "Überhangprovision". Ifølge EF-direktivets art. 8 litra a skal der ydes provision for handler, der indgås efter agenturforholdets ophør, hvis handlen hovedsagelig er bragt i stand ved agentens medvirken i kontraktperioden, og den indgås inden for rimelig tid efter kontrakten ophør. Her har det ingen betydning, om ordren fra kunden er modtaget³ før eller efter kontraktens ophør; det afgørende er, hvornår handelen er indgået. Endvidere bestemmes i art. 8 litra b, at provision ydes, såfremt agenturgiveren eller agenten, jfr. direk-

³⁾ National aftaleret regulerer, hvornår ordren anses for "modtaget". I nordisk ret gælder følgende: Efter dansk agentlov § 10 (1) skal ordren være "kommet frem". Efter svensk lov § 10 (1), norsk lov § 11 nr. 1 og islandsk lov art. 8 skal ordren være modtaget. Finsk lov § 11 (1) anvender udtrykket "the order reached the principal or the commercial agent".

tivets art. 7, har modtaget kundens ordre før kontraktens ophør. Her er der tale om ordrer fra kunder, som agenten tidligere har skaffet, eller direkte ordrer, dvs. ordrer fra kunder hjemmehørende i agentens område, hvor ordren er sendt direkte til agenturgiveren. For ordrene omfattet af art. 8 litra b ydes kun provision, såfremt handelen med kunden er blevet indgået inden kontraktens ophør. Agenten har i disse tilfælde normalt ikke medvirket til at bringe den konkrete handel i stand; derfor ydes kun provision for handler baseret på ordrer, der er indkommet før kontraktophøret. Ved udskiftning af agenten har ifølge art. 7 den tiltrådte agent ikke krav på provision, medmindre forholdene taler for at dele provisionen mellem den fratrådte og den tiltrådte agent.

Det gælder både for provision i kontrakttiden og efterprovision, at kravet først er endeligt erhvervet, når handelen er eller skulle have været opfyldt af agenturgiveren, eller at kunden - eksempelvis ved salgsagentur - har betalt købesummen, jfr. EF-direktivet art. 10. Efter den danske agentlov § 11 forfalder provisionen i salgsagentur senest, når agenturgiveren har eller skulle have leveret varen, og kunden har betalt købesummen. I forbindelse med efterprovision ligger handelens gennemførelse efter kontraktens ophør. Det er ikke fastsat, hvor lang tid der kan gå fra kontraktophøret eller handelens indgåelse og frem til handelens gennemførelse, for at kravet på efterprovision bevares. Det må afgøres konkret, men antageligt vil et ganske langt tidsrum kunne forløbe, førend kravet på efterprovision mistes på grund af passivitet, se dog nedenfor om den belgiske regulering.

EF-direktivets regler er gennemført i de europæiske lande med små afvigelser. Norge har ikke medtaget art. 7 om regulering af provisionskravet mellem den fratrådte og den tiltrådte agent. I Belgien ydes kun efterprovision for handler, som er blevet opfyldt senest 6 måneder efter kontraktens ophør, jfr. agentloven art. 11 (1). I Schweiz forfalder provisionskravet, når handelen med kunden indgås. Ved kontraktophør er således alle provisionskrav for ordrer, der er accepteret inden kontraktophøret, forfaldne ved ophøret, se OR art. 418g (3), jfr. art. 418t (2). Det er endvidere bestemt, at i tilfælde, hvor handelen først indgås efter kontraktophøret, forfalder provisionskravet samtidig med, at handelen indgås; iøvrigt er der adgang til at aftale en senere forfaldstid for at undgå tilbagebetaling af provision, såfremt handelen ikke opfyldes.

5. Erstatning

Der er ikke fastsat fælles eller harmoniserede erstatningsregler i Europa, bortset fra de særlige regler om erstatning for tab af kundekreds, som behandles nedenfor under pkt.6.2. Erstatning ydes på grundlag af de traditioner, som er skabt

under udviklingen af lovgivning og retspraksis på nationalt plan. Den retlige regulering indeholder dog fælles grundlæggende træk. Overalt ydes erstatning for det adækvate nettotab, som den skadelidte part har lidt ved kontraktbrud i form af manglende eller utilstrækkelig opfyldelse af forpligtelser svarende til misligholdelse i dansk ret. Den fælles kerne for ansvarsgrundlaget er culpa, hvorved forstås, at misligholdelsen skal kunne tilregnes den skyldige part som et uagt-somt eller forsægtligt forhold. Ansvarer udstrækkes til fejl begået af den skyldige parts ansatte eller selvstændige medhjælp samt manglende pengemidler ved misligholdelse af betalingsforpligtelser. Der gøres dog undtagelse i tilfælde, hvor en part har en tungtvejende grund til at undlade opfyldelse, typisk begrundet med den anden parts misligholdelse. Ansvarsgrundlaget kan være strengere i de enkelte nationale retsordninger.

Den skadelidte part skal så vidt muligt stilles, som om kontrakten var blevet behørigt opfyldt. I tilfælde, hvor kontrakten er blevet bragt til ophør med manglende eller for kort opsigelsesvarsel, ydes erstatning svarende til provisionstab for den resterende kontraktperiode, udregnet på grundlag af den provision, som er blevet indtjent i en tilsvarende tidligere periode, hvilket har betydning for eksempel ved sæsonarbejde. I den belgiske agentlov art. 18 (3) er det dog bestemt, at erstatningen skal beregnes på grundlag af den gennemsnitlige månedlige provision i de seneste 12 måneder forud for kontraktens ophør. - Sparede udgifter fradrages i erstatningen. - I det omfang, tabet dækkes af efterprovision, kan kravet ikke samtidig gøres gældende som erstatningskrav.

Det er overladt til de enkelte landes ret at fastlægge, hvilke tabsposter der dækkes. I Frankrig ydes en samlet erstatning, hvori der også kan indgå overvejelser om investeringer, og i den islandske agentlov Art. 17 (4) fastlægges investeringer, der er gennemført i samråd med agenturgiveren og derefter er blevet unyttige, udtrykkeligt som en tabspost i forbindelse med erstatning for tab af kundekreds, se nedenfor under pkt. 6.1. I de øvrige lande kan mistede investeringer eventuelt blive dækket som en del af det tab, der er opstået som følge af misligholdelse af kontrakten i det omfang, det er bevist, at investeringerne var aftalt eller forudsat mellem parterne.

Når erstatningen konkret opgøres, må tabet dokumenteres under hensyn til de bevisregler, som gælder i de enkelte lande. I Nederlandene er der særlige regler om, at parterne kan anmode dommeren at fastsætte en skønsmæssig erstatning, BW art. 440 og 441. I Schweiz er det ligeledes bestemt, at dommeren kan give en passende erstatning. Visse tabsposter dækkes ved erstatning beregnet som

krav i henhold til den schweiziske arbejdsret. Også i Frankrig ydes en samlet erstatning efter dommerens skøn. Da der i Danmark er fri bevisbedømmelse, vurderer dommerne, om tabene anses for at være fyldestgørende dokumenteret.

I nordisk ret sondres ikke mellem erstatning for skade, som opstår i kontraktperioden eller ved kontraktens ophør som følge af en parts pligtforsømmelse. Dansk lov § 6 bestemmer, at den, som vil kræve erstatning, skal underrette den anden part herom uden ugrundet ophold, efter at den pågældende fik eller burde have fået kendskab til forsømmelsen og skaden, ellers mistes erstatningskravet. Dette gælder dog ikke, hvis den anden part har handlet i strid med almindelig hæderlighed eller groft uagtsomt. Den finske lov § 9 og den islandske lov § 16 (2) indeholder tilsvarende, næsten enslydende bestemmelser. Det gælder også med visse tilføjelser den svenske lov § 34 og den norske lov § 8, hvor reglerne herom er gjort ufravigelige i disse to lande.

Ifølge EF-direktivet art. 4 (2) litra b har agenturgiveren pligt til at give meddelelse, dersom han kan forudse, at agenturforretningernes omfang bliver væsentligt mindre end det, som agenten normalt kunne have forventet. Overtrædes denne pligt, kan der kræves erstatning, hvis betingelserne herfor er opfyldt efter de almindelige regler. Dog findes i den nederlandske WK art. 435 og den schweiziske OR art. 418m (1) udtrykkelige bestemmelser herom. I Nederlandene har agenten krav på en særlig erstatning (beloning) i sådanne tilfælde, når de ikke skyldes agentens forhold. I Schweiz har agenten krav på en passende erstatning (Entschädigung), når agenturgiveren ved krænkelser af sine pligter forhindrer agenten i at indtjene provision i det aftalte eller forventede omfang. Endvidere bestemmer OR art. 418m (2), at en agent, som kun arbejder for én agenturgiver og har haft kontrakten i mindst et år, kan kræve erstatning af agenturgiveren, når han uforskyldt forhindres i at udføre sit arbejde på grund af sygdom, militærtjeneste eller lignende forhold. Art. 418m er ufravigelig. - I de øvrige lande må det antages at gælde som almindelig regel, at et erstatningskrav for skuffede forventninger kun kan gøres gældende, hvis det forhold, at agenten går glip af en forventet provision, må betragtes som et aftalebrud. Hertil må normalt kræves, at en bestemt indtjening var aftalt eller med rette forudsat mellem parterne.

6. Godtgørelse eller erstatning for tab af kundekreds

EF-direktivet art. 17 opstiller to valgfri modeller for kompensation i anledning af tab af kundekreds. I art. 17 (2) er fastlagt regler om godtgørelse, den "tyske" model, som er baseret på reglerne i den tyske HGB art. 89b. Art. 17 (3) indeholder regler om erstatning, og den "franske" model, som er fastlagt på grundlag af

de franske agentregler. Art. 17 (4)-(5) indeholder regler, der er fælles for begge ordninger.

6.1. Den "tyske" godtgørelsesordning

Ifølge den "tyske" godtgørelsesordning i art. 17 (2) er agenten berettiget til godtgørelse, a) hvis og i det omfang 1) agenten har skaffet agenturgiveren nye kunder eller en betydelig udvidelse af handelen med den bestående kundekreds, og forbindelsen med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele, og 2) betaling af godtgørelse er rimelig under hensyn til samtlige omstændigheder, herunder navnlig agentens provisionstab af forretninger med disse kunder. Godtgørelsen kan maximum udgøre et års vederlag, beregnet på den gennemsnitlige bruttoprovision i de seneste 5 år af kontrakttiden.

Godtgørelseskravet bygger på den opfattelse, at agenten ved kontraktophøret mister muligheden for at handle med den kundekreds, som han har opbygget, udvidet eller vedligeholdt med henblik på både aktuelle og fremtidige handler. Agentens stilling er særlig ugunstig i den situation, hvor han efter en opbygningsfase mister kontrakten på et tidspunkt, hvor kundekredsen begynder at afgive bestillinger og derved skaffer ham en indtægt. Samtidig får agenturgiveren direkte adgang til uden videre at handle med kundekredsen og tilegne sig den derved fremkomne indtægt, hvorved han får en berigelse på agentens bekostning. Denne ugrundede berigelse skal han afgive i form af en godtgørelse.

Ved siden af godtgørelsen kan agenten kræve erstatning for den skade, som kontraktophøret har forvoldt ham. De tab, som dækkes ved godtgørelsen, kan han naturligvis ikke samtidig kræve dækket som skadeserstatning.

Danmark har indført den tyske ordning ved reglerne i agentloven §§ 25 - 29. I Tyskland findes reglerne i HGB § 89b. De danske og tyske regler vil i det følgende blive lagt til grund for fremstillingen af EF-direktivets godtgørelsesordning.

Ordningen kræver for det første, at agenturkontrakten skal være ophørt, se agentloven § 25 og HGB § 89b (1). Ifølge tysk ret bliver en væsentlig indskrænkning af agentens virksomhed ligestillet med ophør⁴, f. eks. hvis hans geografiske område eller kundekreds halveres. Det samme må efter omstændighe-

⁴⁾ Hopt § 89b anm. 10.

derne antages at gælde i dansk ret. Også når kontrakten ophører på grund af agentens død, ydes godtgørelse, når betingelserne iøvrigt anses for at være opfyldt.⁵ Se herom nedenfor pkt. 6.3. om EF-direktivet art. 17 (4).

For det andet skal agenten have skaffet nye kunder eller i betydelig grad udvidet handelen med den bestående kundekreds, jfr. agentloven § 25 nr. 1 og HGB § 89b (1) nr. 1. Den danske Højesteret har i UfR 2002.33 HD fastlagt, at ikke omsætningens størrelse, men udvidelsen af samhandelen er afgørende. Det svarer til, at der i tysk ret ikke stilles krav om en samlet forøget omsætning udregnet i et pengebeløb; det er tilstrækkeligt, at omsætningen af enheder er forøget, f. eks. i forbindelse med et prisfald.⁶ Nye kunder kan være de eksisterende kunder, som køber et nyt produkt, eller som efter fravær er vendt tilbage til kundekredsen eller som kvantitativt har forøget handelen med køb af flere lignende produkter. Kunderne skal være faste kunder eller stamkunder. Engangskunder ("Laufkunden" i tysk ret) medregnes normalt ikke. Ved stamkunder forstås i tysk ret ifølge Hopt § 89b anm. 12, at agenten inden for et overskueligt tidsrum kan påregne handel med kunderne mere en én gang og kan forvente efterbestillinger. Hvis 9-10 år er forløbet uden kontakt med kunden, anses kundeforholdet som ophørt. Der regnes med en afvandringsskvote på 20%-25% over 5 år. I dansk ret foretages ikke som i tysk ret beregninger på grundlag af tidligere handler inden for de seneste 12 måneder og prognoser for det fremtidige salg. Men generelt set foretages lignende overvejelser som i tysk ret.⁷ Til vurdering af kategoriene af kunder lægges i dansk ret blandt andet vægt på den omsætningshastighed, der er normal for den pågældende vare, se Iversen s. 195. Hvis kunden er tiltrukket af en vare på grund af dens styrke som mærkevare mere end som følge af agentens salgsarbejde, regnes forbindelsen i tysk ret (den såkaldte "Sogwirkung") også for et kundeforhold.⁸ Spørgsmålet herom synes ikke afklaret i dansk ret.⁹

For det tredje skal handelen med disse kunder fortsat kunne give agenturgiveren betydelige fordele. Kravet på godtgørelse bortfalder, når disse fordele ikke vil opstå for agenturgiveren, f. eks. i tilfælde af, at agenturgiveren ophører med pro-

5) Hopt § 89b anm. 9.

6) Hopt § 89b anm. 13.

7) Se Dansk betænkning s. 123 -124 og Iversen s. 194-196.

8) Hopt § 89b anm. 14.

9) Iversen s. 195.

duktionen af de varer, som agenten arbejder med, eller nedlægger sin virksomhed. Derimod vil agenturgiveren ved overdragelse af sin virksomhed normalt få vederlag for den goodwill, som kundekredsen repræsenterer. Agenten må bevise, at der indtræder fordele for agenturgiveren. Betragtningerne synes at være de samme i dansk og tysk ret.¹⁰

For det fjerde kræves i tysk ret, at agenten skal have lidt et provisionstab ved, at han ikke længere kan afsætte agenturgiverens produkter til denne kundekreds. Provisionstabet er knyttet til allerede indgåede handler og fremtidige handler. Udgangspunktet i tysk ret for beregningen af tabet er brutto-provisionsindtægten opnået ved handelen med stamkunderne i de seneste 12 måneder, da kun disse kunder kan forventes at indgå fremtidige handler.¹¹ I EF-direktivet art. 17 (2) litra a, hvis tekst den danske agentlov følger, indgår provisionstabet ikke på samme måde som en selvstændig betingelse, men alene som et element i rimelighedsvurderingen, og der foretages ikke i denne forbindelse en beregning af provisionstabet.

For det femte skal det være rimeligt at tilkende agenten godtgørelse. Alle omstændigheder af betydning for kontraktforholdet skal tages i betragtning. Her kan varemærkets styrke ("Sogwirkung" i tysk ret) i forhold til agentens egen indsats have betydning, ligesom tilbagegang i den samlede omsætning trods tilgang af nye kunder kan formindske godtgørelsen. Agenturgiverens ydelser til agentens alderspension vil også kunne tages i betragtning. Kort varighed af agenturkontrakten bør ikke formindske godtgørelsen i tilfælde, hvor agenten kan have haft store udgifter på at opbygge sin forretning og mister agenturet, inden omkostningerne er indtjent. Det forhold, at den fratrådte agent kan vedblive at handle med sin kundekreds, formindsker ikke godtgørelsen, hvis agenten overgår til en anden branche, men det kan have betydning, hvis agenter, der arbejder for flere agenturgivere, fortsat kan afsætte produkter af samme art til den eksisterende kundekreds. Sparede driftsomkostninger kan også have betydning, ligesom det kan indgå i vurderingen, om agenten har påtaget sig en konkurrenceklausul, og i hvilket omfang han har fået særskilt vederlag herfor. Tilsvarende betragtninger kan lægges til grund i dansk ret, hvor også provisionstabets størrelse kan have indflydelse på, hvad der anses for en rimelig godtgørelse.¹²

¹⁰⁾ Se Iversen s. 196-200, Hopt § 89b anm. 18-21.

¹¹⁾ Hopt § 89b anm. 23-30.

¹²⁾ Se Iversen s. 200-202, Hopt § 89b anm. 31-44.

Ved beregningen af godtgørelse foretages der i tysk ret en beregning af agenturgiverens fordele, agentens provisionstab og vurdering af, hvad der er rimeligt. Godtgørelsens størrelse kan højst være det mindste af de tre beløb, se Hopt § 89b anm. 45. I dansk ret foretages ikke nogen matematisk beregning. Men retspraksis tenderer til at følge de retningslinier, som gælder i tysk ret med hensyn til at lægge de sidste 12 måneder af kontraktforholdet til grund for vurderingen og regne med en kundelevetid på 3-5 år.¹³ Se iøvrigt UfR 2004.1157 V.¹⁴

Den "tyske" godtgørelsesordning er indført i en række EU- og EØS-lande¹⁵, som ret nøje følger de ovenfor beskrevne regler. Ifølge den belgiske agentlov § 24 gælder der en formodning for, at en agent, som har påtaget sig en konkurrenceklausul, har tilført agenturgiveren en kundekreds. I Schweiz er maximumsbeløbet fastsat til 1 års nettovederlag, jfr. OR art. 418u.

6.2. Den "franske" erstatningsordning

Den "franske" ordning, hvorefter agenten har krav på erstatning, er fastlagt i EF-direktivet art. 17 (3), som bestemmer, at agenten har ret til erstatning for den skade, som ophøret af hans forhold til agenturgiveren forvolder ham. Der skal især tages hensyn til skade opstået under omstændigheder, der berøver agenten provisionsbeløb, som ville have tilkommet ham i tilfælde af normal opfyldelse af kontrakten, samtidig med at agenturgiveren opnår væsentlig fordel af agentens

¹³⁾ Se Iversen s. 198 og s 203-205 med analyse af retspraksis, især UfR 2001. 1653 HD og UfR 2001.1666 HD samt UfR 2003.33 HD. Som ovenfor nævnt kan godtgørelsen højst udgøre 1 års bruttoprovision beregnet på grundlag af gennemsnitsprovisionen i de senest 5 år, se agentloven § 26 og HGB § 89b (2).

¹⁴⁾ Dommen fra Vestre Landsret tildelte agenten, Bianco Agenzia v. Birgithe Bianco, den maximale godtgørelse i henhold til agentloven § 26 beregnet som årsgennemsnittet af hele kontraktperioden på 3 år og 11 måneder. Kundelevetiden blev anslået til 3 år. Det blev lagt til grund, at agentens hovedindsats var foregået ved kontakter med kunder, der var blevet henvist til hende på messer. Kundegrundlaget ved agenturforholdets begyndelse blev vurderet til 0. Provisionen steg kraftigt især i de sidste 7 måneder af kontraktperioden, men gennemsnitsprovisionen blev beregnet på grundlag af de sidste 12 måneder. Godtgørelsen blev ikke nedsat, selvom kontraktperioden havde været forholdsvis kort, og selvom agenten havde opnået en fordel ved et nyt agentur med tilsvarende varer i samme geografiske område.

¹⁵⁾ Ordningen er indført i Belgien, Finland, Grækenland, Island, Italien, Luxembourg, Nederlandene, Norge, Portugal, Spanien, Sverige og Østrig samt i Schweiz. I Island kan der rejses særskilt krav på dækning af unyttige investeringer foretaget i samråd med agenturgiveren.

indsats, samt omstændigheder, hvor agenten ikke har kunnet afskrive de omkostning og udgifter, som han efter henstilling fra agenturgiveren har afholdt med henblik på opfyldelse af kontrakten.

Den "franske" erstatningsordning skal dække det tab, som agenten har lidt ved, at han har mistet sit marked, der udgøres af hans kundekreds. Denne kundekreds betragtes som et formuegode, der er etableret, når kontrakten ophører. Der skal ikke udarbejdes en prognose for den fremtidige udvikling. Tabets størrelse skal fastlægges på grundlag af forholdene ved kontraktens ophør. Alle de lidt tab indgår i erstatningen. Der er derfor intet maximum for det samlede erstatningsbeløb, og der kan ikke herudover gøres særlige erstatningskrav gældende.

Erstatningsordningen er baseret på fransk rets regler om erstatning for tab af kundekreds og sikrer opretholdelse af den praksis, som er udviklet af den franske højesteret, Cour de Cassation. Retten fastslog ved en dom af 8.4.1857, at en agenturgiver ikke kan afskedige en agent og tilegne sig frugten af hans arbejde, medmindre agenten har samtykket, eller der foreligger en legitim grund til kontraktophøret. På grundlag heraf har retspraksis udviklet begrebet "mandat d'intérêt commun" (mandat i fælles interesse), som blev lovfæstet i Décret no. 58-1345 af 23.12.1958 og nu findes i Code de Commerce art. L 134-4. Begrebet hviler på den opfattelse,¹⁶ at agenten og agenturgiveren i kontrakttiden samarbejder om at opnå et fælles mål: At sikre virksomhedens fremgang ved udviklingen af en fælles kundekreds. Den af agenten tilførte, skabte og udviklede kundekreds udgør en formueværdi. I det øjeblik, kontrakten ophører, mister agenten sit marked og dermed sin andel af denne etablerede værdi. Det har ingen betydning, om agenten fortsat kan handle med kundekredsen, blot med andre agenturgiveres varer, og ej heller, om agenturgiverens virksomhed ændres eller ophører. Ifølge retspraksis og sædvane ydes 2 års bruttoprovision, beregnet på grundlag af alle indtægter, ikke blot formidlingsprovision, men også inkassoprovision, betaling for lagerhold og lignende. Erstatningen skal også dække provisionstab ved opsigelse med for kort eller intet varsel samt investeringer, der er blevet unyttige. Hver part kan føre modbevis mod erstatningens størrelse.

Erstatningsordningen er indført i Frankrig, som dermed har kunnet fortsætte sin hidtidige praksis. Herudover findes ordningen i Storbritannien og samt i Irland, som har vedtaget stort set samme lovtekst som Storbritannien. I disse to lande er reglerne dog blevet gennemført med valgfrihed til i stedet for at anvende godtgørelsesordningen. Har parterne intet valg truffet, anvendes den "franske" erstatningsordning, der kaldes *compensation*, se Regulation art. 17 (1) og (2). Godt-

¹⁶⁾ Se Leloup især no. 342, 1108 og 1203 - 1239.

gørelsesordningen, den såkaldte *indemnity*, findes i art. 17 (3)-(5). Erstatningsordningen (compensation) er nærmere fastlagt i art. 17 (6)-(7). De britiske domstole har i flere tilfælde fulgt samme vurdering som de franske domstole og udmålt erstatningen til 2 års bruttoprovision, idet man har bestræbt sig på gennemføre harmonisering med den franske lovgivning. Der har dog været kritik af den franske praksis, og der synes ikke at have dannet sig faste retningslinier for udmålingen af erstatningen.¹⁷

6.3. Fælles regler for godtgørelses- og erstatningsordningen

For begge ordninger er en række fælles regler fastlagt i EF-direktivet art. 18 litra a - litra c. De tilsvarende regler findes i den danske lov § 27, den tyske HGB § 89b (3) og den franske Code de Commerce art. L 134-13. Kravet om godtgørelse eller erstatning for tab af kundekreds kan ikke gøres gældende, hvis a) agenturgiveren bringer kontrakten til ophør på grund af en misligholdelse, som kan tilregnes agenten, og som efter national ret giver agenturgiveren ret til at hæve aftalen uden varsel; b) hvis agenten bringer kontrakten til ophør, medmindre dette er berettiget som følge af omstændigheder, der skyldes agenturgiveren eller som følge af alder, svagelighed eller sygdom hos agenten, således at det ikke med rimelighed kan kræves af ham, at han fortsætter sin virksomhed; c) hvis agenten efter aftale med agenturgiveren overdrager sine rettigheder og forpligtelser ifølge agenturaftalen til en anden.

I dansk ret kan agenturgiveren hæve kontrakten, når der foreligger en væsentlig misligholdelse, som kan tilregnes agenten, hvadenten det skyldes hans egen eller hans folks fejl eller pengemangel. I tysk ret kræves en "vigtig grund" og i fransk ret en "faute grave", hvilket svarer til de danske regler om væsentlig misligholdelse. Agenten kan ifølge den danske agentlov hæve aftalen på grund af omstændigheder, der kan henregnes til agenturgiverens forhold, selv om der ikke er tale om pligtforsømmelse, f. eks. i tilfælde af intern arbejdsnedlæggelse, se § 27 nr. 2, litra a. Er der tale om force majeure eller andet, som agenturgiveren ikke kan have indflydelse på, kan aftalen formentlig ikke hæves. Dette gælder både i dansk, tysk og fransk ret.

Kravet kan ikke gøres gældende, når agenten efter aftale med agenturgiveren overdrager agenturet, idet det formodes, at agenten får dækket sit krav på goodwill gennem salgssummen. Der er dog ikke taget hensyn til, om beløbet faktisk svarer til, hvad agenten kan opnå efter reglerne om kompensation for tab af kundekreds.

¹⁷⁾ Se Bowstead no. 11-049.

Det gælder også for både godtgørelses- og erstatningskravet, at kravet består ved ophør af agenturkontrakten på grund af agentens død, jfr. EF-direktivet art. 17 (4), se dansk agentlov § 25 (2). Den tyske lov har ingen udtrykkelig bestemmelse herom, men kravet kan ifølge retspraksis også rejses i tilfælde af agentens død, se Hopt § 89b anm. 9.¹⁸

En fælles forældelsesregel er fastlagt i EF-direktivet art. 19, se den danske agentlov § 29 samt HGB § 89b (4), 1. punktum, og Code de Commerce art. L 134-12 (2): Agenten fortaber retten til erstatning eller godtgørelse, hvis han ikke inden for et år efter agenturkontraktens ophør har meddelt agenturgiveren, at han vil gøre sine rettigheder gældende.

Ifølge EF-direktivet art. 19 er reglerne om godtgørelse i art. 17 (2) og om erstatning i art. 17 (3) ufravigelige i den forstand, at agenten først efter aftalens ophør kan give afkald på sit krav.

7. Konkurrenceklausul

EF-direktivet indeholder ingen direkte regler om adgangen til at begrænse agentens konkurrerende virksomhed i kontraktiden. Dog er det indeholdt i agentens virke som repræsentant for agenturgiveren, at han forventes at varetage dennes interesser forud for anden virksomhed, hvilket er udtrykt i EF-direktivets art. 3 om agentens pligt til at handle loyalt. Uanset om der i national ret findes regler om konkurrenceforbud, vil agenturkontrakten kunne misligholdes med ophævelse og erstatningspligt til følge, når agenten i den konkrete situation optræder illoyalt.

Derimod er der i EF-direktivet art. 20 fastlagt regler for, hvilke konkurrencebegrænsninger der kan pålægges agenten efter kontraktens ophør. Det er en gyldighedsbetingelse, at en konkurrenceklausul er indgået skriftligt, og at den vedrører det geografiske område eller kundekreds, som agenten har fået tildelt, samt de varetyper, som han har haft i agentur. En konkurrenceklausul kan højst gælde i 2 år efter kontraktens ophør. Det er tilladt at fastsætte yderligere restriktioner i national ret.

Den danske agentlov indeholder i § 30 bestemmelser, som ligger tæt op ad direktivets ordlyd. En konkurrenceklausul kan tilsidesættes efter aftaleloven §

¹⁸⁾ Selvmord kan efter omstændighederne sidestilles med agentens egen opsigelse, se Hopt § 89b anm. 54.

38 (1), hvis den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne mod konkurrence eller på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv, jfr. agentloven § 30 (3). Også aftaleloven § 36 og principperne i § 38 (2) antages at kunne påberåbes ved indskrænkning eller tilsidesættelse af en konkurrenceklausul. De nordiske love indeholder tilsvarende bestemmelser.¹⁹

Nogle lande har benyttet muligheden for give agenten en særlig gunstig stilling. Således har den tyske HGB i § 90a gennemført EF-direktivets bestemmelser og fastlægger derudover, at agenturgiveren er forpligtet til at yde en passende erstatning for den tid, hvori konkurrencebegrænsningen varer. Agenturgiveren kan indtil agenturforholdets ophør give afkald på konkurrencebegrænsningen og bliver med 6 måneders varsel efter den skriftlige erklæring om afkaldet frigjort for betaling af erstatning. Den østrigske HVG § 25 fastlægger forbud mod overhovedet at pålægge agenten et konkurrenceforbud. Den belgiske lov art. 24 begrænser klausulens varighed til 6 måneder og indeholder yderligere tilfælde, hvor agenten er frigjort for klausulen. Den spanske agentlov art. 20-21 begrænser konkurrenceklausulens varighed til 1 år, når kontrakten har varet mindre end 2 år. Den nederlandske BW art. 443 indeholder bestemmelser svarende til EF-direktivet art 20 og fastlægger derudover visse tilfælde, hvor agenten er frigjort for klausulen.

Frankrig, Italien, Grækenland, Storbritannien og Irland følger reglerne i EF-direktivet art. 20.²⁰

Schweiz anvender de arbejdsretlige regler i OR art. 340-340c analogt; varigheden af en konkurrenceklausul kan udstrækkes til 3 år.

8. Konklusion

De harmoniserede agentregler i de nationale landes ret hviler i udstrakt grad på et fælles grundlag. Men retstraditioner, bevisregler og tilladte afvigelser fra agentdirektivet kan influere på udfaldet af de løsninger, som ensartede konflikter vil få i de enkelte lande.

¹⁹⁾ Svensk lov § 35, norsk lov § 34, finsk lov § 31 og islandsk lov § 20. Iversen s. 210-213.

²⁰⁾ Fransk Code de Commerce art. L 134-14, italiensk Codice Civile art. 751-bis, græsk agentlov § 10, britisk og irsk Regulation art. 20.

Umiddelbart kunne det især forventes, at forskellene i henholdsvis godtgørelse og erstatning for tab af kundekreds vil medføre stor variation i de samlede erstatningsbeløb, som ydes til agenterne i Europa, da der er sat et maximum på 1 års bruttoprovision inden for godtgørelsesordningen, medens der intet maximum er for det samlede beløb i henhold til erstatningsordningen. Imidlertid fastlægger godtgørelsesordningen alene compensationen for det egentlige tab af kundekreds. Herudover kan der gøres dokumenterede krav gældende for mistet provision i anledning af for kort eller manglende opsigelse, mistede investeringer, erstatninger til opsagt personale mm. Disse poster kan andrage betydelige beløb. Erstatningsordningen opstiller teoretisk set ingen maximumsbegrænsning. Men følges den franske retsudvikling, som de britiske domstole ikke har været afvisende overfor, er der opstillet en praktisk begrænsning svarende til en samlet erstatning på 2 års bruttoprovision. Ganske vist er der adgang til at rejse dokumenterede krav, som kan forøge, hhv. nedsætte erstatningen. Men det må forventes, at domstolene vil stille strenge krav til bevisførelsen, hvis en erstatning ud over 2-års grænsen skal ydes.

Da formålet med agentdirektivet er at ligestille agenterne på det europæiske marked, er det sandsynligt, at de nationale domstole søger en tilnærmelse af kriterierne for fastsættelsen af erstatningsbeløbene, således at der globalt set ikke bliver væsentlige afvigelser, uanset hvilket europæisk land agenturkontrakten er undergivet. Der er i de europæiske nationalstaters ret skabt et grundlag for, at direktivets formål i fremtiden kan blive opfyldt efter hensigten, som har været at forhindre ulige vilkår og konkurrenceforvridning på det europæiske marked.

Litteratur:

Bowstead: Bowstead and Reynolds on Agency, 17. ed., Sweet and Maxwell, London 2001.

Dansk betænkning: Betænkning om handelsagenter og handelsrejsende nr. 1151, 1988, afgivet af Justitsministeriet.

Hopt: Klaus J. Hopt: Handelsvertreterrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare, 3. Auflage, Verlag Beck München 2003.

Iversen: Handelsagenten og eneforhandleren, 4. udg., København 2003.

Leloup: Jean-Marie Leloup: Agents commerciaux, 5. ed., Collections Delmas, Éditions Dalloz, Paris 2001.

Erstatning for overtrædelser af EU's udbudsregler -særligt om praksis fra Klagenævnet for Udbud

Steen Treumer

1. Indledning

Det danske håndhævelsessystem på udbudsområdet blev i år 2000¹ ændret på grundlæggende vis ved, at Klagenævnet for Udbud fik adgang til at tildele erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler, hvilket hidtil havde været forbeholdt de ordinære domstole. Klagenævnet for udbud har det primære ansvar for håndhævelsen af udbudsreglerne i Danmark og har desuden bl.a. kompetence til at tillægge en klage opsættende virkning, til konstatering af overtrædelser af udbudsreglerne og til annullation af ulovlige beslutninger.

Formålet med denne artikel er, at belyse udvidelsen af Klagenævnets kompetence med erstatningsbeføjelsen og konsekvenserne heraf for håndhævelsen af EU's udbudsregler i Danmark.

¹⁾ Jf. Lov om Klagenævnet for Udbud. L243 af 26. maj 2000.

2. Baggrunden for udvidelsen af Klagenævnets kompetence med erstatningssager²

Det danske håndhævelsessystem er sandsynligvis et af det mest effektive i EU og sikrer, at en tilbudsgiver kan anfægte en ordregivers ulovlige adfærd for beskedne midler,³ med en begrænset risiko⁴ og kan forvente en hurtig afgørelse fra Klagenævnet for Udbud. Det tager normalt Nævnet få måneder at afsige en kendelse, hvor en tilsvarende sag ved domstolene ofte vil versere i flere år. Det er vigtigt at fremhæve, at den juridiske beskyttelse i Danmark er styrket på adskillige områder i forhold til de krav, der kan udledes af de såkaldte kontroldirektiver⁵ på udbudsområdet. Klagenævnet kan eksempelvis annullere en ordregivers beslutning om tildeling eller indgåelse af kontrakt og kan tillægge en klage opsættende virkning selv efter indgåelsen af kontrakt. En konsekvens af de gunstige vilkår for klagere i udbudssager er, at Danmark er blandt de medlemsstater i EU, der har det højeste antal udbudssager, og sagsantallet overstiger antallet af sager i flere større medlemsstater.⁶

Til trods herfor har det danske håndhævelsessystem været kritiseret i den offentlige debat for mangel på effektivitet i relation til konkrete sager⁷ og i forarbejderne til ændringen af Klagenævnsloven i 2000 fremhæves både denne kritik og det faktum, at Nævnets hovedfunktion i praksis har været at vurdere lovligheden af færdiggjorte udbudsprocedurer. Hertil kommer fraværet af konsekvenser af Klagenævnets afgørelser i de sager, hvor der er konstateret ulovligheder i udbudsprocedurerne, hvilket i forarbejderne anslås til at være ca. 2/3 af sagerne. I forarbejderne fremhæves eksplicit, at der indtil da ikke syntes at være en eneste sag, hvor Klagenævnets annullation af ordregivers forvaltningsretlige beslutning

2) Se hertil Steen Treumer, "Increased Effectiveness of Public Procurement Remedies in Denmark", *Public Procurement Law Review* 2000, nr. 5 NA s. 120 ff.

3) Klagegebyret er yderst beskedent sat til 4.000 kr.

4) Klager kan tilkendes sagsomkostninger, men Klagenævnet har ikke kompetence til at tillægge ordregiveren sagsomkostninger.

5) Direktiverne 89/665 og 92/13. Se Steen Treumer, "Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler", 2000 s. 45 ff. for en nærmere introduktion til direktiverne og håndhævelsen af udbudsreglerne.

6) Se nærmere hos Adrian Brown, "Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement", *Public Procurement Law Review* 1998 s. 89ff. (s. 91).

7) Denne kritik er nævnt i Konkurrenceregørelsen 1997 s. 147 med udtrykkelig henvisning til forskellige kendelser fra Klagenævnet for Udbud.

efterfølgende havde ført til at en kontrakt var blevet ophævet. Endvidere havde der indtil år 2000 kun været rejst et fåtal i erstatningssager ved de ordinære domstole i forlængelse af Klagenævnets konstatering af ulovligheder, hvilket ligeledes blev fremhævet i forarbejderne.

Med særligt henblik på både at styrke og forenkle⁸ retshåndhævelsen på udbudsområdet blev det derfor foreslået og vedtaget at udvide Klagenævnets kompetence med erstatningsbeføjelsen. I forarbejderne fremhæves desuden den procesbesparende virkning i relation til almindelige domstole, idet det blev antaget, at der sjældent vil være behov for domstolsprøvelse af sager, der er afgjort af Nævnet.

Indtil flere af de parter der blev hørt i lovgivningprocessen modsatte sig lovændringen. Den Danske Dommerforening var imod forslaget, fordi ændringen forstærkede Nævnets domstolspræg, og Foreningen foreslog i stedet, at kompetencen forblev uændret, eller at dets kompetence i sin helhed blev overført til de egentlige domstole. Flere organisationer anførte, at et administrativt organ som Klagenævnet ikke skulle være beføjet til at tildele erstatning. Dette synspunkt er stærkt forankret i dansk juridisk tradition, hvor tildelingen af erstatning har været betragtet som en opgave for de ordinære domstole. Som det fremgår blev disse synspunkter dog ikke taget til efterretning, og det er værd at bemærke, at proceduren ved Nævnet er domstolslignende, og at mindst en fagdommer altid deltager i behandlingen af den enkelte sag ved Nævnet.

2. Klagenævnspraksis

Klagenævnet har principielt lagt sig fast på først at tage stilling til erstatningsspørgsmålet efter, at der er taget stilling til realiteten, dvs. efter at Nævnet har forholdt sig til spørgsmålet om, hvorvidt udbudsreglerne er blevet overtrådt.

⁸⁾ Set fra klagers side er det en væsentlig forenkling, at alle spørgsmål af betydning for klager kan afgøres af samme instans. Tidligere var klager tvunget til at rejse erstatningsspørgsmålet ved de ordinære domstole som følge af domstolenes eksklusive kompetence på området.

Dette indebærer i praksis, at Klagenævnet normalt først afsiger kendelse om realiteten og først ved en efterfølgende og selvstændig kendelse tager stilling til en eventuel erstatningspåstand.⁹

Praksis fra det første år med den udvidede kompetence påkalder sig ikke den store interesse. Det første par sager, hvor spørgsmålet om erstatning var aktuelt, blev rejst i år 2000, men i disse sager fik klager ikke medhold i realiteten.¹⁰ Klagenævnets kendelse af 20. august 2001, Svend B. Thomsen Varde A/S mod Blåvandshuk Kommune ses at være den første sag, hvor Klagenævnet tildelte erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler. Sagen endte imidlertid med en særdeles beskedne erstatning på 8.500 kr. for afgifter, der var afholdt forgæves til udarbejdelse af tilbud, dvs. negativ kontraktsinteresse, og tvisten angik alene erstatningsudmålingen, da erstatningspligten blev anerkendt under sagen.¹¹

2.1. Magnus-sagen og vægtningen af præventive hensyn

Kendelsen af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told-og Skat-testyrelsen, er den første erstatningssag fra Nævnet af principiel karakter og påkalder sig derfor særlig interesse. Af forarbejderne fremgår,¹² at spørgsmålet, om hvorvidt der skal tilkendes en klager erstatning, skal afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler, og at dette også gælder spørgsmålet om erstatningens beregning. Det fremgår tydeligt af præmisserne i Magnus-sagen, at man er sig denne begrænsning bevidst, men man kan stille spørgsmålstejn ved, om Nævnet rent faktisk anvendte almindelig dansk erstatningsret i den pågældende sag.

I kendelsen fremkom Nævnet med forskellige *generelle betragtninger* om dets erstatningskompetence, da man i kendelsens indledende præmisser fremhævede,

⁹⁾ Denne praksis synes at være en modifikation til det i forarbejderne skitserede, hvor det fremhæves, at erstatningskompetencen skal administreres på en fleksibel måde, og hvor der lægges op til både en praksis som skitseret, og til at erstatningsspørgsmålet kan afgøres sammen med det materielle spørgsmål i en og samme klagesag. Den af Klagenævnet fulgte praksis synes dog generelt at være den mest hensigtsmæssige.

¹⁰⁾ Kendelse af 9. oktober 2000, Dapa mod Kolding Kommune, og kendelse af 8. november 2000, Friedmann mod Forskningsministeriet, hvor erstatningsspørgsmålet blev udsat på behandling af klagen og bortfaldt, da klagen ikke blev taget til følge.

¹¹⁾ Der var nedlagt påstand om erstatning for udgifter på ca. 25.000 kr. Klager havde beregnet sin erstatning på grundlag af debiteringsfaktoren for ingeniørtimer over for klienter, men Klagenævnet lagde den udbetalte løn til grund i stedet.

¹²⁾ Bemærkningerne til lovforslagets § 6.

at Nævnets afgørelser på området bl.a. skal tjene præventive formål, dvs. bidrage til at ordregiverne motiveres til at overholde EU's udbudsregler og endvidere anførte, at der ved erstatningssagerne ikke skal stilles strenge krav til årsagsforbindelse, adækvans eller beviset til tabets størrelse. Rigtigheden af disse generelle betragtninger¹³ har været anfægtet,¹⁴ idet det har været gjort gældende, "at præventive hensyn ikke i sig selv har nogen betydning for afgørelsen om erstatning" tilsyneladende ud fra den opfattelse, at erstatning alene skal ydes for et klart dokumenterbart tab. Det er en sandhed med modifikationer at fremføre, at det præventive hensyn er helt uden betydning i dansk erstatningsret, jf. også Klagenævnets egen udtrykkelige henvisning til, at præventionshensynet er en af de traditionelle begrundelser for erstatningsansvaret. Det synes mere dækkende at fremføre, at det præventive hensyn ikke har stået særlig stærkt i nyere dansk erstatningsret, og i lyset af Klagenævnets markante vægtning af det præventive hensyn synes der belæg for at sige, at Nævnets tilgangsvinkel er anderledes end den traditionelle.

Det forhold er imidlertid ikke ensbetydende med, at Klagenævnets tilgangsvinkel på nogen måde er kritisabel, da de generelle betragtninger bør ses i en anden sammenhæng. Forholdet er det, at det ikke har afgørende betydning, hvad der er tilgangsvinklen i almindelig dansk erstatningsret, da forarbejderne ikke synes at være helt dækkende for retstilstanden. Afgørende for Nævnets praksis bør i stedet være, hvad der følger af det almindelig dansk erstatningsret kombineret med EU-retten. Udgangspunktet er, at erstatningsretten er et tema underlagt national regulering, herunder den danske lovgivers regulering, men dette udgangspunkt modificeres af de krav, der udspringer af direkte EU-retlig regulering og EU-retlige principper, herunder navnlig effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet.¹⁵ Af kontroldirektiverne følger, at medlemsstaterne skal have klageinstanser, der kan tilkende erstatning for overtrædelser af EU's udbudsregler, og direktiverne blev netop gennemført med henblik på at sikre hurtig og effektiv

¹³⁾ Klagenævnet er også blevet kritiseret for at have fremsat disse generelle betragtninger, og kritikkerne har gjort gældende, at det havde været bedre, hvis sådanne betragtninger var reserveret til sager, hvor alle medlemmer af formandskabet deltager i den pågældende sag, jf. Jesper Fabricius og René Offersen, EU's udbudsregler i praksis s. 295. Som kommentar til kritikken kan anføres, at det er værd at bemærke sig, at Magnus-sagen var Nævnets første principielle erstatningssag, og at det er sandsynligt, at formandskabet har diskuteret de generelle betragtninger, der anføres i kendelsen. Det er en regel, næsten uden undtagelse, at kun et ud af tre medlemmer af formandskabet deltager i behandlingen af konkrete sager.

¹⁴⁾ Jf. Jesper Fabricius og René Offersen, EU's udbudsregler i praksis s. 295 og 297.

¹⁵⁾ Se formuleringen af principperne i C-6/90 og C-9/90, Francovich, præmis 43.

håndhævelse af EU's udbudsregler. Af effektivitetsprincippet følger, at erstatningsbetingelserne ikke må gøre det umuligt eller urimeligt vanskeligt at få erstatning for overtrædelser af EU's udbudsregler. Klagenævnets generelle betragtninger tager netop højde for, at erstatningsbeføjelsen skal leve op til formålet med kontroldirektiverne og de EU-retlige principper om håndhævelse, herunder særligt effektivitetsprincippet, og synes at være dækkende for retstilstanden.¹⁶

I Magnus-sagen blev klager tilkendt erstatning i form af negativ kontraktsinteresse, dvs. for klagerens tab som følge af deltagelse i udbudsproceduren, og udgifterne relaterede sig til både eksterne og interne omkostninger. De eksterne omkostninger vedrørte udgifter til advokatbistand og til konsulentbistand (undertegnede), mens de interne omkostninger vedrørte timelønnen til forskellige medarbejdere hos klager, der havde brugt et betydeligt antal arbejdstimer på udbudsproceduren. Det bemærkelsesværdige i sammenhængen er erstatningsudmålingen, idet klagers krav på ca. 100.000 kr. i relation til de interne omkostninger kun blev reduceret i beskedent omfang til 75.000 kr. Den traditionelle tilgangsvinkel til interne omkostninger ville være anderledes¹⁷ med langt større reduktion af erstatningskravet som følge. Der har traditionelt været lagt vægt på, at det ikke er sikkert, at de opgjorte timer kunne have været anvendt til anden indtægtsgivende virksomhed, og at der dermed ikke er lidt et tab, da medarbejderens løn under alle omstændigheder skulle afholdes. Dette forhold¹⁸ inddrages også af Klagenævnet som begrundelse for reduktionen af erstatningen, men får ikke samme gennemslagskraft som sædvanligt for erstatningsudmålingen, og i den forbindelse fremhævede Nævnet eksplicit, at der ved den skønsmæssige udmåling af erstatningen blev taget hensyn til erstatningsreglernes præventive effekt, jf. de tidligere omtalte generelle betragtninger i kendelsens præmisser.

¹⁶⁾ Retshåndhævende myndigheder har i øvrigt et vidt skøn i relation til afvejningen af modstående hensyn.

¹⁷⁾ Se Torsten Iversen, "Erstatningsberegning i kontraktsforhold", 2000 s. 611, hvor det om interne omkostninger anføres, at "Det er imidlertid nærliggende at antage, at domstolene udviser samme skepsis over for den erstatningssøgendes egen omkostningsopgørelse som over for hans egen avanceopgørelse". Opgørelsen af avancetab reduceres i praksis ofte ganske betydeligt. Et eksempel fra Klagenævnets egen praksis er klagenævnets kendelse af 3. juli 2002, *Judex A/S mod Århus Amt*, hvor klager havde nedlagt påstand om tildeling af ca. 16 mio. kr. for avancetabel, men Nævnet reducerede erstatningen for den tabte fortjeneste til 2,1 mio. kr.

¹⁸⁾ Klagenævnet lagde i den forbindelse også vægt på, at enhver potentiel tilbudsgiver i et vist omfang må være indstillet på at afholde forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. Dette forhold bør klart tillægges begrænset betydning, da ordregiveren netop ikke har handlet i overensstemmelse med de foreskrevne procedurer og dermed er nærmest til at bære risikoen for den tvivl om realiteten i tilbudsgivernes tab, der opstår som følge heraf.

2.2. Den positive opfyldelsesinteresse og Judex-sagen

Klagere og sagsøgere i udbudssager søger ofte at få konstateret, at EU's udbudsregler er blevet overtrådt med henblik på at få annulleret ordregiverens ulovlige beslutninger, hvilket kan medføre, at de kan blive taget i betragtning ved tildelingen af den udbudte kontrakt. I mange sager er kontrakten imidlertid tildelt eller indgået, og tilbudsgiver vil da normalt afveje mulige fordele og ulemper ved et erstatningssøgsmål rettet mod ordregiveren. En stor gruppe af tilbudsgivere nærer store betænkeligheder ved at klage eller anlægge en sag ved de ordinære domstole baseret på en frygt for den såkaldte "blacklisting", dvs. en mere eller mindre begrundet frygt for at ordregiveren på usaglig vis vil lade en forudgående udbudstvist påvirke den foreliggende udbudsprocedure eller efterfølgende udbudsprocedurer og undlade indgåelse af kontrakter med klager. Det er særdeles vanskeligt at afdække om frygten for blacklisting er begrundet eller ej, og det er en absolut undtagelse at danske ordregiveres udtalelser kan tolkes som en trussel om blacklisting.¹⁹ Det er indlysende, at en potentiel risiko for blacklisting og frygten for samme forøges, når et erstatningssøgsmål skal overvejes, da betaling af erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler udgør et væsentligt større problem for ordregiver end den blotte konstatering af, at reglerne er overtrådt. Som følge heraf anser en høj procentdel af tilbudsgivere det ikke som umagen værd at forfølge et erstatningssøgsmål, der højst kan føre til betaling af den negative kontraktsinteresse, dvs. til erstatning for udgifterne i forbindelse med deltagelse i udbudsproceduren. Hvis der derimod er en reel mulighed for at få erstatet den positive opfyldelsesinteresse, dvs. den tabte fortjeneste, skærpes interessen derimod ofte hos tilbudsgiver, og derfor har spørgsmålet afgørende betydning for antallet af erstatningssøgsmål.

Det er generel enighed i den juridiske litteratur om, at den positive opfyldelsesinteresse kan erstattes som følge af overtrædelser af EU's udbudsregler,²⁰ og der er også flere eksempler på, at forsmåede tilbudsgivere har fået erstatning for den positive opfyldelsesinteresse i sager rejst i forskellige medlemsstater i EU. Efter dansk ret har det hidtil været langt til grund, at det er en forudsætning for at få tilkendt positiv opfyldelsesinteresse, at tilbudsgiveren kan godtgøre, at denne

¹⁹⁾ I kendelsen af 23. januar 1996, H.C. Svendsen A/S mod Birkerød Kommune, mødtes klager i et møde med repræsentanter for ordregiver forud for klagesagens start. Ordregiveren henstillede, at den potentielle klager frafaldt sagen ud fra devisen, "at der jo var en dag i morgen".

²⁰⁾ Jf. Sue Arrowsmith, *Public Procurement Law Review* 1999 CS s. 92 ff (s.96) og Henrik Leffler, "Damages Liability for Breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions", *Public Procurement Law Review* 2003 s. 151.

ville have vundet udbudsproceduren, såfremt udbudsreglerne havde været overholdt. Det vil være ekstremt vanskeligt at løfte denne bevisbyrde i adskillige udbudssager, fordi ordregiverne generelt foretrækker tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud, der indrømmer ordregiveren et vidtrækkende skøn med hensyn til hvem, der skal tildeles kontrakten. Det er imidlertid ikke umuligt, hvilket U2000.1425 V er et eksempel på, i en sag hvor alene et tilbud var konditionsmæssigt.

En relativt ny afgørelse fra Klagenævnet for Udbud er af særlig interesse i denne sammenhæng, da den afviger fra ovennævnte traditionelle tilgangsvinkel til bevisbyrdespørgsmålet. I kendelsen af 3. juli 2002, Judex A/S mod Århus Amt, lagde Klagenævnet til grund, at det ikke reelt var muligt at vurdere sandsynligheden for, at klager ville have fået ordren, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt EU's udbudsregler i forbindelse med udbudet. Da dette skyldtes ordregiverens overtrædelser af udbudsreglerne, lod Nævnet forholdet komme ordregiveren bevismæssigt til skade og tildelte herefter positiv opfyldelsesinteresse til klageren. Kendelsen blev straks appelleret til Østre Landsret, der afsagde dom i sagen 16. marts 2004.²¹

En lav procentdel af Klagenævnets kendelser er blevet appelleret til Landsretterne, men tendensen er, at dommene i disse sager er fast forankret i traditionel dansk ret. I lighed med Klagenævnet fandt Landsretten, at det var uklart, om tilbudsgiver ville have vundet kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Retten fandt også, at ordregiverens overtrædelser, og den begrænsede bevisførelse der havde fundet sted om ordregivers udbud efter forhandling, måtte medføre en vis lempelse af kravene til klagers bevisførelse. Til trods herfor fandt Landsretten det ikke godtgjort, at klager ville have fået ordren, såfremt udbudsreglerne havde været efterlevet og tildelte derfor ikke erstatning for den positive opfyldelsesinteresse. Derimod blev klager tildelt negativ kontraktsinteresse og en erstatning på 150.000 kr. Sammenfattende kan det siges, at både Klagenævnet og Landsretten lempede beviskravene, men Landsretten lempede alene beviskravene i modsætning til Klagenævnet for Udbud, der i realiteten vendte bevisbyrden om, hvilket fik helt afgørende betydning for sagens udfald.

I forarbejderne til Klagenævnsloven fra 2000 blev det anført, at man forventede, at Klagenævnet ville være tilbageholdende med at tilkende positiv opfyldelsesinteresse og i forbindelse hermed fremhævedes det vidtgående skøn der indrøm-

²¹⁾ Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 i sagerne B-2567-01 og B-1979-02, Århus Amt mod Judex A/S.

mes ordregivere, der anvender tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Klagenævnet har indfriet denne forventning, selv om kendelsen i Judex-sagen indeholdt en fortolkning, der på sigt kunne have ført til langt flere tilkendelser af positiv opfyldelsesinteresse end forventet ved udvidelsen af Klagenævnets beføjelser.

2.3. Antallet af klagesager og erstatningssager indbragt for Klagenævnet

Formålet med udvidelsen af klagenævnets kompetence med erstatningsbeføjelsen var primært at styrke retshåndhævelsen på udbudsområdet, og det blev i den forbindelse fremhævet, at der under den tidligere ordning alene have været rejst et fåtal af erstatningssager ved de ordinære domstole. Heri ligger implicit en berettiget forventning om en klar stigning i antallet af erstatningssager grundet de mange relative fordele, der er ved indbringelse af sagen ved Klagenævnet frem for domstolene. Her skal særligt fremhæves Nævnets sagkundskab på området, de for klageren gunstige regler om sagsomkostninger ved indbringelse af en sag for Nævnet²² og den langt hurtigere sagsbehandlingstid. Det er derfor særlig interessant at belyse, om denne forventning er indfriet.

Det kan konstateres, at der efter ændringen i 2000 har været nedlagt påstand om erstatning i en række sager, men antallet af tildelte erstatninger for overtrædelser af EU's udbudsregler²³ er stadig forholdsvis beskedent ved Klagenævnet for Udbud. Antallet af erstatningssøgsmål er dog overordnet set stigende, og det skyldes ikke en stigning i antallet af afgørelser indbragt for domstolene.²⁴ Udvidelsen af Nævnets kompetence med erstatningsbeføjelsen forekommer at være en af flere oplagte faktorer bag denne tendens.

Endvidere kunne der forventes en generel stigning i antallet af sager ved Klagenævnet for Udbud, da konstatering af en overtrædelse af udbudsreglerne er en

²²⁾ Klagenævnet kan pålægge ordregiveren at godtgøre klagerens sagsomkostninger, men Nævnet har ikke kompetence til at pålægge klager at godtgøre ordregiverens sagsomkostninger.

²³⁾ Klagenævnet for Udbud har nu også kompetence til at tildele erstatning for overtrædelser af Tilbudsloven, og en række erstatningssager er blevet anlagt på dette område og har resulteret i tilkendelse af erstatning i flere tilfælde.

²⁴⁾ Et eksempel på en nyere domstolsafgørelse er U2004.1294 H Skjortegrossisten A/S mod Post Danmark. Denne sag blev dog anlagt 3. maj 2000, dvs. før vedtagelsen af L243 af 26. maj 2000, Lov om Klagenævnet for Udbud. Den nye Klagenævnslov kan dog anvendes i relation til kontrakter indgået eller udbudt før lovens ikrafttræden 1. juli 2000, jf. bemærkningerne til § 14.

nødvendig forudsætning for at få vurderet en erstatningspåstand, jf. det under afsnit 2 anførte om Klagenævnets procedure i erstatningssager. Heller ikke denne forventning har vist sig at holde stik, idet antallet af klagesager, for overtrædelser af EU's udbudsregler, har ligget forholdsvis konstant på 15 til 20 kendelser om året efter ændringen i 2000.

At forventningerne til et øget sagsantal ikke er indfriet kan skyldes en række faktorer. En af dem kan være manglende kendskab til Klagenævnets kompetence og de relative fordele ved indbringelse af sagen ved Nævnet frem for ved domstolene. Andre og antagelig langt mere tungtvejende mulige forklaringer er, at frykten for blacklisting kan være langt mere rodfæstet end hidtil antaget, og at den ringe udsigt til at få tilkendt positiv opfyldelsesinteresse afholder en lang række tilbudsgivere fra at rejse erstatningssøgsmål. I tillæg hertil kan anføres, at det må antages, at en lang række tilbudsgivere deltager i udbudsprocedurer vel vidende, at chancen for at vinde kan være beskeden, hvad enten dette skyldes overtrædelser af udbudsreglerne eller andre faktorer, og derfor blot tager en forgæves udbudsdeltagelse til efterretning i håbet om i stedet at vinde andre kontrakter.

3. Konklusion

Formålet med udvidelsen af klagenævnets kompetence med erstatningsbeføjelsen var primært at styrke retshåndhævelsen på udbudsområdet, og det ville derfor være berettiget at forvente en klar stigning i antallet erstatningssager for overtrædelse af EU's udbudsregler. Det kan konstateres, at der efter ændringen i 2000 har været nedlagt påstand om erstatning i en række sager, men antallet af tildelte erstatninger for overtrædelser af EU's udbudsregler er stadig forholdsvis beskeden ved Klagenævnet for Udbud. Antallet af erstatningssøgsmål er dog overordnet set stigende, og det skyldes ikke en stigning i antallet af afgørelser indbragt for domstolene. Udvidelsen af Nævnets kompetence forekommer at være en af flere oplagte faktorer bag denne tendens. Endvidere kunne der forventes en generel stigning i antallet af sager ved Klagenævnet for Udbud, da en konstatering af en overtrædelse af udbudsreglerne er nødvendig forudsætning for at få vurderet en erstatningspåstand, jf. det under afsnit 2 anførte om Klagenævnets procedure i erstatningssager. Heller ikke denne forventning har vist sig at holde stik, da antallet af klagesager, for overtrædelser af EU's udbudsregler, har ligget forholdsvis konstant siden ændringen i 2000.

At forventningerne til et øget sagsantal ikke er indfriet kan skyldes en række faktorer. Blandt de mest sandsynlige er, at frykten for blacklisting er langt mere

rodfæstet end hidtil antaget, og at den ringe udsigt til at få tilkendt positiv opfyldelsesinteresse afholder en lang række tilbudsgivere fra at rejse erstatningssøgsmål. En anden oplagt mulighed er, at en lang række tilbudsgivere deltager i udbudsprocedurer vel vidende, at chancen for at vinde kan være beskednen, hvad enten dette skyldes overtrædelser af udbudsreglerne eller andre faktorer, og derfor blot tager en forgæves udbudsdeltagelse til efterretning i håbet om at vinde andre kontrakter.

Tendensen i erstatningspraksis fra Klagenævnet for Udbud for overtrædelser af EU's udbudsregler er bemærkelsesværdig, idet Klagenævnet har tillagt hensynet til den præventive virkning ikke ubetydelig vægt, og dermed synes at anlægge en anden tilgangsvinkel end i almindelig dansk erstatningsret til gavn for klagerne. Hertil kommer, at Klagenavnets særdeles interessante afgørelse i Judex-sagen, i relation til beviskravene for tilkendelse af positiv opfyldelsesinteresse, kunne have ført til langt flere tilfælde af erstatning for tabt fortjeneste, hvis kendelsen var blevet stadfæstet af Landsretten. Sammenfattende kan det siges, at Klagenævnet i sin fortolkning har søgt at fremme den effektive håndhævelse af EU's udbudsregler i overensstemmelse med det EU-retlige effektivitetsprincip og intentionerne bag kontroldirektiverne på udbudsområdet. Det er imidlertid usikkert, om appelinstanser og de højere domstole vil følge en tilsvarende linje i fremtiden, da disse instansers praksis hidtil har været mere konservativ og i tråd med traditionel dansk erstatningsret.

Information Requirements and Mobile Commerce in the European Union

Jan Trzaskowski¹

The purpose of this article is to present and discuss information and other similar requirements of electronic commerce carried out via mobile phones. The legal framework for electronic commerce and distance selling is not optimized for mobile commerce, and the information requirements may be difficult to fulfil especially in SMS-based mobile commerce. Viable solutions requires an improved platform for mobile commerce or a relaxed enforcement of the requirements. Limitations in the user-interface are the main reason for the current difficulties, which are likely to vanish concurrently with technological improvements. The industry must develop the necessary technical solutions and if required take up outstanding issues with the EU Commission. [This article is based on a presentation at the IFIP TC8 Working Conference on Mobile Information Systems (MOBIS), Oslo, Norway, September 2004]

1. Introduction

The common legislative framework in the European Union comprises a number of information and other similar requirements,² which may be difficult to comply with in mobile commerce. The purpose of this article is to identify these requirements and to discuss possible solutions. This article only deals with general requirements and not with specific product-related requirements such as those for

¹⁾ www.legalriskmanagement.com.

²⁾ See in general Geraint Howells and Annette Nordhausen, Information Obligations in EC E-Commerce Law, EU Electronic Commerce Law, Ruth Nielsen, Søren Sandfeld Jacobsen and Jan Trzaskowski (editors), DJØF Publishing, 2004.

medicinal products, financial services, insurance package travel and time-share. All legal documents referred to in this article can be obtained at 'europa.eu.int/eur-lex'.

In an EU Communication on Mobile Broadband Services³ a number of key policy issues are identified⁴ which the EU Commission will continue to work with in order for the European Union to exploit the evolution of mobile broadband services. The Communication, as well as the Commission's report on Digital Content for Global Mobile Services,⁵ is silent about challenges deriving from information requirements. The Communication does however suggest a study on 'technical and other potential obstacles that may hinder the fast take-up of mobile services in Europe, and on consumer aspects'.⁶

1.1. Mobile Commerce

Mobile commerce is defined in this article as electronic commerce carried out via mobile phones. The high market penetration of mobile telephones makes mobile commerce especially interesting from a commercial perspective. Technological development in general and convergence in particular makes it still more difficult to distinguish between a mobile telephone and a computer in a traditional sense. An important attribute of a mobile telephone from a legal perspective is that it is, to a larger degree than traditional telephones and computers, personal and thus used only by the same person. This means that in most cases there exists a string of agreements between the service provider, the network operator and the user. The mobile phone combined with user agreements constitute a payments system which cannot only be used to purchase voice telephony.⁷ A mobile phone is of course mobile and the technology allows identification of the geographical

³⁾ Communication on Mobile Broadband Services, COM(2004) 447 (30 June 2004).

⁴⁾ Research and development, Interoperability, Content (technical challenges), Spectrum, Trusted and secure environment, M-payments, Barriers to roll-out of networks and International co-operation.

⁵⁾ The European Commission (Directorate-General Information Society) Final Report on Digital Content for Global Mobile Services, February 2002. <http://www.content-village.org/articles.asp?id=32>.

⁶⁾ See Communication on Mobile Broadband Services, COM(2004) 447 (30 June 2004), p. 6f.

⁷⁾ It should be mentioned that when mobile phone pre-paid cards are used as a means of payment to purchase products and services, other than communication services, may this activity constitute the issuance of e-money, and mobile operators may thereby become e-money institutions, under the e-Money Directive (Directive 2000/46). See Communication on Mobile Broadband Services, COM(2004) 447 (30 June 2004), p. 8 (3.6).

location of the user which raises some privacy issues. Mobile phones and networks are, at the current technological stage, limited with respect to user-interface and bandwidth. The limitations of user-interface are the main reason why it may be difficult to fulfil information requirements prescribed by law.

Mobile commerce is a subset of electronic commerce and may be defined and subdivided in numerous ways. The dominant ways to communicate in traditional electronic commerce are the contract-based Electronic Data Interchange (EDI), the browser-based world wide web (WWW) and more individual forms of communications such as e-mail. Similar means of communication can be found in mobile commerce solutions. The exchange of SMS (the e-mail counterpart, which also comprise EMS and MMS) is currently the predominant way of communicating in mobile commerce, whereas the mobile WWW counterpart, WAP (Wireless Application Protocol) has, unlike for traditional e-commerce, only had little success so far. Browser-based mobile commerce will probably increase concurrently with the technological improvement of handsets and networks. The differences between traditional electronic commerce and mobile commerce will fade and to a large extent disappear when improved handsets allow for the use of the communication protocols we know from traditional electronic commerce. A number of handsets already provide for communication through the fundamental Internet protocols (TCP/IP) by including a browser and an e-mail client.

The inherent differences between browser-based and e-mail-based electronic commerce has caused a different legal treatment in the EU regulatory framework. The sending of e-mails has been regulated as a marketing method (spam) and some information requirements have been relaxed for e-mail based commerce. Electronic mail in mobile commerce (SMS etc.) must, under the current legal framework, be treated in the same manner as e-mails in traditional e-commerce. The Directive on Privacy and Electronic Communications⁸ defines 'electronic mail' as any text, voice, sound or image message sent over a public communications network which can be stored in the network or in the recipient's terminal equipment until it is collected by the recipient. The E-Commerce Directive⁹ makes this amalgamation clear by making reference to electronic mail or 'equivalent individual communications'.

⁸⁾ Directive 2002/58 (12 July 2002) concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector. See article 2(1)(h).

⁹⁾ EU Directive 2000/31 (of 8 June 2000) on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce).

1.2. The European Internal Market

The European Union consists of 25 countries¹⁰ and 454 million people and may expand further in 2007, when Bulgaria and Romania are expected to join. European Union law is based on two founding treaties¹¹ comprising three pillars.¹² The primary pillar of interest for this article is the first concerning the European Community, which established the European Internal Market - a single market, which Norway, Iceland and Liechtenstein have joined¹³ without being full members of the Union. The Internal Market comprise a fundamental principle, which prohibits any discrimination on grounds of nationality. The treaties furthermore provide a right of establishment and a concept of free movement of goods and services. The free movement of goods and services is to be achieved through harmonisation of national law. States are allowed to apply national law in situations justified by mandatory requirements until sufficient harmonisation is provided.

The E-Commerce Directive¹⁴ is a cornerstone of the EU legislative framework for electronic commerce in the Internal Market. The purpose of the directive is to ensure the free movement of so-called Information Society Services by providing the necessary approximation of laws in order to introduce a country of origin principle. According to this principle, states must ensure that businesses established in the state comply with national provisions no matter where (in the Internal Market) business activity is directed. On the other hand, other states must refrain from restricting the freedom to provide Information Society Services.

¹⁰⁾ Austria, Belgium, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Germany, Greece, Finland, France, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Poland, Portugal, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, The Netherlands and United Kingdom.

¹¹⁾ Treaty on European Union - (consolidated text), Official Journal C 325 of 24 December 2002 and Treaty establishing the European Community - (consolidated text), Official Journal C 325 of 24 December 2002.

¹²⁾ The European Community (EC Treaty) and two intergovernmental pillars (TEU) consisting of 1) Common foreign and security Policy and 2) Police and Judicial Co-Operation in Criminal Matters.

¹³⁾ Agreement on the European Economic Area, May 1992 as amended by the Adjusting Protocol and subsequently by the EEA Enlargement Agreement (OJ L 130, 29 April 2004, p. 3 and EEA Supplement No 23, 29 April 2004, p. 1). The EEA Agreement entered into force on 1 January 1994.

¹⁴⁾ EU Directive 2000/31 (of 8 June 2000) on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce). See also proposal for a European Parliament and Council directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM(1998) 586 final, 18 November 1998, 98/0325 (COD).

Information Society Services are commercial activities carried out at a distance by electronic means. Broadcasting and voice telephony is excluded from the definition. The definition comprises those activities which are carried out on-line, whereas, for example, the physical delivery of goods or services is not included - even though prior on-line marketing and conclusion of contracts is. This technologically-neutral definition obviously also comprises mobile commerce activities. In the above-mentioned Communication on Mobile Broadband Services, it is provided that mobile broadcasting services can be either Information Society Services or broadcasting services.¹⁵

For good measure, it should be mentioned that the Commission has presented a proposal for a directive on services in the Internal Market¹⁶ which, if adopted, will provide a legal framework with a country of origin principle for services in general. This proposed directive will also cover a number of situations, which have been exempted from the country of origin principle in the E-Commerce Directive.

2. Presentation of Information Requirements

2.1. Commercial Communication and Practices

Commercial Communication is mainly regulated in the Misleading Advertising Directive,¹⁷ and the E-Commerce Directive has introduced some general information requirements in connection with Information Society Services. The Distance Selling Directive also influences commercial communication to the extent that it relates to a distance contracts as described below under 2.3. There has been an attempt to harmonise commercial communication in the Proposed Regulation on Sales Promotions.¹⁸ The proposed regulation seeks to ensure the proper functioning of the internal market by stipulating that information¹⁹ must be provided in

¹⁵⁾ See Communication on Mobile Broadband Services, COM(2004) 447 (30 June 2004), p. 7.

¹⁶⁾ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market, COM(2004) 2 final (5 March 2004).

¹⁷⁾ Directive 84/450 (10 September 1984) concerning misleading advertising as amended by directive 97/55 (6 October 1997) and the Unfair Commercial Practices Directive.

¹⁸⁾ Amended proposal for a regulation concerning sales promotions in the Internal Market, COM(2002) 585 final (25 October 2002).

¹⁹⁾ See article 4 with reference to the annex.

a clear and unambiguous manner when using sales promotions in commercial communication. Sales promotions are defined as the offer of a discount, a free gift, a premium or an opportunity to participate in a promotional contest or game.

The draft Directive on Unfair Commercial Practices²⁰ also proposes a harmonised regulation of commercial practices. The proposed directive regulates both misleading and aggressive commercial practices directed at consumers.²¹ By comprising misleading commercial practices will the directive take over the 'consumer part' of the Misleading Advertising Directive. In order for a commercial practice to be unfair (and thus illegal) must the practice 1) be contrary to the requirements of professional diligence and 2) materially distorts the behaviour of the average consumer targeted.²² Annex 1 of the directive contains a non-exhaustive list of unfair commercial practices.

2.1.1. General Information Requirements

Article 5 of the E-commerce Directive²³ prescribes that a business shall render information about name, geographical address, contact details and registrations numbers to the recipients of the service and competent authorities. This information shall be easily, directly and permanently accessible and shall be provided whether or not the business seeks to enter into a contract with the user. In the initial proposed directive, it was said in a commentary that 'the information in question must be easily accessible while the service is being provided. An icon or logo with a hypertext link to a page containing the information which is visible on all the site's pages would, for example, be sufficient to meet this requirement'.²⁴ It is obvious that these information requirements are elaborated with

²⁰⁾ Proposal for a directive concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive), COM (2003) 356 final (18 June 2003).

²¹⁾ By commercial practice is understood any act, omission, course of conduct or representation, commercial communication including advertising and marketing, by a trader, directly connected with the promotion, sale or supply of a product to consumers.

²²⁾ Significantly impair the consumer's ability to make an informed decision and thereby causing the consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.

²³⁾ Directive 2000/31 (8 June 2000) on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)

²⁴⁾ Proposal for a directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM(1998) 586 final (18 November 1998), p. 22f.

traditional electronic commerce (WWW) in mind where it is quite easy to provide access via, for example, a hyperlink.

2.1.2. Commercial Communication

Commercial Communication is regulated in the Misleading Advertising Directive to protect consumers, traders and the interests of the public in general against misleading advertising and the unfair consequences thereof. The directive and to lay down the conditions under which comparative advertising is permitted. Misleading advertising is advertising which in any way, including its presentation, deceives or is likely to deceive the persons to whom it is addressed or to whom it reaches. The advertising must, by reason of its deceptive nature, be likely to affect economic behaviour or injure a competitor. In determining whether advertising is misleading, account shall be taken of all its features.²⁵ The directive does not establish any specific information obligations, but since omissions may be misleading, the directive is indirectly imposing information requirements. When the proposed Directive on Unfair Commercial Practices is implemented the protection of consumers and the interests of the public in general will be moved to that directive.

According to article 6 of the E-Commerce Directive, commercial communications which are part of, or constitute, an Information Society Service must be clearly identifiable as such and the natural or legal person on whose behalf the commercial communication is made must be clearly identifiable. The directive also stipulates an obligation to clearly and unambiguously present conditions for promotional competitions or games and promotional offers, such as discounts, premiums and gifts. The directive thus introduces a requirement, which is not applicable in the physical world, where advertisers for example may use only a distinctive mark or other more ambiguous references to a product or the business in commercial communications.

Price information is regulated in the Price Indication Directive²⁶ with an aim to stipulate the indication of a selling price and the price per unit of measurement of products offered by traders to consumers. Article 4 requires that the final price including VAT and all other taxes, must be unambiguously indicated, easily identifiable and clearly legible. The E-Commerce Directive prescribe further that where Information Society Services refer to prices, must these prices be indicated clearly and unambiguously and must, in particular, indicate whether they are

²⁵⁾ See especially articles 2 and 3.

²⁶⁾ Directive 98/6 (16 February 1998) on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers.

inclusive of tax and delivery costs.²⁷ This means that a price information shall be accompanied by a text indicating either that the tax and delivery costs are included or stating that it is not the case.

The Directive on the Sale of Consumer Goods²⁸ deals with guarantees which are legally binding on the offerer under the conditions laid down in the guarantee statement and the associated advertising. The guarantee must 1) state that the consumer has legal rights under applicable national legislation governing the sale of consumer goods, 2) make clear that those rights are not affected by the guarantee, and 3) set out in plain intelligible language the contents of the guarantee and the essential particulars necessary for making claims under the guarantee, notably the duration and territorial scope of the guarantee as well as the name and address of the guarantor.

Businesses shall according to the draft Regulation on Sales Promotions comply with a number of information requirements set in the annex of the draft regulation. The Information shall be provided in a clear and unambiguous manner. Some of the information shall however only be available on request at the time of the launch of the relevant sales promotion. Failure to provide this information or providing information which is false, unclear or ambiguous in fulfilment of the requirements will according to the annex of the proposed Directive on Unfair Commercial Practices be misleading.

According to the proposed Directive on Unfair Commercial Practices it is a misleading commercial practice to hide the promotion of a product in editorial content ('advertorial'), to state that a product can legally be sold when it cannot or by describe a product as "free" if the consumer in fact has to pay for the product. The draft directive also establishes that failing to provide the information stipulated in the Proposed (and notably not adopted) Regulation on Sales Promotion shall be deemed unfair. The proposed Directive on Unfair Commercial Practices does not provide a comprehensive list of information to be positively disclosed, though article 7(3) provides certain information requirements in commercial communication, which constitute an invitation to purchase as dealt with below under 2.3.

²⁷⁾ Article 5(2).

²⁸⁾ Directive 1999 (25 May 1999) on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. See especially article 6.

The directive also addresses information requirements in relation to advertising, commercial communication or marketing established by Community law.²⁹ Failure to fulfil such information requirements is a misleading commercial practice if, in its factual context, it deprives the consumer of information needed to make an informed decision about the transaction. Failure to fulfil such information requirement is thus not meant to be a misleading omission per se. This approach seeks to balance consumers' needs for information with recognition that an overload of information can be as much a problem to consumers as a lack of information.³⁰ The requirements in the respective directives however stands as an obligation for the governments to enforce.

2.1.3. Commercial Practices

Article 9 of the Distance Selling Directive prohibits the supply of goods or services to a consumer without their being ordered by the consumer beforehand ('inertia selling'). The consumer shall be exempt from the provision of any consideration in cases of unsolicited supply and the absence of a response can not constitute consent to solicitation. Such practices will be covered by the proposed Directive on Unfair Commercial Practices when adopted. According to that directive, it is an unfair practice to demand payment for products supplied which were not solicited by the consumer.

Unsolicited commercial communication is primarily regulated in the Directive on Privacy and Electronic Communications³¹ which bans the use of automatic calling machines, faxes and electronic mail for the purposes of direct marketing without the prior consent of subscribers.³² According to article 2(f) and recital 17 consent

²⁹⁾ Annex II of the draft directive contains a non-exhaustive list of Community law provisions setting out information requirements in relation to commercial communication, advertising or marketing. See also article 7(4).

³⁰⁾ See the page 14 of the proposal, paragraph 65.

³¹⁾ Directive 2002/58 (12 July 2002) concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, article 13. See also Commission's Report on the Implementation of the EU Electronic Communications Regulatory Package, COM(2003) 715 (19 November 2003) and the Commission's Communication from the Commission to the European Parliament, the Council on unsolicited commercial communications or 'spam', COM(2004) 28 (22. January 2004).

³²⁾ As noted in COM(2004) 28 (22. January 2004), p. 3 is spam a problem for many reasons, including privacy, deception of consumers, protection of minors and human dignity, extra costs for businesses, lost productivity. More generally, it undermines consumer confidence, which is a prerequisite for the success of e-commerce, e-services and, indeed, for the Information Society. See also article 5 on 'system interference' in the European Convention on Cybercrime, European Treaty Series - No. 185 (Council of Europe).

should have the same meaning as the data subject's consent as defined and further specified in the Data Protection Directive dealt with below under 2.2. In the Data Protection Directive article 2(h), consent is defined as any freely given specific and informed indication of the data subject's wishes by which he signifies his agreement to personal data related to him being processed.³³ Businesses which obtain the customer's electronic contact details in the context of the sale of a product or a service may use these electronic contact details for direct marketing of its own similar products or services provided that customers clearly and distinctly are given the opportunity to object, free of charge and in an easy manner, when the contact details are collected. The ban applies only to subscribers who are natural persons. But the Member States are obliged to ensure that the legitimate interests of subscribers other than natural persons are sufficiently protected with regard to unsolicited communications. The practice of sending electronic mail for purposes of direct marketing which disguise or conceal the identity of the sender on whose behalf the communication is made, or without a valid address to which the recipient may send a request that such communications cease is prohibited to protect all subscribers.

Unsolicited commercial communication, to the extent permitted, must according to article 7 of the E-Commerce Directive be identifiable clearly and unambiguously as such as soon as it is received by the recipient. EU Member States shall furthermore ensure that service providers undertaking unsolicited commercial communications by electronic mail consult regularly and respect available opt-out registers. The former requirement still applies to electronic mail which is legally sent under the above-mentioned exemption in the Directive on Privacy and Electronic Communications. The latter requirement seems obsolete after the full harmonisation of the sending of unsolicited electronic mails.³⁴

A commercial practice is according to the proposed Directive on Unfair Commercial Practices aggressive, and thus unlawful, if it, in its factual context, by harassment, coercion or undue influence is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise. It is according to annex 1 of the draft directive an unfair, aggressive commercial practices to make persistent and unwanted solicitations by telephone, fax, e-mail or other remote media. This means that electronic mails which are sent to consumers in accordance with the above-mentioned Directive on Privacy and Electronic Communications, under

³³⁾ Article 2(h), see also further in The Article 29 Data Protection Working Party, opinion on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC, Opinion 5/2004 (27 February 2004).

³⁴⁾ The requirements in article 7 of the E-Commerce directive was introduced, when Member States in accordance with the Distance Selling Directive could choose between an opt in and an opt out regulation of unsolicited e-mails.

certain circumstances, may be unlawful under the proposed Directive on Unfair Commercial Practices.

2.2. Processing Personal Data

It is almost impossible not to process personal data when carrying out mobile commerce. The processing of personal data is harmonised in a general Directive on the Processing of Personal Data³⁵ and in a more specific Directive on Privacy and Electronic Communications.³⁶ The general directive deals with processing of personal data, which concerns any operation³⁷ which is performed upon any information relating to an identifiable natural person (the data subject).³⁸ It should be noted that personal data also comprises, for example photos of identifiable persons taken with a mobile phone camera.

Personal data must be processed fairly and lawfully and must be collected for specified, explicit and legitimate purposes.³⁹ The data must not be processed in a way which is incompatible with those purposes. Data may be processed if the data subject has unambiguously given his consent. Personal data may also in a number of situations, be processed without such consent if the processing is necessary for the purposes of legitimate interests, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject. This can, for example, occur in situations where processing is necessary for the performance of a contract between the parties or is necessary for compliance with a legal obligation.⁴⁰ Processing of data involved strictly with a normal mobile commerce transaction can normally be carried out without the consent of the user. It is however advisable to get the data subject's consent as a matter of precaution and to avoid disappointing the user. Consent is defined as any freely given specific and

³⁵⁾ Directive 95/46 (24 October 1995) on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

³⁶⁾ Directive 2002/58 (12 July 2002) concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications).

³⁷⁾ Such as collection, recording, organization, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction.

³⁸⁾ An identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity.

³⁹⁾ Article 6.

⁴⁰⁾ Article 7.

informed indication of wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed.⁴¹

Article 10 of the Directive on the Processing of Personal Data provides that the data subject must be given information when data are being collected, about the identity of the controller and the purpose of the processing. There is no specification of the manner in which the information is to be provided and the information needs not to be given if the data subject already has the information.

2.2.1. Processing Location Data

The Directive on Privacy and Electronic Communications⁴² seeks to ensure security and confidentiality in electronic communication services. The directive complement the general privacy directive and provides for protection of the legitimate interests of subscribers who are legal persons, which are not dealt with in the general directive. The directive applies to the processing of personal data in connection with the provision of publicly available electronic communications services in public communications networks in the European Community.

The directive's provisions on location data⁴³ are of particular interest in connection with mobile commerce because those data are fundamental when providing location based services. Location data may only be processed when the data are made anonymous, or with consent and only to the extent necessary for the provision of a value added service. The service provider must, prior to obtaining consent, provide information on the type of location data which will be processed, of the purposes and duration of the processing and whether the data will be transmitted to a third party for the purpose of providing the value added service. Consent can be withdrawn at any time. If consent has been given, the user or subscriber must continue to have the opportunity of temporarily refusing the processing of such data for each connection to the network or for each transmission of a communication. The consent may be collected, and the user informed, by more suitable media than through the exchange of SMS messages.

⁴¹⁾ See article 2(1)(h) and The Article 29 Data Protection Working Party's recommendation on certain minimum requirements for collecting personal data on-line in the European Union, Recommendation 2/2001 (17 May 2001).

⁴²⁾ Directive 2002/58 (12 July 2002) concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector.

⁴³⁾ Article 9.

2.3. Contracting

Contract law is not harmonised at community level, but the Commission has taken a series of initiatives aimed at increasing the overall coherence of European contract law.⁴⁴ The problems in contracting in the Internal market have so far been addressed by adopting measures relating to specific contracts or sectors. Article 9 of the E-Commerce Directive provides that Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. The states are thus obliged to ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means.⁴⁵

Contracts, which are part of mobile commerce will normally be considered a distance selling contract within the meaning of the Distance Selling Directive.⁴⁶ A 'distance contract' is any contract concerning goods or services concluded between a supplier and a consumer under an organized distance sales or service provision scheme run by the supplier, who, for the purpose of the contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the moment at which the contract is concluded.⁴⁷ The E-Commerce Directive also comprise a number of information requirements to be fulfilled in connection with contracting. The information requirements are presented below.

2.3.1. Information Prior to Contracting

Article 4 of the Distance Selling Directive provides that a business in good time prior to the conclusion of any distance contract shall provide the consumer with the following information:

- (a) the identity of the supplier and, in the case of contracts requiring payment in advance, his address;

⁴⁴) however the Commission's action plan for a more coherent European Contract law, COM(2003) 68 final (12 February 2003) and the Commission's call for expression of interest with a view to setting up a network of stakeholder experts on the Common Frame of Reference in the area of European contract law (CFR-net), Official Journal OJ S 148 (31 July 2004).

⁴⁵) The obligation to remove obstacles to the use of electronic contracts concerns only obstacles resulting from legal requirements and not practical obstacles resulting from the impossibility of using electronic means in certain cases. E-Commerce Directive recital 37.

⁴⁶) Directive 97/7 (20 May 1997) on the protection of consumers in respect of distance contracts.

⁴⁷) Article 2(1).

- (b) the main characteristics of the goods or services;
- (c) the price of the goods or services including all taxes;
- (d) delivery costs, where appropriate;
- (e) the arrangements for payment, delivery or performance;
- (f) the existence of a right of withdrawal;
- (g) the cost of using the means of distance communication, where it is calculated other than at the basic rate;
- (h) the period for which the offer or the price remains valid; and
- (i) where appropriate, the minimum duration of the contract in the case of contracts for the supply of products or services to be performed permanently or recurrently.

The commercial purpose of the information must be made clear and the information shall be provided in a clear and comprehensible manner in any way appropriate to the means of distance communication used. It is apparent from recital 11 of the directive that the use of means of distance communication must not lead to a reduction in the information provided to the consumer.

Failure to provide some of the above-mentioned information⁴⁸ in commercial communication, which constitutes an invitation to purchase, will according to the proposed Directive on Unfair Commercial Practices Directive be a misleading omission if it, in its factual context, deprives the consumer of information needed to take an informed transactional decision and if the information is not already apparent from the context. Invitation to purchase is defined as a commercial communication which indicates the main characteristics of the product and the price in a way appropriate to the means of the commercial communication used and thereby enables the consumer to make a purchase.

2.3.2. Information During Contracting

Despite an attempt in the initial proposal for the E-Commerce Directive to harmonise contract law, the adopted directive only provides an obligation to give certain information prior to the order being placed and in a comprehensible and unambiguous manner (article 10). The information does notably not affect the validity of the contract, which is still to be determined under national law. The information requirements do not apply to contracts concluded exclusively by

⁴⁸⁾ (a) the main characteristics of the product; (b) the trading name of the trader and, where applicable, the trading name of the trader on whose behalf he is acting; (c) the price inclusive of taxes, as well as, where appropriate, all additional freight, delivery or postal charges or, where these charges cannot reasonably be calculated in advance, the fact that additional charges may be payable; (d) the arrangements for payment, delivery, performance and the complaint handling policy, if they depart from the requirements of professional diligence.

exchange of electronic mail or by equivalent individual communications and they may be departed from in B2B transactions if the parties agree. The information to be provided is (at least):

- (a) the different technical steps to follow to conclude the contract;
- (b) whether or not the concluded contract will be filed by the service provider and whether it will be accessible;
- (c) the technical means for identifying and correcting input errors prior to the placing of the order; and
- (d) the languages offered for the conclusion of the contract.

Article 10(3) further mandates that contract terms and general conditions provided to the recipient must be made available in a way that allows the user to store and reproduce them. This obligation does not only apply to information given pursuant to the E-Commerce Directive, but also to other information that forms a part of the contract, including information given under the Distance Selling Directive.

The E-Commerce Directive also provides some requirements of a more procedural character,⁴⁹ such as providing means for input corrections and order acknowledgement. Unless otherwise agreed by parties who are not consumers, the business must make available appropriate, effective and accessible technical means allowing the customer to identify and correct input errors, prior to the placing of the order. In cases where the recipient of the service places his order through technological means, the business must acknowledge the receipt of the recipient's order without undue delay and by electronic means. This obligation does not apply to contracts concluded exclusively by exchange of electronic mail or by equivalent individual communications and the parties to a B2B contract can agree to depart from the obligation.

2.3.3. Unfair Contract Terms

The Directive on Unfair Contract Terms⁵⁰ approximates legislation relating to unfair terms in consumer contracts. Contractual terms, which have not been individually negotiated are according to article 3(1) unfair if, contrary to the require-

⁴⁹⁾ See article 11.

⁵⁰⁾ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

ment of good faith, they cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer. The annex contains an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair and the Commission has developed a database of unfair contract terms (CLAB Database).⁵¹ Unfair terms are not binding on the consumer and the contract shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair terms.

The proposed Directive on Unfair Commercial Practices applies also to unfair commercial practices before and after a commercial transaction in relation to any product, but is notably like the information and procedural requirements in the E-Commerce Directive without prejudice to the rules on the validity, formation or effect of a contract. It is, however, not unlikely that under national law there may be some correlation between community information requirements and the validity of contracts and contract terms.

2.3.4. Written Confirmation of Information

When a distance contract has been entered the consumer must, according to article 5 of the Distance Selling Directive, receive a written confirmation or confirmation in another durable medium available and accessible to him of the 'prior information' mentioned above. The written confirmation shall also comprise further detailed information concerning the right of withdrawal, after-sales services, guarantees and where to address complaints. It is clear that the information also can be delivered in another durable medium if that medium is available and accessible to the consumer, such as through an e-mail. Since the information given under the Distance Selling Directive must be regarded as contract terms and general conditions the information must also be made available in a way that allows the consumer to store and reproduce it in accordance with the E-Commerce Directive, article 10(3).

The obligation of written confirmation does not apply to services which are performed through the use of a means of distance communication, where the services are supplied on only one occasion and are invoiced by the operator of the means of distance communication. This exemption applies to situations where the network operator is charging the costumer. The exception does not exempt businesses or network operators from giving the 'prior information' mentioned above or the 'right of withdrawal' mentioned below.

⁵¹⁾ <https://adns.cec.eu.int/CLAB/SilverStream/Pages/pgHomeCLAB.html>.

2.3.5. Right of Withdrawal

A consumer shall for any distance contract have a period of at least seven working days in which to withdraw from the contract without penalty and without giving any reason.⁵² The right of withdrawal concerns both contracts on goods and services, but with a number of exceptions comprising, in particular, stocks, transportation, certain recreational services, gaming and lottery services. If the business fails to fulfil the obligations to provide the above-mentioned 'written confirmation of information', the period may be extended up to three months from the receipt by the consumer (goods) or from the day of conclusion of the contract (services). It is important to note that according to article 6(3) the consumer can not exercise the right of withdrawal for the provision of services if performance has begun, with the consumer's agreement, before the end of the seven working day period. Many mobile commerce services will be delivered in close connection to the ordering hereof and the business should make sure that costumers agree to the time of delivery and the lapse of the right of withdrawal.⁵³

3. Solutions?

There are a number of information requirements and similar requirements under the common legal framework in the Internal Market, that are not directly suitable for mobile commerce. At least not the kind of mobile commerce, which is currently predominant, that is, e-mail-based mobile commerce (SMS etc.).⁵⁴ If all the information was to be presented in SMS messages, the user would need to receive several messages, which would make such mobile commerce practically impossible. The introduction of MMS allows for more content in one message, but is still not suitable for providing a lot of information. The pricing structure of SMS and MMS makes it also less attractive to provide extensive information by these means.

The most burdensome requirements are found in the E-Commerce Directive and the Distance Selling Directive. The directives impose an obligation on states to ensure compliance with the requirement without leaving a possibility to relax the requirements on the basis of either the value of the product in question or the

⁵²⁾ Article 6 of the Distance Selling Directive.

⁵³⁾ This will add more information to the mobile commerce solution, but the directive presupposes some kind of agreement even when it is an obvious (implied) conditions that the service will be provided immediately.

⁵⁴⁾ Each SMS message can contain up to 160 characters, though some handsets can combine several SMS messages to one longer message.

medium used. The draft Regulation on Sales Promotions does also comprise some extensive information requirements, which however easily can be avoided by not using sales promotions in mobile commerce.

3.1. Providing Information

The problem in e-mail-based mobile commerce is not a problem of providing the information, but rather a problem of structuring and presenting the information in the handset. A solution to manage information is to structure the information by applying metadata (information about information).⁵⁵ This approach is applied in browser-based communication by WML (Wireless Markup Language used in WAP) and HTML (Hypertext Markup Language used on WWW). Most e-mail clients can handle HTML encoded e-mails, which allows for more sophisticated e-mail designs and seamless connection between the content of e-mails and the world wide web. A similar connection between SMS and WAP, makes it easier to provide the obligatory information directly in the handset. Such solutions allow the service provider to provide, for example, business information and terms of condition under a hyperlink in a SMS message without compromising usability.

Many mobile services are marketed in alternative media such as newspapers, television, teletext and the Internet. The service provider can utilize these media to provide at least some of the necessary information. The service provider can also make reference to information on a website, provide a service phone-number or send information by e-mails. The latter approach requires knowledge of the user's identity and coordinates. This is information the network operators usually have access to and a network operator can for example forward e-mails on behalf of the service provider. This solution would require an extension of the agreement between the network operator and the user. Data protection legislation must also be observed when processing such data.

3.2. Complying with Information Requirements

The 'general information' to be provided under the E-Commerce Directive shall be easily, directly and permanently accessible. Applying a strict construction, does it mean that the information must be obtainable from the mobile phone, which at the current technological level means SMS, WAP and voice telephony. The procedural requirement in the E-Commerce Directive concerning technical means to identify and correct input errors must be fulfilled in close connection with the contracting itself. The solution may be to make a two-step ordering procedure in which the customer confirms the order.

⁵⁵⁾ See e.g. www.w3.org/XML for an introduction to Extended Markup Language.

The written confirmation of information prescribed in the Distance Selling Directive shall be provided in a durable medium available and accessible to the consumer. This obligation can be fulfilled by sending a traditional letter or preferably an e-mail to the user. A SMS message or a similar message will only be sufficient if the consumer can in fact store the information. The presently limited memory in mobile phones may be a problem which can, for example, be solved by making it possible for the consumer to transfer the SMS to another durable medium.⁵⁶ The problems of the limited memory of mobile phones is however only a passing problem since the amount of available memory is increasing.

The remaining information requirements in the E-Commerce Directive and the Distance Selling Directive as well as other information requirements can be presented in other media by a hyperlink or in connection with the marketing of the service. It is however advisable to provide access to the information directly from the handset since customers may hear about the service and the order-procedure from sources other than the marketing material. It should furthermore be observed that contract terms and general conditions provided to the recipient must be made available in a way that allows the user to store and reproduce them.

3.3. Relaxing Requirements?

An alternative approach is to call upon the regulators to relax the information requirements for certain services or for services of a certain value. This would however require valid arguments for why the information found necessary in other, similar types of commerce, is not needed in mobile commerce. It should be noted that consumer protection provides a level playing field for the businesses and ensures consumer's confidence in the medium which is important for the industry. Common legal requirements mean that vendors in accordance with the country of origin principle in the E-Commerce Directive may provide Information Society Services in the entire Internal Market under one (national) legal framework. Information about the product, the offer and the vendor will create clarity and help avoid disappointments on the user's side.

It is likely that some information requirements, which are introduced with more information-rich media in mind, could be relaxed - both with regard to form and substance. Particularly in situations where the purchase is of a limited value, such as the purchase of a ringtone or a weather forecast, it could be reasonable to relax certain requirements. Since the national authorities have no possibility to relax the requirements, the Commission should be encouraged to include legal require-

⁵⁶⁾ The users might for example be given the opportunity to receive automatically or by request a copy of all or specified SMS messages by e-mail or in print.

ments as a key policy issue within the pursuit of exploiting the potential in mobile commerce in the European Union.

The challenges emerging from information requirements to mobile commerce calls for a co-ordinated effort from the industry and the lawmakers. Many if not all of the obstacles will be solved along with technological improvements of handsets and through improvement of mobile communication protocols. The magnitude of the problems can best be determined by the industry which may also be best able to elaborate and evaluate the possible technological solutions in the context of expectations for future technological development.

Offentlig-Private Partnerskaber

Tendenser i Danmark og EU

Christina D. Tvarnø

1. Indledning

Begreber som partnering, partnerskaber og OPP¹ anvendes stadig mere og mere, når der tales om nye samarbejdsformer, både inden for byggeri og service i forbindelse med såvel private som offentlige projekter i Danmark. Det nyeste begreber inden for denne kategori er netop OPP, der er en forkortelse for Offentlig-Private partnerskaber.

Formålet med artiklen er dels at foretage en definition af den nye samarbejdsform *Offentlig Privat Partnerskab* - OPP - dels at undersøge den danske anvendelse af samarbejdsformen og dels at vurdere EU's holdning til anvendelsen af OPP med udgangspunkt i KOM 2004 (327), EU-Kommissionens Grønbog om Offentlig-Private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner.

¹⁾ I international sammenhæng anvendes forkortelsen PPP, som er en forkortelse for Public-Private Partnerskip.

2. Definitioner for partnering, partnerskab og OPP

2.1. Overordnede definitioner

Idegrundlaget bag OPP skal findes i begreberne *partnering* og *partnerskaber*, hvorfor disse begreber kort skal defineres. Selv om der er forskel på begreberne *partnering* og *partnerskaber* sker det stadig, at begreberne anvendes synonymt. Dette er i og for sig intet problem, da indholdet i aftalerne bygger på de samme forudsætninger.

Grundlæggende gælder, at *partnering* anvendes om den type aftale og samarbejdsform, der anvendes i kortere varende bygge- og anlægsprojekter, hvor ydelserne færdiggøres inden for en kort årrække, hvorimod *partnerskab* omfatter samarbejdsformen ved længerevarende driftsopgaver, hvor ydelserne fortsætter, selv om aftalen ophører.

2.2. Partnering

Partneringaftaler er i dag et fast defineret begreb i den private danske byggebranche, hvor parterne ønsker at indgå en aftale, som hovedsageligt bygger på bygger på faktorer som samarbejde og tillid, fælles optimering, incitamenter og åbne regnskaber.² *Partneringaftaler* anvendes endvidere i andre brancher, hvor parterne ønsker et andet samarbejde og en anden type aftale - ofte i forbindelse med mere komplicerede leverancer.

Netop *partneringaftalens* øgede anvendelse og succes i den private byggebranche medførte, at offentlige myndigheder fik adgang til at anvende samme aftalemodel med Tilbudsloven.³ Således fandt begrebet *partnering* vej til dansk ret og fremgår nu af bemærkningerne til Tilbudsloven.⁴

²⁾ Se for nærmere definition og forklaring af *partneringaftalen*, Christina D. Tvømø, Nogle særlige karakteristika ved *partnering* aftaler i byggebranchen, UFR nr. 45, 8. november 2003, og *Partneringaftalen - en aftaleretlig udfordring*, RETTID 2002, s. 74 ff. og *Loyalitetspligt og partneringaftaler*, Julebog 2002, Red. Peter Møgelvang Hansen, DJØF, s. 137 ff.

³⁾ Lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

⁴⁾ Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, L140, FT 2000-01, tillæg A 3424.

Partnering som aftaleform anvendes både i rent private aftaler og i aftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder. Når det er offentlige myndigheder, som anvender aftaleformen partnering, er der ofte tale om bygge- eller anlægsopgaver, hvor aftaleforholdet længde er begrænset til en kortere årrække, som er nærmere bestemt af opgavens færdiggørelse. Det er den offentlige myndighed som finansierer projektet.

Gentofte Kommune har anvendt partnering i forbindelse med projektet SKUB (Skoleudvikling og -udbygning). Formålet med SKUB projektet er at udbygge og forbedre de fysiske rammer og løber fra 1998-2006. I alt er der afsat 677 mio. kr. til projektet, som omfatter ud- og ombygning af 11 skoler samt anlæg af en ny skole. Den nye Hellerup skole blev taget i brug i august 2002 og blev bygget som partnering. Partnering samarbejdet har givet flere kvadratmeter og bedre løsninger. Det lykkedes at få den planlagte byggepris på 15.000 kr. pr. kvadratmeter ned på 12.400 kr., og entreprenøren afleverede skolen 1 måned før tid.

Ølstykke Kommune har brugt partnering i forbindelse med bygning af en ny - ekstra - skole, samt om- og tilbygning til de 4 bestående skoler. Partnering modellen som samarbejdsmetode har bevirket, at der er skabt et fælles ejerskab til projektet mellem kommune og entreprenør. Et ejerskab, som man har svært ved at etablere i et traditionelt byggeprojekt. Dette er dels understøttet af at Ølstykke Kommune og entreprenøren i samarbejde har udviklet projektet, dels af den økonomiske aftale om fast pris, og dels at overskridelser finansieres med 50/50.⁵

2.3. Partnerskab

Begrebet *Partnerskaber* eller partnerskabsaftaler dækker over samme aftaletype som ved partneringaftaler, men partnerskabs begrebet anvendes kun, hvor den ene part er en offentlig myndighed, og benyttes således ikke i aftaler mellem private parter. I en partnerskabsaftale er det, som ved partneringaftaler, formålet, at parterne (som her altid er hhv. en offentlig myndighed og en privat virksomhed) optimere fælles ud fra et åbent og tillidsfuldt samarbejde, styret af incitamenter.

Partnerskabsaftaler anvendes hvor en offentlig myndighed ønsker at indgå i et samarbejde med en privat virksomhed om drift- eller serviceydelser af længerevarende karakter, og hvor samarbejdets levetid således ikke umiddelbart har et afgrænset tidsrum, eller hvor det forventes, hvis samarbejdet forløber optimalt, at dette kan fortsættes ud over en begrænset periode.

⁵⁾ Ovenstående eksempler er hentet fra WWW.udbudsportalen.dk

Formålet med partnerskabet er, at den private part påtager sig at varetage service og driftsopgaver, men samtidig skal involvere sig i at udvikle ydelser og processer sammen med den offentlige myndighed, ud fra et sæt fælles målsætninger og ved anvendelsen af økonomiske incitament, som skal være til gavn for såvel den offentlige myndighed, den private part og slutbrugerne.

Et eksempel på et partnerskab er bl.a. ydelser til ældreplejen i Hirtshals kommune, hvor kommunen er indgået i et partnerskab med Dansk Standard og Blæksprutten. Partnerskabet er samtidig et udviklingsprojekt under Erhverv- og Boligstyrelsen. Formålet med at indgå dette partnerskab er at imødekomme de ældres behov for ydelser i hjemmet.

Et andet eksempel på et partnerskab er projekt Helpark, som er et partnerskab mellem Herning Kommune, Forskningscentret for Skov og Landskab, Den Kgl. Veterinær- og Landbohøjskole, Hedeselskabet og Niras. Formålet med dette partnerskab er at forbedre samarbejdet mellem virksomhederne og kommunen ved løsning af opgaver i grønne områder, hvor grundtanken bl. a. er at betragte grønne områder som fysiske helheder og dynamiske arealer, der forvaltes og udvikles sammen med brugere og ansatte.

Et tredje eksempel på et partnerskab er Albertslund og Høje Tåsdrups kommuners samarbejde med Cowi om drift og vedligehold af bygninger. Ideen med dette partnerskab er at skabe mere vedligehold for pengene og at fokusere på forebyggende vedligeholdelse frem for afhjælpning af skader, samt at videndeling i et forpligtende samarbejde, fælles mål, åbne regnskaber og gensidighed skal medføre, at de fælles ressourcer udnyttes optimalt.

Et fjerde eksempel er aftalen om drift og vedligehold af Kongsholmcentret mellem Albertslund Kommune og Wicotec A/S. Aftalen omfatter drift og vedligehold af bygningskonstruktioner og installationer på Kongsholmcentret ud fra det overordnede formål at tilføre såvel Albertslund Kommune og Wicotec værdi i den daglige konkrete opgaveløsning og skabe en tydelig synergi mellem parterne.

Et af de seneste eksempler på anvendelsen af partnerskaber er Københavns Kommune, som har udbudt Projekt Partnerskab omfattende drift og vedligehold af 5 skoler og 5 daginstitutioner på Det Indre Østerbro.⁶

Et partnerskab har således til formål at udvikle og effektivisere et serviceområde med henblik på økonomiske besparelser for den offentlige myndighed og økonomisk gevinst for den private part.

⁶) Alle ovenstående eksempler er hentet fra WWW.udbudsportalen.dk

Samtidig har et partnerskab det formål, at brugerne af serviceydelsen opnår en bedre ydelse. Dette skal opnås ved samarbejde, fælles mål, åbenhed, incitamentsstyring og aflønning.⁷

I et partnerskab skal den private virksomhed og den offentlige myndighed i fællesskab løfte 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.

En afgørende definition for så vidt angår partnerskabsaftalen er, at det er den offentlige myndighed, som står for betalingen til den private part og foretager eventuelle investeringer.

Er der tale om en drift- eller serviceydelse påtager den private part sig således, som tilfældet er i en almindelig udlicitering, at stå for leveringen af den pågældende ydelse, mod betaling fra den offentlige myndighed. Hvis der skal foretages bygge- og anlægs investeringer i forbindelse med den pågældende ydelse, er det således den offentlige myndighed, som foretager investeringen.

Fælles for såvel partnering- som partnerskabsaftaler er, at det materielle indhold i aftalen afspejler de to parters ønsker og intentioner for transaktionen, hvor samarbejde, tillid, åbenhed og fælles optimering styres af en række incitamenter mellem parterne, med det formål at spare omkostninger og levere et højere service-niveau, end hvis der blev anvendt en traditionel aftaleform i den givne situation.

2.4. Udbudsreglerne for partnering og partnerskaber

Når en offentlig myndighed ønsker at anvende en partnerskabsmodel i forbindelse med udbud af en serviceopgave anvendes de almindelige regler for udbud af tjenesteydelser, hvor myndigheden opstiller åbne behovspecifikationer, således at der søges at fastsætte behov frem for konkrete kravspecifikationer, samtidig med at der i udbudsbekendtgørelsen fremlægges et udkast til partnering- eller partnerskabsaftale.

Behovsspecifikationen skal på den ene side være så åben, at der er fleksibilitet til løbende at finde den bedste og mest optimale udførelsesmetode, men samtidig uden at konkurrencen mellem tilbudsgiverne fjernes.

⁷⁾ Se også Erhverv- og Byggestyrelsens formålsbetegnelse for partnerskaber på Udbudsportalen, WWW.udbudsportalen.dk

Et eksempel på udbudsmateriale, som tager højde for anvendelsen af partneringsarbejde kan ses af Vejdirektoratets EU-udbud vedrørende *Vejdrift og beplantningspleje*, som fandt sted i december 2002.⁸

Vejdirektoratets udbud af vejdrift og beplantningspleje var underlagt reglerne i EU's Tjenesteydelsesdirektiv og Vejdirektoratet valgte et begrænset udbud efter en offentlig prækvalifikation, hvor tildelingskriteriet var "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 %.⁹

Et af underkriterierne for tildeling af opgaven var hermed, 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 konkrete ydelser i tilbudslisten, samt konkrete og gennemførlige optimeringer af partneringsamarbejdet. Begge underkriterier vægtede 15 %.¹⁰

Af Vejdirektoratets udbudsbekendtgørelse fremgik, at der med udgangspunkt i partnering ville blive samarbejdet med den eller de entreprenører, som ville få tildelt entrepriserne, for løbende at skabe og optimere ydelserne.¹¹

Ønsker den offentlige myndighed at udbyde en bygge- eller anlægsopgave og overstiger ydelsen tærskelværdierne i bygge- og anlægsdirektivet anvendes reglerne i dette direktiv.¹² Er ydelsen mindre end tærskelværdierne anvendes reglerne i Tilbudsloven, hvor der er åbnet mulighed for at anvende partnering, jf. lovens § 4, stk. 1. Hvis den offentlige myndighed ønsker at anvende et partnerskab

⁸⁾ Se Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 1 og 6.

⁹⁾ Vejdirektoratet har offentliggjort sine erfaringer i forbindelse med dette udbud af en partnering aftale i : Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003. Notatet findes på Vejdirektoratets hjemmeside www.vd.dk.

¹⁰⁾ Vejdirektoratet, Partnering ved vejdrift og beplantningspleje - udbud, partnering og kontrahering, notat nr. 90, 2003, s. 14.

¹¹⁾ Se en mere omfattende analyse af udbudet i Christina D. Tværnø, Partnering aftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomhed, Julebog 2003, Red. Peter Møgelvang Hansen, DJØF.

¹²⁾ Bygge- og anlægsdirektivet 93/37/EØF af 14.6.1993.

anvendes således reglerne i tjenesteydelsesdirektivet,¹³ hvis der er tale om ydelser i henhold til bilag A og summen overstiger tærskelværdierne. Dette vil ligeledes være tilfældet efter reglerne i det nye udbudsdirektiv.¹⁴ Hvis der er tale om en ydelse, der falder inden for Bilag B i tjenesteydelsesdirektivet er den offentlige myndighed mere frit stillet, dog skal opgaven konkurrenceudsættes samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet skal overholdes.¹⁵

Selv om den offentlige kontrakt ikke overstiger tærskelværdierne finder reglerne i EF-traktaten hermed anvendelse, og påvirker således de offentlige myndigheders aftalegrundlag, selv om opgaven ikke er omfattet af udbudsreglerne. EF-Traktatens regler 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.

Endvidere finder EU-retten almindelige principper, ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, som nævnt ligeledes anvendelse på offentlige anskaffelser under tærskelværdierne, og tilbudsgivers forhåndsregulering af bud kan være underlagt reglerne i art. 81 EF eller art. 82 EF. Ligeledes skal forhandlingsforbuddet, som er afledt af ligebehandlingsprincippet iagttages.¹⁶

2.5. Offentlig-Privat Partnerskab - OPP

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.1 bygger *Offentlig-Private Partnerskaber* (OPP) på samme materielle grundlag og formål så både partnering og partnerskaber.

I et Offentlig-Privat Partnerskab er en af parterne altid en offentlig myndighed, hvilket allerede fremgår af betegnelsen for aftaleformen. Et OPP indeholder alle elementer af såvel partnering som partnerskab, hvilket betyder, at både bygge-

¹³⁾ Tjenesteydelsesdirektivet 92/50/EØF af 14.6.1992.

¹⁴⁾ Ifølge Det Klassiske Udbudsdirektiv 2004/18/EF af 31.3.2004.

¹⁵⁾ Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 2. udgave, 2002, DJØF, s. 78.

¹⁶⁾ Se også Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 2. udgave, DJØF, 2002, s. 80 ff. 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. Se om formålet med forhandlingsforbuddet Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, DJØF, s. 142. 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. 80 ff.

og anlægsopgaver, herunder også renovering, samt drift og vedligeholdelse er indeholdt i et OPP.

Således indeholder et OPP, som ved Partnering, et korterevarende aftaleforhold om et bygge- eller anlægs projekt, som er afsluttet når opgaven er afleveret. OPP indeholder endvidere, som ved Partnerskabet et længerevarende aftaleforhold, om drift eller service, hvor der ikke er tale om at opgaven i konkret forstand afsluttes.

I modsætning til både partnering og partnerskab er det i et OPP derimod den private part, som foretager investeringerne og afholder udgifterne, og den offentlige myndighed betaler herefter for de ydelser som modtages, f.eks. anvendelsen af bygningen samt drift og serviceydelser.

Et eksempel på et oplagt OPP, som det bl.a. er gennemført i Storbritannien kunne være, hvis en offentlig myndighed og en privat virksomhed indgår i et OPP om en skole. OPP- modellen vil medføre, at den private part bygger skolen, vedligeholder og driver skolen. Den offentlige myndighed lejer sig så ind på skolens bygninger og område og varetager undervisning og andre pædagogiske opgaver, hvorimod alle opgaver vedrørende drift mv. varetages af den private part. Drift er bl.a. de gammeldags pedeller, rengøring, kantine, økonomi, mv.

Da skolen kun anvender skolen i en del af dagens timer, kan den private part således udleje skolens bygninger og område til andre formål. Det er tanken, at skolens bygninger og areal på denne måde kan anvendes mere optimalt, og det kan foretages effektivisering af driftsopgaver, således at alle interessentgruppers interesser varetages. Her bliver alle brugerne af skolens bygninger og område tilgodeset, samt hensigten er, at ressourcer bliver sparet, således at det bliver billigere at drive skole.

Ud over investeringen foretages af den private part er en anden væsentlig forskel på OPP og partnering og partnerskab at et OPP løber i en periode på 25-30 år, hvilket giver den private part mulighed for at tjene sin initialinvestering af byggeriet ind igen. Samtidig beholder den offentlige myndighed den overordnede styring med projektet i denne periode.

Et OPP indeholder derfor to meget forskellige ydelser. Den ene ydelse er selve byggeriet og den anden ydelse er *service og drift* af byggeriet. Parterne kan vælge at lave to kontrakter, en til bygge- og anlægsfasen og en til driftsfasen. Perioden for bygge- og anlægskontrakten er den korteste, og minder om en partneringaftale, hvor parterne i fællesskab skal afdække behov og løsninger. Drifts-

og service perioden er den længste periode i et OPP. Hvor bygge- og anlægsdelen normalt vil vare i 3-5 år, så læber drift- og serviceperioden i op til 25 år. Denne aftale bygger på et samarbejde mellem parterne som ligeledes findes i de traditionelle partnerskabskontrakter.

Parterne kan også vælge kun at udarbejde en samlet aftale for hele OPP perioden, således at både byggefasen og servicefasen er indeholdt i samme aftale. Erhverv- og Boligstyrelsen har udarbejdet en samlet OPP aftale, som omfatter både byggefasen og servicefasen.¹⁷

Det er den private part som er økonomisk ansvarlig for projektet i hele perioden, hvilket har det formål at give den private part et incitament til at der optimeres i både byggefasen og i driftsfasen. I en OPP periode på 25-30 år er der naturligvis stor sandsynlighed for eller risiko for, at der sker ændringer i såvel samfundsforhold som i lovgivning.

Risikoen for disse ændringer pålægges den part, som bedst bærer risikoen for ændringen og som kan håndtere ændringen billigt.¹⁸ Det bør således ikke alene være den private part som har ansvaret for samfunds- og lovgivningsændringer i en periode på 25-30 år, selv om det er den private part som er økonomisk ansvarlig for projektet i hele perioden.

Den væsentligste forskel på OPP og partnering og partnerskab er således ikke selve indholdet i aftalen men løbetiden og finansieringen af projektet. I et OPP er det hensigten at den private part foretager hele eller en væsentlig del af initialinvesteringen. Ønsker den offentlige myndighed selv at foretage initialinvesteringen vælges i stedet enten partnering eller partnerskabsmodellen.

2.6. Udbud af OPP

Et udbud af et OPP projekt skal følge reglerne i EU-retten, på samme grundlag som nævnt ovenfor under punkt 2.4. Den offentlige myndighed foretager et udbud af en offentlig kontrakt, som indeholder både projektering, design, finansiering, byggeri, drift- og vedligehold samt serviceydelser med en løbetid på op til 25-30 år. Den offentlige kontrakt indgås med én privat virksomhed, der har ansvaret for

¹⁷⁾ Se nærmere Erhverv- og Boligstyrelsens "Basiskontrakt - Offentlig-Privat Partnerskab - april 2004".

¹⁸⁾ Denne risikofordeling er beskrevet i Erhverv- og Boligstyrelsens "Basiskontrakt - Offentlig-Privat Partnerskab - april 2004".

samtlige faser i projektet. Det vil her være den offentlige part, som står for behovsspecifikationen og den private part som bliver byg- og driftsherre, og som derved finansierer projektet.

Den offentlige myndighed foretager udbud efter udbudsreglerne. Udbudet kan ske enten efter de allerede gældende regler om begrænset udbud i de eksisterende udbudsdirektiver eller efter reglerne om konkurrencepræget dialog i det nye udbudsdirektiv.¹⁹ Konkurrencepræget dialog kan anvendes, når den offentlige myndighed ikke er i stand til objektivt at definere de tekniske midler, der opfylder de pågældende behov og målsætninger, og når den offentlige myndighed ikke er i stand til objektivt at fastsætte et projekts juridiske og/eller finansielle rammer.²⁰

Konkurrencepræget dialog giver den offentlige myndighed mulighed for at prækvalificere et begrænset antal potentielle tilbudsgivere for herefter at drøfte udbudsgrundlaget, udkast til basiskontrakt og risikofordeling.

I prækvalifikations materialet angives tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud" med konkrete underkriterier. Udbud efter reglerne om konkurrencepræget dialog må forventes at være de bedst egnede regler til et OPP. Reglerne i det nye udbudsdirektiv træder i kraft 1. januar 2005.

Vælger den offentlige myndighed at anvende det nye udbudsdirektivs²¹ regler om konkurrencepræget dialog, skal myndigheden således angive dialogens forskellige faser i udbudsbekendtgørelsen, så dette er kendt for ansøgerne om prækvalifikation, og der skal prækvalificeres mindst 3 ansøgere så der sikres reel konkurrence.²²

Den offentlige myndighed skal i det foreløbige udbudsmaterialet opstille tilstrækkelige behovsspecifikationer og budgetrammer. De prækvalificerede virksomhe-

¹⁹⁾ Ifølge Det Klassiske Udbudsdirektiv 2004/18/EF af 31.3.2004.

²⁰⁾ Se KOM(2004)327, afsnit 2.1. punkt 25.

²¹⁾ Det Klassiske Udbudsdirektiv 2004/18/EF af 31.3.2004

²²⁾ Erhverv- og Boligstyrelsens vejledning til basiskontrakt for Offentlig Privat Partnerskab, April 2004, s. 15.

der udarbejder herefter motiverede forslag inklusiv alternativer, hvoraf det fremgår, hvorledes myndighedens behov søges indfriet og optimeret.²³

Herefter føres dialogen der fortsætter med alle bydende indtil den offentlige myndighed kan definere den løsning, som kan opfylde de pågældende behov. Det endelige udbudsmateriale kan udarbejdes og byderne opfordres til at afgive et endeligt tilbud på grundlag af de løsninger, der er frembragt ved dialogen.

Genudbud af drift og service vil være nødvendig, da en kontraktperiode på 25-30 år er for lang en periode, hvis kontrakten skal overholde EU-reglerne.

Parterne aftaler i hvilket omfang i kontrakten for at sikre at prisen for drift og service svarer til prisniveauet på det frie marked.²⁴ En genudbudsperiode på f.eks. 5 år vil være i overensstemmelse med de nuværende regler.²⁵

Konkurrencepræget dialog gør det muligt allerede i etableringsfasen at den offentlige myndighed og de private parter kan opnå den grad af samarbejde om behov og løsning herpå, og dermed den fleksibilitet som er nødvendig for at opnå de økonomiske mål som fælles optimering, åbenhed, det bedste produkt og incitamentsafklønning, der er nødvendigt i et OPP, samtidig med at principperne om gennemsigtighed og ligebehandling overholdes.

Konkurrencepræget dialog giver hermed mulighed for at anvende OPP på en måde, som på den ene side sikrer en optimal ressourceanvendelse af offentlige midler og på den anden side en gennemsigtig procedure.²⁶

²³⁾ Ifølge Det Klassiske Udbudsdirektiv 2004/18/EF samt Erhverv- og Boligstyrelsens vejledning til basiskontrakt for Offentlig Privat Partnerskab, April 2004, s. 15.

²⁴⁾ Ifølge Det Klassiske Udbudsdirektiv 2004/18/EF samt Erhverv- og Boligstyrelsens vejledning til basiskontrakt for Offentlig Privat Partnerskab, April 2004, s. 19.

²⁵⁾ Det er som nævnt den private part som er ejer af bygningerne i kontraktperioden på 25-30 år, og i denne periode vil den private part ikke være underlagt udbudsreglerne for så vidt angår vedligeholdelsen af byggeriet, hvorfor denne ydelse falder uden for udbudsreglerne, og dermed alene skal fastlægges i kontrakten mellem den offentlige myndighed og den private part. Se også Erhverv- og Boligstyrelsens vejledning til basiskontrakt for Offentlig Privat Partnerskab, April 2004, s. 20.

²⁶⁾ Se også KOM(2004)327, afsnit 2.1, punkt 26.

2.7. Sammenligning mellem partnering, partnerskab og OPP

Grundlaget for samarbejdsformen for de tre typer af offentlige kontrakter er ens. Alle tre kontrakttyper bygger på de samme ideer og fundamenter, hvor parterne kontraktligt forpligter sig til fælles mål og optimering, åbenhed, tillid, samarbejde, økonomiske incitamenter og konfliktløsningsmodeller.

Forskellene på de tre samarbejdsformer ses af nedenstående figur A, hvor der alene er tale om kontrakter mellem en offentlig og en privat part.

Figur A : Nye samarbejdsformer i offentlige kontrakter

	Ydelse	Løbetid	Investering
Partnering	Projektering, design og byggeri	Kort: - Begrænset til byggeri er leveret	Offentlig myn- dighed
Partnerskab	Service/ drift	Løbende: - behov for ydel- sen fortsætter selv om kontrak- ten udløber - ofte 5 år, deref- ter gen- udbud	Offentlig myn- dighed
OPP	Projektering Design Byggeri Drift Service Vedligehold	Længerevarende: - 25-30 år indtil investeringen er tjent ind - drift/service ydelse genudby- des	Privat part

Kilde: Egen tilvirkning

3. Hensigten med OPP i Danmark

Hensigten med at anvendelse OPP i Danmark er at opnå en samlet optimering af såvel byggeri som drift af bygninger, der skal anvendes til formål, som i dag alene varetages af offentlige myndigheder.

Ovenfor i afsnit 2.5 er nævnt et eksempel med en skole der kan bygges og drives ud fra en OPP model, men i fremtiden kan også fængsler, ældreboliger, veje, broer mv. være mulige OPP projekter. Fælles for relevante OPP projekter er, at der er tale om offentlige opgaver, som kræver langsigtede investeringer.²⁷

Regeringen lægger op til at anvendelsen af OPP skal øges i fremtiden og har derfor afsat 6 mio. kr. over tre år som kan anvendes af amter og kommuner, der ønsker at anvende OPP modellen i en større bygningsrelateret opgave. Det er meningen at det afsatte beløb kan anvendes til at medfinansiere de udviklingsomkostninger, som opstår når en offentlig myndighed ønsker at gøre brug af nye samarbejdsformer. Forventningen er, at der i 2004 kan ydes medfinansiering til 6-8 projekter.²⁸

Den offentlige part opstiller behovsspecifikationerne og den private part leverer projektet og ydelsen. I et OPP har den private part større frihed til at finde den løsning, som reducerer omkostningerne, optimerer ydelsen og giver det billigste resultat - den efficiente løsning. Dette er muligt, når den offentlige myndighed opstiller behov frem for krav - hvilket giver parterne mulighed for i samarbejde at finde frem til den løsning, som giver brugerne den største tilfredshed samtidig med, at projektet samlet set optimeres.

Formålet med at anvende OPP i Danmark er *dels* at sikre en helhedsvurdering af, hvordan en offentlig opgave løses mest optimalt, helt fra udvikling, finansiering, byggeri, drift og service. *Dels* at udnytte samspillet mellem den offentlige myndighed og den private virksomhed, således at de to parters kernekompetencer udnyttes. *Dels* at lave en fordeling af risiko og ansvar som er optimal, og at give den private part incitament og ansvar for overholde tids og budgetrammer, dels at udnytte de fordele et samspil giver i forhold til innovation, organisering og håndtering af opgaven.²⁹

27) Erhverv- og Byggestyrelsen, WWW.udbudsportalen.dk

28) Se Informationsmateriale om medfinansiering af kommuner og amters iværksættelse af OPP projekter, April 2004, Erhverv- og Boligstyrelsen.

29) Erhverv- og Boligstyrelsens vejledning til basiskontrakt for Offentlig Privat Partnerskab, April 2004, s. 5.

4. OPP-pilotprojekter i Danmark

Der er iværksat en række tiltag i forbindelse med etablering af de første OPP'ere i Danmark. Et af disse tiltag er bl.a., at Sønderjyllands Amt ønsker at udbyde et OPP til ca. 900 mio. kr. om anlæggelse, drift og finansiering af en motorvej imellem Sønderborg og den nord-sydgående motorvej ved Kliplev på 23 km. Ideen er at hver partner gør, hvad man hver især er bedst til, således at Amtet skal stå for den overordnede planlægning og tilladelserne og entreprenøren varetager design, byggeriet og vedligeholdelsen af vejen, mens en eller flere finanspartnere tilvejebringer pengene. OPP projektet skal løbe i en 25-30 årig periode.

Endvidere er en ny bro eller tunnel ved Frederikssund over Roskilde Fjord udpeget til at være et af regeringens pilotprojekter for OPP. Hensigten er at private firmaer skal stå for finansiering, anlæg og drift og den offentlige myndighed sætter betingelserne og standarderne, som opgaven skal leve op til. Dette stemmer overens med Regeringens handlingsplan for OPP af Januar 2004, hvoraf det fremgår, at en række vejprojekter vil være interessante i forbindelse med anvendelsen af OPP.³⁰

I Regeringens handlingsplan om OPP af januar 2004 fremgår det endvidere, at Regeringen i henhold til finansloven for 2004 ønsker at bygge et nyt fængsel i Østdanmark, og at de engelske erfaringer med OPP på fængselsområdet gør det interessant at overveje, om der skal anvendes en OPP model i dette projekt.³¹

Ligeledes finder Regeringen det relevant at undersøge, hvorvidt OPP kan anvendes i forbindelse med et nyt magasin for Rigsarkivet, Landsarkivet for Sjælland og Det Kongelige Bibliotek.³²

5. EU og OPP

EU-Kommissionen har med "Grønbog om Offentlig-Private Partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner, KOM

³⁰⁾ Se Regeringens Handlingsplan for Offentlig-Private Partnerskaber (OPP), januar 2004, s.19.

³¹⁾ Se Regeringens Handlingsplan for Offentlig-Private Partnerskaber (OPP), januar 2004, s.18.

³²⁾ Se Regeringens Handlingsplan for Offentlig-Private Partnerskaber (OPP), januar 2004, s.19.

(2004)327" udarbejdet et høringsoplæg for at iværksætte en debat om anvendelsen af fællesskabslovgivningen for offentlige kontrakter og koncessioner i forbindelse med OPP.³³

OPP har være anvendt i en del medlemsstater i en årrække, fortrinsvis inden for transport, sundhedsvæsen, uddannelse og offentlig sikkerhed.³⁴

Formålet med KOM(2004)327 er at klarlægge rækkevidden af de EU-retlige regler, som finder anvendelse, når en offentlig myndighed ønsker at anvende OPP sammen med en privat partner. Grønbogen har således ikke til formål at fastlægge regulering for anvendelsen af OPP.³⁵

Der findes ikke i EU-retten særlige regler for anvendelsen af OPP³⁶ og ligeledes ikke en definition af OPP. I henhold til KOM(2004)327 angiver EU-Kommissionen, at OPP betegnelsen henviser til "*forskellige former for samarbejde mellem de offentlige myndigheder og den private sektor med henblik på finansiering, opførelse, renovering, forvaltning eller vedligeholdelse af infrastrukturer eller levering af tjenester*".³⁷

EU-Kommissionen ønsker således ikke at begrænse samarbejdsformen i et OPP til en bestemt metode, men åbner ved denne definition op for, at alle former for samarbejde kan anvendes i et OPP. Dette svarer godt til anvendelsen af OPP i medlemsstaterne, hvor der ikke benyttes en konkret samarbejds- eller aftaleform, men hvor OPP lægger op til et øget og mere åbent samarbejde om at løse behov frem for krav, ud fra økonomiske incitament mv.³⁸

33) KOM(2004)327, afsnit 1.3, punkt 17.

34) KOM(2004)327, afsnit 1.1, punkt 4.

35) KOM(2004)327, afsnit 1.3, punkt 18.

36) For OPP gælder de almindelige EU-retlige regler for udbud, se ovenfor i afsnit 2.4 og 2.6, samt reglerne i EF-traktaten om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser, principperne om gennemsigtighed, ligebehandling, proportionalitet og gensidig anerkendelse. Se også Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen, EFT C 121 af 29.4.2000.

37) KOM(2004)327, afsnit 1.1, punkt 1.

38) Se for det almindelige indhold i en aftale, som bygger på "nye samarbejdsformer" Christina D. Tvamø, Partneringaftalen - en aftaleretlig udfordring, RETTID 2002, s. 74 ff.

Samarbejdsformen kan udtrykkes på forskellig vis i aftalen, løbetid og finansiering kan variere afhængigt af projektets indhold og ved at foretage en konkret definition af OPP ville EU-Kommissionen fastlåse en ellers fleksibel aftalemodel til en statisk standard ydelse og aftalemodel, hvilket ikke vil fremme anvendelsen af OPP.

Af Grønbogen fremgår de elementer som EU-Kommissionen har fundet er fælles for de OPP projekter, der allerede er gennemført i EU. Dette er *dels* en offentlig og privat part, *dels* lang løbetid, *dels* forskellige elementer, *dels* stor grad af privat finansiering og *dels* at den private part overtager en del af de risici, som det normalt er den offentlige part, der påtager sig.³⁹

I Grønbogen opdeles OPP i to typer:⁴⁰

1. Kontraktuelle OPP'er, hvor partnerskabet mellem den offentlige og den private part udelukkende bygger på et aftale forhold.
2. Institutionelle OPP'er, der omfatter et samarbejde mellem den offentlige og den private part inden for rammerne af en særskilt enhed.

I Danmark er der som nævnt ovenfor endnu ikke gennemført et OPP og endnu er et egentligt udbud ikke foretaget. Denne artikel behandler OPP-projekter, som bygger på kontraktuelle aftaleforhold og derfor behandles EU-Kommissionens OPP type 2 ikke, da denne type omhandler den situation, hvor en offentlig myndighed og en privat part går sammen f.eks. i et selskab. At en offentlig myndighed og en privat virksomhed sammen har oprettet et selskab med henblik på at løse en service eller drift opgave, som normalt er en offentlig opgave, er forekommet i Danmark, men i meget begrænset omfang og er ikke temaet for artiklen.

EU-Kommissionen deler endvidere kontraktuelle OPP'ere op i to hovedgrupper, *dels* koncessioner, hvor den private part leverer en tjenesteydelse til borgerne på vegne af den offentlige myndighed, som i øvrigt varetager kontrollen med ydelsen. I koncessionstypen indgår en høj grad af brugerbetaling, men muligheden for

³⁹⁾ KOM(2004)327, afsnit 1.1, punkt 2.

⁴⁰⁾ KOM(2004)327, afsnit 1.3, punkt 20.

at den offentlige myndighed kan supplere med økonomisk støtte er til stede.⁴¹ Artiklen behandler ikke koncessioner indgået ved en OPP model.

Kommissionens anden gruppe af OPP er karakteriseret ved, at den private part gennemfører og forvalter en infrastruktur for en offentlig myndighed, det kan være en skole, et hospital, et fængsel eller transportnettet. Denne samarbejdsform kaldes i Storbritannien for PFI-modellen, hvor PFI står for Private Finance Initiative. I denne type af OPP indgår brugerbetaling ikke som betaling fra slutbrugeren, men som betaling fra den offentlige myndighed.⁴² Denne type af kontraktuel OPP falder indenfor definitionen ovenfor i afsnit 2.6 og er derfor omfattet af temaet for artiklen.

5.1. OPP og Det Indre Marked

Begrundelsen for udarbejdelse af EU-Kommissionens Grønbog var, at en række aktører i EU var af den opfattelse, at EU-rettens udbudsregler ikke var tilstrækkelig klare, fordi anvendelsen af OPP varierede betydeligt i de forskellige medlemsstater. En offentlig myndighed i f.eks. Danmark kunne således have svært ved at vurdere udbudsreglernes indflydelse dels på muligheden for at udbyde et OPP, dels på kontraktforholdet i et OPP.

Den forskelligartede anvendelse af udbudsreglerne havde således medført en uvished for aktørerne, såvel myndigheder som private aktører, der reelt medførte en hindring af etablering og gennemførelse af OPP, således at finansiering og udvikling af offentlige tjenester blev hæmmet.⁴³

På opfordring af Europa-Parlamentet⁴⁴ meddelte EU-Kommissionen i KOM(2003)238, Strategi for det indre marked - Prioriteringer 2003-2006, at den ville udarbejde en grøn bog om sammenhængen mellem fællesskabslovgivningen og OPP'er. Grønbogen KOM(2004)327 er som tidligere nævnt et udtryk for et

⁴¹⁾ KOM(2004)327, afsnit 2, punkt 22.

⁴²⁾ KOM(2004)327, afsnit 2, punkt 23.

⁴³⁾ Se for dette synspunkt KOM(2004)327, afsnit 1.2, punkt 14.

⁴⁴⁾ Europa-Parlamentet ønskede at EU-Kommissionen undersøgte muligheden for at vedtage et forslag til direktiv med henblik på at opnå en ensartet regulering af såvel koncessioner som andre former for OPP, jf. Europa-Parlamentets udtalelse om EU-Kommissionens forslag ved førstebehandlingen, KOM(2000)275 af 10. maj 2002. Se ligeledes udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg, jf. KOM(2004)327, afsnit 1.2, punkt 15.

høringsoplæg, med det formål at skabe debat om, hvorledes etableringen af OPP på reelle konkurrencevilkår bedst kan sikres.⁴⁵

Det fremgår af Grønbogen, at man på fællesskabsplan anerkender, "at en øget anvendelse af OPP'er kan bidrage til gennemførelsen af det transeuropæiske transportnet, der er blevet stærkt forsinket på grund af manglende investeringer."⁴⁶ Rådet har således godkendt en række foranstaltninger, inden for rammerne af vækstinitiativet, med henblik på at fremme investeringerne til infrastruktur, innovation, forskning og udvikling ved anvendelsen af OPP.⁴⁷

Det er EU-Kommissionens opfattelse, at de nye udbudsdirektiver giver de offentlige myndigheder øgede muligheder for at fastsætte tekniske specifikationer i form af funktionsdygtighed eller funktionelle krav, således at myndighederne i højere grad end tidligere får mulighed for at tage hensyn til innovative løsninger i kontraktindgåelsesfasen, uanset hvilken procedure, som finder anvendelse.⁴⁸

Det nye udbudsdirektiv åbner således op for øget anvendelse af OPP i medlemsstaterne, grundet adgangen til at anvende en udbudsprocedure med konkurrencepræget dialog.

Konkurrencepræget dialog som udbudsprocedure giver mulighed for, at parterne kan føre en dialog om den bedste løsning af den offentlige myndigheds behov samtidig med, at den beskytter de private aktørers grundlæggende rettigheder i forhold til ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.⁴⁹

Der hersker ingen tvivl om, at anvendelsens frekvensen og fremgangsmåden ved OPP er meget forskellig i medlemsstaterne, hvilket også fremgår af Grønbogen. EU-Kommissionen lægger op til, at udbudsreglerne og reglerne i EF-traktaten samt principperne udledt heraf gør det muligt at anvende OPP. Europa-Parlamen-

⁴⁵⁾ Jf. KOM(2004)327, afsnit 1.2, punkt 16.

⁴⁶⁾ Se KOM(2004)327, afsnit 1.1, punkt 4 samt KOM("003)132: Meddelelse fra Kommissionen af 23. april 2003, Udvikling af det transeuropæiske transportnet: Nyskabende finansieringsformer - Kompatibilitet mellem automatiske bompengesystemer.

⁴⁷⁾ Se nærmere KOM(2004)327, afsnit 1.1, punkt 4.

⁴⁸⁾ EU-Kommissionen henviser til Artikel 23 i Direktiv 2004/18/EF og artikel 34 i direktiv 2004/17/EF, se nærmere i KOM(2004)327, afsnit 2.1.1, punkt 27.

⁴⁹⁾ Dette er også EU-Kommissionens holdning, hvilket ses af det fremsatte spørgsmål 2 i KOM(2004)327, sidst i punkt 2.1.1.

tet og Det Økonomiske- og Sociale Udvalg efterspørger regler som kan ensrette medlemsstaternes brug af OPP.

Der skal ikke laves regler for reglernes skyld, hvis de nuværende udbudsregler er tilstrækkelige til, at OPP kan anvendes. Storbritannien udbyder mange projekter som OPP, ligeledes anvender Finland, Holland og Tyskland OPP,⁵⁰ hvilket godt kunne betyde, at de nuværende regler i tilstrækkeligt omfang giver mulighed for OPP. Men der er også mange medlemsstater som ikke anvender OPP, hvilket kan skyldes usikkerhed for om det kan lade sig gøre inden for udbudsreglernes rammer.

Derfor er det nødvendigt at se på udbudsreglernes formål, som er at sikre, at tilbudsgiverne behandles ensartet og at konkurrencen ikke forvrides - hvilket bestemt ikke skal laves om - sammen med formålet med at anvende OPP.

Billedet af såvel OPP, partnering som partnerskaber er, at disse samarbejdsformer giver de offentlige myndigheder en mulighed for at anvende samfundets ressourcer mere optimalt.

Hvis det viser sig, at udbudsreglerne opstiller hindringer for en mere optimal ressourceallokering, bør reglerne tilpasses, så ressource allokeringen forbedres. Dette skal kunne ske uden, at den offentlige myndighed skal anvende høje omkostninger til alene at vurdere, hvorvidt udbudsreglerne tillader OPP.

EU-Kommissionen bør derfor overveje hensynet til konkurrencen og ligebehandling overfor en optimal ressourceanvendelse, før det helt fastslås, at de nuværende regler for udbud er tilstrækkelige.

6. OPP og fremtiden

Anvendelsen af OPP i Danmark er endnu kun i begyndelsesfasen. Regeringen har udarbejdet en handlingsplan, og har afsat ca. 6 mio. kr. i en periode på 3 år, som skal fremme brugen af OPP. Partnering og partnerskaber er allerede anvendt af offentlige myndigheder, som alternative til de traditionelle samarbejdsformer. Hvis udviklingen fortsætter vil anvendelsen af OPP ligeledes øges i fremtiden.

⁵⁰⁾ Se også Regeringens handlingsplan for Offentlig-Private Partnerskaber (OPP), januar 2004, og Informationsmateriale om medfinansiering af kommuner og amters iværksættelse af OPP projekter, April 2004, Erhverv- og Boligstyrelsen.

Der er stor forskel på anvendelsen af OPP i medlemsstaterne og en af begrundelserne for dette er forskellig fortolkning af de EU-retlige udbudsregler.

EU-Kommissionen giver udtryk for, at det er muligt at gennemføre og anvende OPP med de nye udbudsdirektiver, som træder i kraft pr. 1. januar 2005, hvorfor et egentligt OPP-direktiv ikke er nødvendigt. Dette er dog ikke endeligt afklaret, men afhænger af høringsrunden i forlængelse af Grønbogen om offentlig-Private Partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner, KOM(2004)327.

Det må forventes at OPP i fremtiden vil blive anvendt af offentlige myndigheder i Danmark, som det er tilfældet i de øvrige medlemsstater. Hvorvidt der er behov for nye regler for OPP i direktivform afhænger af, i hvilket omfang EU's udbudsregler hindrer eller støtter en optimal ressourceallokering.

Periodisering af skattepligtige indtægter ved salg af varer

Niels Winther-Sørensen

1. Indledning

Den skattepligtige indkomst opgøres i perioder kaldet *indkomstår*. Et indkomstår varer normalt 12 måneder og følger som udgangspunkt kalenderåret, jf. kildeskatteovens § 22 og selskabsskatteovens § 10. Det har stor praktisk betydning, om en skattepligtig indtægt eller en fradragsberettiget udgift placeres i det ene eller det andet indkomstår. Set fra skatteyderens side vil det i almindelighed være en fordel at vente med at skulle indtægtsføre en skattepligtig indtægt eller kapitalgevinst, mens det modsat vil være en fordel at fremskynde et fradrag. Herved vil skatteyderen i det mindste få en likviditetsfordel ved at skyde tidspunktet for skattebetalingen. Omvendt medfører det tilsvarende en ulempe for statens og kommunernes provenu.

Det siger på den baggrund sig selv, at den tidsmæssige placering af indtægter og udgifter mv. ikke frit kan være overladt til de skattepligtiges frie valg, og der er da også tale om *retsspørgsmål*, som må løses ved fortolkning ud fra gængse retskilder. I denne artikel redegøres der for de overordnede kriterier, der gælder, når en erhvervsdrivende skal periodisere indtægter og udgifter, der knytter sig til produktion/køb og salg af varer.¹

¹⁾ Artiklen indeholder i væsentligt omfang analyser, der i en bredere sammenhæng er foretaget af Niels Winther-Sørensen i Jan Pedersen, Kurt Siggard, Niels Winther-Sørensen og Jakob Bundgaard: Skatteretten 1, 4. udg., 2004, afsnit I, kapitel 5, og Skatteretten 2, 4. udg., afsnit I, kapitel 2 (udkommer efteråret 2004).

2. Overordnede kriterier for periodisering

Det er muligt ud fra *ordlyden af statsskattelovens §§ 4-6* at udlede visse regler om periodiseringen af indkomst. Det kan f.eks. af statsskattelovens § 4, litra b, udledes, at vederlagsfri brug af andres ejendele skal beskattes i brugsåret. Statsskattelovens § 5a om kapitalgevinster og -tab anvender udtrykkene “indtægter, som hidrører fra salg”, “handelsfortjeneste” og “tab”, hvorved det kan udledes, at anskaffelsessummen ikke kan fradrages før salgsåret (anskaffelsessummen indgår ved opgørelsen af fortjenesten/tabet).² Ved udpegningen af de bærende kriterier for periodiseringen af den skattepligtige indkomst må statsskattelovens §§ 4-6 imidlertid suppleres med (administrativ og rets-) *praksis* og *lovgivningen uden for statsskattelovens §§ 4-6*, navnlig i lovgivningen om beskatningen af kapitalgevinster og -tab, reglerne om skattemæssige afskrivninger, og i bestemmelserne om renter.

De overordnede kriterier for periodiseringen kan samles i tre, nemlig a) afståelsesprincippet, b) retserhvervelsesprincippet og c) kriteriet om, at den opgjorte skattepligtige indkomst skal afspejle indkomstårets nettoindkomst.

2.1. Afståelsesprincippet

Ved beskatningen af indkomst har princippet om, at man skal betale skat efter evne - skatteevneprincippet - en central betydning. Selv om det teoretisk set er muligt at argumentere for, at man erhverver *skatteevne*, hvis ens ejendele stiger i værdi, er det et klart udgangspunkt i dansk skatteret, at man først beskattes i forbindelse med afståelse af ens ejendele, typisk ved salg, jf. statsskattelovens § 5a.

Rene værdisvingninger på en skattepligtigs aktiver og passiver skal ifølge statsskattelovens § 5a heller ikke medtages, når de pgl. aktiver og passiver er erhvervet som led i næring eller spekulation. Afståelsesprincippet udtrykker, at det først er ved *afståelse* af en skattepligtigs aktiver og passiver, beskatningen indtræder, og gevinst eller tab skal periodiseres. Som ovenfor nævnt indgår anskaf-

2) Jens Olav Engholm Jacobsen har i Jens Olav Enholm Jacobsen m.fl.: *Skatteretten* 1, 3. udg., s. 236 anført, at det af ordlyden af statsskattelovens § 5a endvidere kan udledes, at det er salgsaftalen, der er det afgørende periodiseringstidspunkt. Hertil må anføres, at det vel ved salg af ejendele som fast ejendom, aktier, obligationer mv. efter fast retspraksis ganske rigtigt er tidspunktet for aftaleindgåelsen, der er afgørende, men at dette næppe kan udledes af *ordlyden*. Statsskattelovens § 5a må efter ordlyden således også anses at omfatte salg af varer, der efter fast praksis først indtægtsføres på leveringstidspunktet.

felsessummen ved opgørelsen af en evt. gevinst eller et evt. tab, hvorfor den således ikke kan bringes til fradrag allerede på anskaffelsestidspunktet.

Som synonym for afståelse benyttes ofte udtrykket *realisation*. Det må erkendes, at der ofte ikke anvendes samme terminologi. Som nedenfor nævnt benyttes udtrykket *retserhvervelse* ofte i tilknytning til afståelse af aktiver, og omvendt ses det undertiden, at man vedr. periodisering af løbende indkomst som f.eks. lønindkomst taler om, hvornår indkomsten er *realiseret*.³

De kapitalgevinstbeskatningsregler, der findes uden for statsskatteloven, herunder aktieavancebeskatningsloven, kursgevinstloven, ejendomsavancebeskatningsloven og afskrivningsloven, tager også udgangspunkt i afståelsesprincippet. I de tilfælde, hvor der i stedet for afståelsesprincippet gælder et *lagerprincip*, er der fastsat særlige lovbestemmelser herom, jf. bl.a. aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 2, 2. pkt. kursgevinstlovens § 25, stk. 2, 4 og 5, og § 33.

Efter afståelsesprincippet periodiseres indkomsten normalt efter tidspunktet for den *retsstiftende handling*. Ved salg af aktiver er det som udgangspunkt *tidspunktet for aftalens indgåelse*, der lægges til grund som det relevante tidspunkt for beskattningen. Tidspunktet for aftalens indgåelse skal omvendt for køber anses for anskaffelsestidspunktet, hvilket f.eks. kan få betydning, når ejertiden har indflydelse for beskattningen, jf. for aktiers vedkommende aktieavancebeskatningslovens §§ 2 og 4.

Det er tidspunktet for indgåelsen af den bindende aftale om overdragelse af aktivet, der er afgørende. Det forhold, at en købsaftale ved overdragelse af fast ejendom følges op af et skøde, ændrer ikke ved, at det er tidspunktet for indgåelsen af købsaftalen, der er afgørende. Ligeledes vil tidspunktet for en efterfølgende tinglysning eller registrering (f.eks. i Værdipapircentralen) af en overdragelse ikke ændre ved, at det er tidspunktet for indgåelsen af aftalen, der er det afgørende i skattemæssig henseende.

Da *mundtlige aftaler* i dansk ret er lige så bindende som skriftlige, vil også en mundtlig aftale om salg af et aktiv medføre afståelse. Det kan dog efter omstændighederne spille ind ved den bevismæssige vurdering af, om en aftale overhovedet er indgået, om der foreligger en skriftlig aftale eller ej. Dette gælder særligt, når der ikke er nogen interesse modsætning mellem køber og sælger, jf. f.eks. TfS 1998, 395 H.

³⁾ Jf. herom Carsten Led-Jensen: Beskatning af lønindkomst", 2000, s. 125.

2.2. Retserhvervelsesprincippet

Der er almindelig enighed om, at der i dansk skatteret tages udgangspunkt i et retserhvervelsesprincip.⁴ *Retserhvervelsesprincippet* fører til, at en indtægt tidsmæssigt skal placeres på det tidspunkt, der er erhvervet ret til at modtage vederlaget.⁵ I retspraksis er retserhvervelsesprincippet bl.a. udtalt af Højesteret i U 1981, 968 H om beskatningstidspunktet for indtægter fra en entreprise. Højesteret udtalte, at den opgørelsesmåde, man havde fulgt i administrativ praksis, fandtes "stemmende med det almindelige princip, at det afgørende tidspunkt for beskatning af en indtægt er tidspunktet for den endelige erhvervelse af retten dertil." I TfS 2003, 744 H udtalte Højesteret om tidspunktet for beskatningen af deltagere i et interessentskab: "Pligten til at betale skat af et interessentskabs overskud påhviler interessenterne direkte, og interessenterne er derfor som udgangspunkt skattepligtige af deres andele i interessentskabets overskud i det år, interessentskabet erhverver endelig ret til de indtægter, der er grundlag for overskuddet." Som yderligere eksempler fra Højesterets nyere praksis, hvor der i præmisserne direkte er henvist til retserhvervelsesprincippet, kan henvises til TfS 2003, 353 H (om entrepriseforhold), TfS 2001, 309 H (hvor Højesteret henviser til tidspunktet, hvor en de enkelte sager var afregningsmodne), TfS 2000, 953 H ("SLOM"-erstatning fra EU til producenter af mælk mv., der midlertidigt havde været forhindret i at udøve deres erhverv), og TfS 1998, 526 H (hvor Højesteret i relation til udbetaling af lønkrav fra et konkursbo dog på grund af forudsætningen i kildeskattelovens § 46 og dennes forarbejder fraveg retserhvervelsestidspunktet og i stedet fandt, at lønindkomsten skulle beskattes på udbetalingstidspunktet).

Det følger heraf, at der *ikke* i dansk skatteret gælder et kasseprincip. Efter *kasseprincippet* tages der udgangspunkt i, hvornår betalingen af en indtægt eller udgift finder sted.⁶ Det følger af statsskattelovens § 4, at indtægter i såvel penge

4) Jf. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 364 f.; Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 10. udg., 2003, s. 124 f.; Henrik Dam m.fl.: Skatteret - Almen del, 2004, s. 258 f.

5) Se dog anderledes Carsten Led-Jensen: Beskatning af lønindkomst, 2000, der udtrykker, at indtægter efter retserhvervelsesprincippet skal beskattes i det år, kravet herpå opnår *retlig beskyttelse*. Tidspunktet for retlig beskyttelse i forhold til f.eks. aftaleerhververe og kreditorer er ikke afgørende for periodiseringen inden for skatteretten (dette gælder både efter afståelses- og retserhvervelsesprincippet). Det er på den baggrund næppe hensigtsmæssigt at beskrive retserhvervelsesprincippet, som gjort af Carsten Led-Jensen.

6) I Lærebog om indkomstskat, 10. udg., s. 124 f., er det anført, at hovedprincippet i dansk skatteret har udviklet sig fra et kasseprincip til et retserhvervelsesprincip. Det er imidlertid tvivlsomt, om det er korrekt at hævde, at man i årene efter statsskattelovens indførelse benyttede sig af et

som "formuegoder af pengeværdi" er skattepligtig indkomst. Det kan heraf udledes, at der ikke generelt kan stilles krav om betaling, før en indtægt skal medtages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Hvis en skatteyder erhverver en *fordringsret*, vil det som udgangspunkt være tilstrækkeligt til, at man skal indtægtsføre den skattepligtige indkomst.

Det kan være vanskeligt præcist at afgrænse, hvad der nærmere ligger i retserhvervelsesprincippet. Retserhvervelsesprincippet er ikke et begreb med et klart defineret indhold i obligationsretten, som man uden videre kan overføre til skatteretten. Endvidere kan det give anledning til problemer, at man i den skatteretlige litteratur synes at være lidt usikker på, hvorvidt retserhvervelsesprincippet skal anskues som et *hovedprincip* for den tidsmæssige placering⁷ eller blot et *mindstemål* for, hvor tidligt en indtægt tidsmæssigt skal placeres.⁸

Retserhvervelsesprincippet har først og fremmest sin betydning ved periodiseringen af skattepligtige *løbende indtægter* og *engangsindtægter*. Det er da også i sager herom Højesteret benytter sig af udtryk som at have "erhvervet ret til", jf. f.eks. TfS 2003, 744 H, eller at have "erhvervet endelig ret til", jf. f.eks. TfS 2003, 353 H.

Ved *afståelse af aktiver eller passiver*, hvor tidspunktet for aftalens indgåelse typisk vil være det relevante beskatningstidspunkt, er det derimod ikke naturligt at sige, at eksempelvis sælgeren af en fast ejendom har "erhvervet ret" til købesummen på tidspunktet for købsaftalens indgåelse. Her gælder der som udgangspunkt et afståelsesprincip, hvor det er tidspunktet for den retsstiftende handling, der er afgørende, jf. ovenfor. I Ligningsvejledningen og den skatteretlige teori ses retserhvervelsesprincippet imidlertid udstrakt til også at omfatte afståelser af

kasseprincip som hovedprincip. De første år efter statsskattelovens indførelse var nok snarere præget af, at periodiseringen af indkomst i praksis blev betragtet som et mindre vigtigt problem, jf. Frederik Zimmer: *Inntektsbegrep og rettsutvikling*, Oslo 1982, s. 119. Jane Ferniss i Bent Iversen (red.) *Juridiske emner ved Syddansk Universitet* 2003, s. 64, særligt s. 72 peger på, at det i de første år efter statsskattelovens indførelse var de færreste, som udfærdigede regnskab, hvorfor indkomstopgørelsen i praksis ofte hvilede på en skønsmæssig ansættelse. I det omfang, der blev ført bogholderi, tog man imidlertid også i de første år efter statsskattelovens indførelse udgangspunkt i den bogførte indkomst, jf. vejledningen til statsskatteloven fra 1912, cirk. nr. 297 af 31. december 1912, artikel 8 C), jf. Ministerialtidende 1912-13, s. 1351 ff., særligt s. 1371 f.

⁷⁾ Jf. således Thøger Nielsen: *Indkomstbeskatning I*, 1965, s. 365; Aage Michelsen m.fl.: *Lærebog om indkomstbeskatning*, 10. udg., s. 124.

⁸⁾ Jf. således Jens Olav Engholm Jacobsen i *Skatteretten* 1, 3. udg., s. 237; Henrik Dam m.fl.: *Skatteret - Almen del*, 2004, s. 259.

aktiver. I Ligningsvejledningen udtales: "Ved salg af fast ejendom er der således *erhvervet ret* til salgssummen allerede ved underskrivelse af købsaftale..." (min fremhævelse).⁹⁾ Derimod ses retserhvervelsesprincippet og udtryk som at have "erhvervet ret" eller at have "erhvervet endelig ret" med rette ikke at have fundet vej til præmisserne i domme fra Højesteret om sager, der vedrører afståelse af formuegoder.

Som modstykke til retserhvervelsesprincippet kan det på udgiftssiden hævdes, at der gælder et *pligtpådragelsesprincip*,¹⁰⁾ hvor der lægges vægt på, hvornår der er opstået en retlig forpligtelse. Ofte vil det også være tilstrækkeligt for fradrag, at der er opstået en sådan forpligtelse til at betale.¹¹⁾ Det skal dog bemærkes, at pligtpådragelsestidspunktet i flere praktiske betydningsfulde tilfælde er fraveget.

2.3. Den skattepligtige indkomst som indkomstårets nettoindkomst

Det sidste overordnede kriterium for den skattemæssige periodisering er, at man ved fastlæggelsen af administrativ praksis og retspraksis for periodiseringen har søgt at nå frem til et resultat, der giver et billede af det pågældende indkomstårs skattepligtige nettoindkomst. Dette har særligt betydning på *udgiftssiden*, hvor kriteriet bl.a. kan finde støtte i formuleringen af statsskattelovens § 6a om driftsomkostninger som udgifter, der er anvendt til erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten.

Til illustration af dette hovedprincip skal her nævnes kapitalgevinstbeskatningen og beskatningen af indkomst ved entrepriser. Det fremgår som tidligere nævnt af statsskattelovens § 5a, at det ved *kapitalgevinstbeskatningen* er fortjenesten eller tabet, der skal medtages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Heraf følger, at anskaffelsessummen først fradrages samtidigt med, at afståelsessummen skal føres til indtægt. For så vidt angår varer anvendes der en anden

⁹⁾ Jf. Ligningsvejledningen 2004-3, E.A. 3.1.1. Se også Jan Pedersen i Jan Pedersen m.fl.: Skatteretten 1, 4. udg., s. 428, der anvender udtrykket "retserhvervelsesprincippet" i overskriften i relation til periodisering af anskaffelses- og afståelsestidspunktet, men i øvrigt ikke herefter tillægger det betydning. Se også Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, s. 365. I Lærebog om indkomstskat, 10. udg., s. 369 benyttes retserhvervelsesprincippet i relation til salg af løsøre, men ikke i relation til afståelse af andre formuegoder.

¹⁰⁾ Jf. Jens Olav Engholm Jacobsen i Skatteretten 1, 3. udg., s. 237.

¹¹⁾ Jf. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, s. 367; Lærebog om indkomstskat, 10. udg., s. 239; Skatteret - Almen del, 2004, s. 259; Ligningsvejledningen LV E.A. 3.2

fremgangsmåde for periodiseringen af indtægter og udgifter, men også her bliver indtægter og udgifter i det væsentlige placeret i samme indkomstår, jf. nedenfor afsnit 4.

Ved entrepriser, som varer i flere år, vil en entreprenør dels afholde en række udgifter, som knytter sig til den enkelte *entreprise*, dels få a conto betalinger løbende. I praksis har man lagt sig fast på, at indtægten først skal beskattes i færdiggørelsesåret. Som en konsekvens heraf kan udgifter, som knytter sig til den enkelte entreprise, i princippet også først fradrages i færdiggørelsesåret. Dette sker regnskabsteknisk ved, at afholdte udgifter i tidligere indkomstår aktiveres og først fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i færdiggørelsesåret.¹²

3. Periodisering af indtægter fra salg af varer

Det generelle udgangspunkt for periodisering af løbende indkomst og skattepligtige engangsindtægter er retserhvervsprincipperne. Løbende indtægter og skattepligtige engangsindtægter skal medtages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst på det tidspunkt, man har erhvervet ret (retserhvervestidspunktet). Den erhvervsdrivendes løbende indtægter skal i overensstemmelse med retserhvervsprincipperne periodiseres, når den erhvervsdrivende har erlagt sin ydelse og dermed har krav på modydelsen.

Der er ovenfor afsnit 2.2 redegjort for, at kapitalgevinster og -tab som udgangspunkt opgøres og beskattes på aftaletidspunktet. Da det er gevinster og tab, der opgøres, periodiseres afståelses- og anskaffelsessummen vedr. de enkelte aktiver i samme indkomstår.

Det er fast antaget, at man ved periodisering af en erhvervsdrivendes indtægter fra salg af varer skal lægge afgørende vægt på det tidspunkt, den erhvervsdrivende normalt har erlagt sin ydelse, idet der lægges afgørende vægt på *leveringstidspunktet*.¹³ En erhvervsdrivendes salg af varer som led i næring har karakter af at være en løbende indkomsterhvervelse. Samtidigt er den gevinst, der opnås

¹²⁾ Jf. U 1981, 968 H og om periodisering ved igangværende arbejder Niels Winther-Sørensen i Jan Pedersen m.fl.: Skatteretten 1, 4. udg., afsnit I, kapitel 5.4.4, og Skatteretten 2, 4. udg., afsnit I, kapitel 2.3.1 med yderligere henvisninger.

¹³⁾ Jf. Ligningsvejledningen 2004-2, E.A.3.1.1, Jens Olav Engholm Jacobsen i Skatteretten 1, 3. udg., s. 246, Lærebog om indkomstskat, 10. udg., s. 161 ff., og s. 369, Thøger Nielsen i SO 1978,318, særligt s. 321 ff.

ved salg af en vare, en kapitalgevinst. På det overordnede plan kan man her tale om, at der ved periodiseringen af indtægter fra varer sker et sammenstød mellem på den ene side *retserhvervelsesprincippet* (hvor der lægges vægt på det tidspunkt, den erhvervsdrivende har erlagt sin ydelse), og *afståelsesprincippet* (hvor der lægges vægt på tidspunktet for aftalens indgåelse).

Et tilsvarende sammenstød mellem retserhvervelsesprincippet og afståelsesprincippet ses ved salg af f.eks. *fast ejendom* eller *aktier* som *led i næring*. Ved salg af fast ejendom eller aktier som led i næring er det (lige som det er tilfældet for ikke-næringsdrivendes salg) som udgangspunkt tidspunktet for aftalens indgåelse, der lægges til grund. Dette er i overensstemmelse med *afståelsesprincippet*. Når det for varers vedkommende ikke er aftaletidspunktet, men leveringstidspunktet, der lægges til grund, selv om det er samme regler i statsskattelovens §§ 4-5 (for aktiers vedkommende nu aktieavancebeskatningslovens § 3), praksis har udviklet sig ud fra, kan man beskrive det således, at *afståelsesprincippet* ved periodiseringen af *varer* har måttet vige for *retserhvervelsesprincippet*.

Med *leveringstidspunktet* menes det tidspunkt, hvor salgsgenstanden i køberetlig forstand er leveret. Da leveringstidspunktet ligger senere end aftaletidspunktet, er det i almindelighed til gunst for skatteyderne at anvende leveringstidspunktet og ikke tidspunktet for indgåelsen af aftalen som beskatningstidspunkt. Når man efter praksis har lagt sig fast på leveringstidspunktet og ikke aftaletidspunktet som det afgørende periodiseringstidspunkt for varer, er dette formentligt begrundet i dels praktiske hensyn¹⁴ dels i, at man efter retserhvervelsesprincippet som udgangspunkt først skal indtægtsføre erhvervsindkomst, når man har erlagt sin ydelse og dermed har krav på modydelsen.

Beskatningstidspunktet kan normalt ikke udskydes til et senere tidspunkt (f.eks. tidspunktet for betalingen) end leveringstidspunktet.¹⁵ Heller ikke tidspunktet for sælgers udskrivning af faktura kan tillægges betydning for periodiseringen. I praksis vil mange virksomheder givetvis lægge faktureringstidspunktet til grund, særligt hvis denne ligger i sædvanlig og nær tidsmæssig tilknytning til leveringen.

¹⁴⁾ Jf. Thøger Nielsen i SO 1978, 318, særligt s. 321, der anfører, at et hvilket som helst andet kriterium ville føre til nærmest uøselige afgrænsningsproblemer. For en køber af driftsmidler og skibe har tidspunktet for levering også afgørende betydning for, hvornår afskrivninger første gang kan foretages, jf. afskrivningslovens § 3.

¹⁵⁾ Jf. LSRM 1952, 120, LSRM 1971, 119 og LSRM 1973, 114. Derimod er det mere tvivlsomt, om det er udelukket at periodisere salgsindtægter på et tidligere tidspunkt, når en skatteyder konsekvent anvender et sådant periodiseringskriterium, jf. således LSRM 1970, 16.

Dette ændrer imidlertid ikke ved, at faktureringstidspunktet, som alene bestemmes af sælger, ikke i sig selv er det korrekte periodiseringstidspunkt.

4. Periodisering af udgifter vedrørende varer

Ud over afståelsesprincippet og retserhvervelsesprincippet kan det som tidligere nævnt gøres gældende, at der gælder et kriterium om, at den opgjorte skattepligtige indkomst skal afspejle indkomstårets nettoindkomst.

Ved periodisering af kapitalgevinster og -tab placeres såvel anskaffelses- som salgssummen efter afståelsesprincippet på tidspunktet for afståelsen, normalt tidspunktet for aftalens indgåelse. Det er udgangspunktet for opgørelsen af kapitalgevinster- og tab, at man opgør avance og tab på hvert aktiv for sig.

Kriteriet om, at den opgjorte skattepligtige indkomst skal afspejle *indkomstårets nettoindkomst* har også central betydning ved periodiseringen af udgifter, som knytter sig til den erhvervsdrivendes køb eller produktion af varer. Men også på udgiftssiden adskiller den skattemæssige periodisering vedrørende varer sig fra det, der gælder efter afståelsesprincippet.

Udgifter vedrørende den enkelte vare placeres ikke nødvendigvis tidsmæssigt i samme indkomstår som indtægten vedrørende den *konkrete* vare.

Udgifter til køb og produktion af varer *fradrages løbende*.¹⁶ Dette gælder også udgifter, som knytter sig til køb og produktion af varer, som ikke ved indkomstårets udløb er solgt og leveret til kunderne.

Det løbende fradrag ved køb og produktion af varer opvejes af, at man indtægtsfører værdien af de varer, der ved indkomstårets udløb indgår på varelageret, dvs. *varelageret ultimo*.

Omvendt skal værdien af varelageret i begyndelsen af året (*varelageret primo*) føres til fradrag ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Varer, der indgår på varelageret primo, vil i løbet af indkomståret normalt *enten* 1) være (solgt og)

¹⁶⁾ Ved køb af varer er det formentligt også først på leveringstidspunktet, der kan foretages fradrag for købesummen, jf. Jens Olav Engholm Jacobsen i Skatteretten 3, 3. udg., s. 246, note 39. Dette er i overensstemmelse med, at købte varer først medtages i varelageropgørelsen på leveringstidspunktet, jf. TfS 1989,318 H.

leveret til køber (i så fald skal både indtægten og udgifterne vedr. den pgl. vare periodiseres i indkomståret) *eller* 2) indgå på varelageret ultimo (og i så fald modsvares fradraget primo af indtægtsførelsen ultimo).¹⁷

Ved hjælp af varelageropgørelsen opnås således et mål for det reelle vareforbrug, og forbruget fradrages reelt i *forbrugsåret* i forbindelse med levering af varerne til kunderne. Hjemlen hertil er ikke i sig selv varelagerloven (som først og fremmest regulerer værdiansættelsen), men må i stedet findes i administrativ praksis og grundlæggende skatteretlige principper for periodisering, der er i overensstemmelse med statsskattelovens §§ 4-6.¹⁸ Dog kan det hævdes, at det i varelagerloven er forudsat, at værdien af varelageret skal opgøres ultimo og primo og dermed, at man skal forholde sig med udgifterne til varer som beskrevet.¹⁹

5. Afslutning

Det er ovenfor punkt 2 gjort gældende, at de overordnede kriterier for periodiseringen kan samles i tre, nemlig a) afståelsesprincippet, b) retserhvervelsesprincippet og c) kriteriet om, at den opgjorte skattepligtige indkomst skal afspejle indkomstårets nettoindkomst.

Ved periodiseringen af indtægter fra en erhvervsdrivendes salg af varer støder afståelsesprincippet og retserhvervelsesprincippet sammen. Den erhvervsdrivendes salg af varer kan både anskues således, at den erhvervsdrivende får kapitalgevinster (og -tab), og at den erhvervsdrivende erhverver en løbende indkomst. Valget af leveringstidspunktet som det skatteretlige udgangspunkt er udtryk for, at *afståelsesprincippet* ved periodiseringen af indtægter fra salg af varer har måttet vige for *retserhvervelsesprincippet*.

¹⁷⁾ Der kan naturligvis også indtræde andet end det beskrevne med varerne i løbet af indkomståret. Varer, som undergår hændelig undergang, vil berettige til fradrag ud fra et driftstabsynspunkt. Fradraget registreres ved, at de varer, der i løbet af indkomståret er ødelagt, indgår i varelageret primo (som fradrages ved indkomstopgørelsen), men ikke i varelageret ultimo. Såfremt varer udtages af varelageret til privat forbrug, skal der ske korrektion, så det undgås, at udgifterne vedr. de pgl. varer fradrages i indkomstopgørelsen (privatudgifter). Denne korrektion sker i praksis ved, at man opgør en post for forbrug af egne varer.

¹⁸⁾ Jf. herved embedsmandsrapport om igangværende arbejder, "www.toldskat.dk", Rapporter og referater, 26. juni 2002., s. 58, og bilag 1, s. 11 ff.

¹⁹⁾ Se om varelagerloven Niels Winther-Sørensen i Jan Pedersen m.fl.: Skatteretten 2, 4. udg., afsnit I, kapitel 2.4 med yderligere henvisninger.

Kriteriet om, at den opgjorte skattepligtige indkomst skal afspejle *indkomstårets nettoindkomst* har central betydning ved periodiseringen af udgifter, som knytter sig til den erhvervsdrivendes køb eller produktion af varer. Udgifter til køb og produktion af varer fradrages løbende, men ved hjælp af varelageropgørelsen opnås et mål for det reelle vareforbrug, således at forbruget reelt fradrages i forbrugsåret i forbindelse med levering af varerne til kunderne.

Aftalelovens anvendelighed på indgåelsen af elektroniske kontrakter

Kim Østergaard

1. Problemstilling

Elektronisk handel indebærer, at elektroniske aftaler indgås på måder som ikke kendes fra den traditionelle handel. Til trods for at elektronisk handel i retlig henseende ikke har et velafgrænset indhold, forstås elektronisk handel i nærværende artikel som de situationer, hvor kontrahenterne for det første ikke mødes fysisk, hvorved der foreligger en distanceaftale og kontrahenterne anvender for det andet helt eller delvis elektroniske kommunikationsmidler inden for den kommercielle kæde.¹

Den måde, hvorpå elektroniske aftaler indgås på, må forventes stedse at indebære nye indgåelsesformer. I skrivende stund tegner der sig et vist mønster, hvad angår elektroniske indgåelsesformer. Retspraksis i USA har været med til at navngive nogle af de forskellige elektroniske indgåelsesformer, der eksisterer i dag. Elektroniske aftaler kan i øvrigt indgås via SMS, IP-telefoni m.v. De forskellige elektroniske indgåelsesformer omtales nærmere under 2.

Hvorvidt der er indgået en elektronisk kontrakt, skal i en EU-retlig kontekst til stadighed afgøres efter de nationale materielle bestemmelser, der finder anvendelse.² Heraf følger, at hvis en retshandel har tilknytning til mere end ét retssystem

¹⁾ For en nærmere diskussion af begrebet elektronisk handel, se Kim Østergaard, *Elektronisk Handel og International Proces- og Privatrecht*, 2003, side 18 ff.

²⁾ Se imidlertid Ruth Nielsen, *E-Handelsret*, 2. udg., 2004, side 204 f. om betydningen af direktivet om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser 2002/65/EF, hvorefter der på grund af fuld harmonisering inden for EU kun er ét tidspunkt, hvor en kontrakt kan anses for indgået. Herved bliver en anvendelse af de internationale privatretlige regler overflødige.

er det nødvendigt med udgangspunkt i forumstatens internationale privatretlige regler at tage stilling til hvilke nationale materielle aftaleretlige regler, der finder anvendelse på den elektroniske kontrakt.³ E-handelsloven indeholder i § 12, stk. 1 et krav om, at tjenesteyder skal bekræfte en ordre.⁴ I en aftaleretlig kontekst forudsætter dette, at tjenesteyder i e-handelslovens terminologi ved, hvornår der er indgået en elektronisk kontrakt!

Udgangspunktet for nærværende artikel er dansk materiel ret om elektroniske aftalers indgåelse, nærmere bestemt aftalelovens kapitel 1, der finder anvendelse på elektronisk kommunikation.⁵ Den retsdogmatiske analyse er begrænset til en nærmere undersøgelse af hvorledes og hvorvidt bestemmelserne i aftalelovens kapitel 1 kan anvendes på de måder, hvorpå elektroniske aftaler indgås på i dag.⁶ Selv om aftaleloven er ændret nogle gange siden ikrafttrædelsen i 1917, er bestemmelserne i kapitel 1 uændret.

Der foreligger umiddelbart tre muligheder, hvad angår anvendelsen af aftalelovens kapitel 1. *For det første* kan en bestemmelse i aftalelovens kapitel 1 være upåvirket af, at aftalen indgås ved hjælp af elektroniske kommunikationsmidler – er bestemmelsen som følge heraf teknologineutral? *For det andet* kan en bestemmelse i aftaleloven være uanvendelig ved anvendelse af elektroniske kommunikationsmidler til indgåelsen af elektroniske kontrakter og dermed ikke længere relevant. *Endelig* kan det tænkes, at en bestemmelse er anvendelig, men at anvendelsen giver anledning til fortolkningsvanskeligheder.

Efter en kort omtale af de væsentligste eksisterende elektroniske kontraktindgåelsesmåder under 2, foretages analysen under hensyntagen til, hvorledes elektronisk handels karakteristika påvirker anvendelsen af bestemmelserne i aftalelovens kapitel 1, under 4. Forinden diskuteres under 3, hvorvidt den indtil videre væsentligste elektroniske kommunikationsform ved elektronisk handel, Internettet skal rubriceres i forhold til sondringen mellem tilbud, jf. afl § 1 og opfordring til at gøre tilbud, jf. afl § 9. Afslutningsvis diskuteres det, hvorvidt aftalelovens

³⁾ Ved indirekte elektronisk handel vil det i visse retssystemer være nødvendigt at tage stilling til, hvorvidt det er de almindelige regler om aftalers indgåelse, der finder anvendelse eller det er bestemmelserne i CISG del II, der benyttes. De nordiske lande har som følge af art. 92 forbeholdet ikke ratificeret CISG, del II om aftalers indgåelse.

⁴⁾ Det bemærkes, at en aftale består af et tilbud og en accept. Selv om anvendelsen af ordrebekræftelser er udbredt inden for den traditionelle handel, er der ikke noget krav om anvendelsen af en ordrebekræftelse for, at der er indgået en gyldig aftale.

⁵⁾ Jf. Ruth Nielsen, E-Handelsret, 2. udg., 2004, side 183.

⁶⁾ Jf. Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område.

kapitel 1 på baggrund af de gennemførte analyser forudsætter en modernisering, når der henses til, at retslivet på tidspunktet for aftalelovens ikrafttrædelse i 1917 var markant anderledes, end det vi kender i dag.⁷ Aftalelovens kapitel 1 risikerer derved at være en anakronisme.

2. Elektroniske kontraktindgåelsesmåder

I amerikansk ret er der i retspraksis udviklet betegnelser for de måder, en elektronisk kontrakt på Internettet kan indgås på. Disse betegnes som clickwrap, shrink-wrap og browserwrap aftaler.

Clickwrap aftaler er karakteriseret ved, at kontraktbetingelserne i den elektroniske kontrakt vises på skærmen *forud* for aftalens indgåelse. Dermed må der være en formodning for, at clickwrap aftaler på grundlag af kontraktindgåelsesmåden som oftest må karakteriseres som et tilbud fra realdebitor, med mindre de konkrete omstændigheder tilsiger noget andet. Kontrahenten har mulighed for at acceptere indholdet i denne form for elektroniske kontrakt ved at klikke på ikonet ”jeg accepterer” eller evt. ved ikke at indgå aftalen ved at klikke på ikonet ”jeg afslår”. Clickwrap aftaler kan anvendes såvel i forbindelse med indirekte som direkte elektronisk handel, men har antagelig en særlig betydning i forbindelse med direkte elektronisk handel, da forudsætningen for at kunne indgå en licensaftale om en digital realydelse og dermed kunne downloade denne er, at der forud herfor sker en accept af kontraktbetingelserne, der til tider kan være ganske omfattende og med det ”risikomoment” at tilbudsmodtager ikke nødvendigvis gennemlæser samtlige kontraktbetingelser forud for det tidspunkt, der afgives en accept.⁸ At medkontrahenten ikke læser de i øvrigt tilgængelige kontraktbetingelser er medkontrahentens egen risiko.

Browserwrap⁹ aftaler indgås ikke så forskelligt fra en clickwrap aftale, idet musen ligeledes benyttes som middel til at indgå en elektronisk aftale. Til forskel fra clickwrap aftalen indebærer browserwrap aftalen, at der er mulighed for at indgå den elektroniske aftale, uden der er sket en forudgående godkendelse eller stiftet kendskab til kontraktbetingelserne, idet kontraktbetingelserne fremstår som et

⁷⁾ Se Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 4. udg., 2001, side 34 og Stig Jørgensen U 1963 B, side 285, der anfører: ”Aftaleloven synes at passe som hånd i handske til århundredskiftets individualistiske og liberale en-gros handel”.

⁸⁾ I sagen *Groff v. America Online*, 1998 WL 307001 (1998) bestod clickwrap aftalen af 94 skærmsider.

⁹⁾ Begrebet browserwrap aftale blev første gang anvendt i sagen *Pollstar v. Gigmaina*, 170 F.Supp.2d 974 (2000).

link på en hjemmeside. Dette link behøver ikke nødvendigvis at fremgå af den hjemmeside hos tjenesteyderen, hvor den elektroniske aftale indgås.

En shrinkwrap aftale vil ofte være knyttet til en licensaftale, men i lighed med hovedparten af clickwrap aftaler er der intet til hinder for, at sådanne elektroniske aftaler ligeledes benyttes ved levering af løsøregenstande og dermed indirekte elektronisk handel. En shrinkwrap aftale indgås eksempelvis ved, at den elektroniske aftale indgås på Internettet eller via evt. en e-mail. I forbindelse med denne del af aftalens indgåelse får realkreditor ikke kendskab til samtlige kontraktbetingelser ved den oprindelige elektroniske kontrakts indgåelse, men først efter kontraktens indgåelse i forbindelse med, at kontraktens realkreditor kommer i realkreditors besiddelse. Denne aftaleretlige problemstilling er ikke direkte reguleret i aftalelovens kapitel 1 og skal i denne forbindelse ikke omtales nærmere. De supplerende kontraktbetingelser fremgår enten analogt på indpakningen eller evt. på et bærbart elektronisk medium, hvor realkreditor evt. skal tiltræde de supplerende kontraktbetingelser forud for ibrugtagningen af den digitale realkreditor eller evt. løsøregenstanden. En tiltrædelse af de supplerende kontraktbetingelser kan således være en betingelse for overhovedet at kunne benytte den digitale realkreditor. I de tilfælde, hvor kontraktbetingelserne fremstår analogt, kan det diskuteres, hvorvidt der i forhold til forståelsen af begrebet elektronisk handel foreligger elektronisk handel.

Det er et fælles kendetegn for clickwrap, browswrap, shrinkwrap aftaler (herefter cbs aftaler), at der ikke mellem kontrahenterne foregår en aktuel eller potentiel forhandling om kontraktbetingelserne. Disse elektroniske kontraktindgåelsesmåder må alle anses som adhæsionskontrakter, hvor realdebitor benytter en elektronisk standardkontrakt.

Anvendelsen af IP-telefoni¹⁰, SMS og elektronisk post indebærer en højere grad af interaktivitet mellem kontrahenterne end det, der karakteriserer cbs aftalerne. Det må særligt fremhæves, at kontraktbetingelserne ikke nødvendigvis er givet på forhånd fra den ene kontrahents side; kontraktbetingelserne kan evt. være genstand for forhandling, ligesom det ikke er fuldstændig evident, hvem der er respektive tilbudsgiver og tilbudsmotager. Dette må bero på en konkret vurdering. Sådanne elektroniske indgåelsesformer benævnes herefter aek aftaler.

På Internettet eksisterer der en række elektroniske mellemmand, der ofte fungerer kan karakteriseres som pris- og informationsagenter.¹¹ Disse elektroniske mellemmand faciliterer, at kontrahenterne på den elektroniske markedsplads

¹⁰⁾ Se eksempelvis www.skype.com.

¹¹⁾ Se eksempelvis www.prisportalen.dk, www.mybanker.dk og www.peterspriser.dk.

mødes med mulighed for at gøre besparelser såvel i relation til produktpriser som transaktionsomkostninger. De elektroniske auktionshuse (kommission) synes også at nyde en stadig større udbredelse.¹² I de situationer, hvor en fysisk person foretager et køb gennem disse elektroniske auktionshuse med henblik på at anvende formuegodet i privatsfæren, foreligger der et forbrugerkøb, jf. kbl § 4a, stk. 2.¹³

De elektroniske kommunikationsformer indebærer flere forskellige måder at indgå elektroniske kontrakter på, herunder en anvendelse af elektroniske mellem-mænd, der direkte kan kontraheres med, hvor en af forannævnte indgåelsesmåder anvendes.¹⁴

3. Sondringen mellem tilbud og opfordring til at gøre tilbud

Af aftalelovens § 1, 2. pkt. fremgår det om kapitel 1's anvendelse såfremt, "andet følger af tilbudet eller svaret eller af handelsbrug eller anden sædvane". Aftalelovens kapitel 1 er dermed deklaratorisk. Heraf følger, at realdebitor selv har muligheden for at fastlægge, hvorvidt en hjemmeside på Internettet eller andre elektroniske kommunikationsformer skal betragtes som et tilbud eller en opfordring til at gøre tilbud. En mulighed som realdebitor ikke i videre udstrækning synes at være opmærksom på.

Tilbudsbegrebets retlige indhold er ikke nærmere defineret i aftalelovens kapitel 1, hvorfor der kan opstå tvivl om, hvornår der foreligger et tilbud eller opfordring til at gøre tilbud. I relation til elektronisk handel har Vestre Landsret i en enkelt sag og Forbrugerklagenævnet i et par sager taget stilling til spørgsmålet om tilbud eller opfordring til at gøre tilbud i forbindelse med genstande, der kan erhverves hos erhvervsdrivende på Internettet.¹⁵ Med de foreliggende afgørelser tegner der sig ikke et entydigt og klart billede af, hvorvidt hjemmesider på Internettet skal betragtes som tilbud eller opfordring til at gøre tilbud. Det forudsætter til stadighed en konkret vurdering.

Hvad angår cbs aftaler, giver disse umiddelbart mulighed for at indgå elektroniske aftaler, hvilket taler for, at sådanne elektroniske kommunikationsformer som

¹²⁾ Se eksempelvis www.lauritz.com og www.bruun-rasmussen.dk.

¹³⁾ Se endvidere Susanne Karstoft, Elektronisk aftaleret, 1. udg., 2004, side 35 ff.

¹⁴⁾ Se endvidere Ruth Nielsen, E-Handelsret, 2. udg., 2004, side 184.

¹⁵⁾ U 2003.907 V. For en mere indgående omtale af sagerne, se Ruth Nielsen, E-Handelsret, 2. udg., 2004, side 201 ff. og Kim Frost U 2003 B 359.

udgangspunkt må betragtes som tilbud.¹⁶ Ruth Nielsen anfører: *"Derimod må det efter min vurdering antages, at en professionel tjenesteyders præsentation af varer og tjenester på et interaktivt netsted, hvor der er mulighed for umiddelbar kontraktindgåelse, er et forpligtende tilbud, medmindre der er holdepunkter for det modsatte."*¹⁷

Susanne Karstoft drøfter sondringen mellem tilbud og opfordring til at gøre tilbud med udgangspunkt i, hvorvidt annoncering på Internettet er tættest beslægtet med udsendelsen af postordrekataloger m.v. eller udstilling af prismærkede varer med henblik på salg i en fysisk butik; altså hvad man kunne kalde traditionel handel, herunder de muligheder som realdebitor har for en løbende revidering, opdatering af en hjemmeside på Internettet.¹⁸ Synspunktet understøtter forudsætningsvis, at i de tilfælde hvor medkontrahenten uden forbehold har mulighed for at acceptere erhvervelsen af varen eller tjenesteydelsen, er der ikke noget til hinder for at betragte den givne hjemmeside som et tilbud og ikke en opfordring til at gøre tilbud. Endvidere kan der anføres det synspunkt, at realdebitor er nærmest til at bære risikoen for ikke specifikt at have anført, at der foreligger opfordring til at gøre tilbud.¹⁹

Anvendelsen af andre elektroniske kommunikationsformer som IP-Telefoni, SMS og e-mail indebærer som nævnt en højere grad af interaktivitet, hvor det umiddelbart er vanskeligere på forhånd at afgøre, hvorvidt der foreligger et tilbud eller opfordring til at gøre tilbud.²⁰ Dette indebærer, at realdebitor ikke nødvendigvis er tilbudsgiver, men godt kan være tilbudsmodtager i den givne situation. I sådanne situationer bliver det derfor nødvendigt meget konkret at tage stilling til, hvorvidt der foreligger et tilbud eller opfordring til at gøre tilbud. Der er således ikke noget til hinder for ved sådanne elektroniske indgåelsesformer, at realkreditor retter henvendelse til realdebitor med henblik på, at denne eksempelvis bedes afgive et tilbud på et parti glas.

¹⁶⁾ Dette har da også været tilfældet i de foreliggende sager i amerikansk retspraksis. For en gennemgang heraf på dansk, se Kim Østergaard, *Elektronisk Handel – International Proces- og Privatret*, 2003, kapitel 9.

¹⁷⁾ Ruth Nielsen, *E-Handelsret*, 2. udg., 2004, side 201. Se endvidere til støtte for dette synspunkt Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 1. udg., 2001, side 759.

¹⁸⁾ Jf. Susanne Karstoft, *Elektronisk aftaleret*, 1. udg., 2004, side 39.

¹⁹⁾ Såfremt en cbs aftale kan anses for at være en opfordring til at gøre tilbud, er tilbudsmodtageren forpligtet til at reklamere uden ugrundet ophold, såfremt tilbudsmodtageren ikke vil antage det fremkomne tilbud, jf. aflt § 9.

²⁰⁾ Opmærksomheden skal i den forbindelse særligt henledes på forbudene i markedsføringslovens 6 og forbrugeraftalelovens § 6, stk. 1, idet det bemærkes, at sidstnævnte bestemmelse må formodes at omfatte IP-telefoni.

4. Nærmere om aftalelovens bestemmelser

Nedenfor følger en nærmere omtale af aftalelovens kapitel 1's anvendelse for de elektroniske indgåelsesmåder. Hvor der ikke er foretaget en nøjere udskillelse eller rubricering vedrører den retsdogmatiske analyse såvel cbs som aek aftaler. I visse tilfælde har det været nødvendigt at udskille en bestemt elektronisk indgåelsesform. I visse situationer har det også været vanskeligt at foretage en meget præcis rubricering af en given elektronisk indgåelsesform i relation til den opdeling, der er foretaget. I sådanne situationer er den elektroniske indgåelsesform placeret, hvor den udfra en samlet betragtning skønnes mest relevant at rubricere.

4.1. Elektronisk handel påvirker ikke anvendelsen af aftalelovens bestemmelser

Aftl § 3, stk. 1 omhandler den legale acceptfrist, hvorved forstås den situation, hvor tilbudsgiveren ikke har angivet nogen acceptfrist i tilbudet. Efter sin ordlyd omfatter bestemmelsen tilbud, der er gjort i brev eller telegram. I litteraturen er det gjort gældende, at bestemmelsen også må udstrækkes til at omfatte telex og telefax.²¹ Der synes ikke at være noget til hinder for, at bestemmelsen finder anvendelse på aek aftaler, når der ses bort fra IP-telefoni, der må anses for omfattet af aftl § 3, stk. 2, jf. nedenfor under 4.2. I fastlæggelsen af den legale acceptfrist indgår tre tider, der skal fastlægges. Fremsendelses-, betæknings- og tilbagesendelsestiden. Ved aek aftaler er fremsendelses- og tilbagesendelsestiden sammenholdt med eksempelvis en brevforsendelse yderst kort.²² Ved fastlæggelsen af den legale acceptfrist er det afgørende, hvor meget tid tilbudsgiver måtte påregne, der vil medgå. Dette tager særligt sigte på tilbudets fremsendelsesmåde.²³ Tilbudsgiver vil ved aek aftaler have en berettiget forventning om, at fremsendelsestiden vil være yderst kort. Den centrale problemstilling er således at fastlægge betæknningstiden, der skal være rimelig. Udbredelsen af elektroniske kommunikationsmidler trækker umiddelbart i retning af, at den legale acceptfrist forkortes. Det må imidlertid holdes for øje, at der intet er til hinder for at fremsende et relativt komplekst tilbud for en tilsvarende kompleks realydelse, der kræver en vis betæknningstid. Anvendelsen af elektronisk post eller andre

²¹⁾ Jf. Lennart Lyngé Andersen og Jørgen Nørgaard, Aftaleloven med kommentarer, 3. udg., 1999, side 33.

²²⁾ Med henvisning til U 1923.805 H omtaler Mads Bryde Andersen i Grundlæggende Aftaleret, 2. udg., 2002, side 199 muligheden for at indhente et tidsmæssigt underskud ved at anvende en anden og hurtigere tilbagesendelsesform end den, tilbudsgiver har benyttet. En sådan mulighed må anses for udelukket for aek aftaler.

²³⁾ Jf. Lennart Lyngé Andersen og Jørgen Nørgaard, Aftaleloven med kommentarer, 3. udg., 1999, side 33.

elektroniske fremsendelsesformer anvendes jo bl.a. af hensyn til bekvemmelighed og transaktionsomkostninger af de kontraherende parter. Den centrale problemstilling, der herefter består for anvendelsen af aftl § 3, stk. 1 i relation til aek aftaler, er spørgsmålet om accepten er kommet frem i rette tid for at få retsvirkning efter sit indhold. Spørgsmålet om kommet frem diskuteres nærmere under punkt 4.2.

Aftl § 5 regulerer de situationer, hvor tilbudsmottager giver afslag på det fremsatte tilbud fra tilbudsgiver. Hvad enten der foreligger en cbs aftale eller en anden form for elektronisk kommunikation mellem tilbudsgiver og tilbudsmottager giver bestemmelsen ikke anledning til særskilte problemstillinger i forbindelse med elektronisk handel. Det centrale begreb i aftl § 5 er, hvad der skal forstås ved afslag.²⁴

Det kan særligt for clickwrap aftaler anføres, at der skal ske en positiv tilkendegivelse om tiltrædelse af de anførte kontraktbetingelser, således at et afslag for denne elektroniske indgåelsesform består i "passivitet" (manglende tiltrædelse af tilbudet) eller et direkte afslag. Tilsvarende for browswrap aftaler hvor medkontrahenten dog ikke behøver at have stiftet bekendtskab med kontraktbetingelserne forud for et afslag. Dette vil ofte også være tilfældet for shrinkwrap aftaler, hvor afslaget vil bestå i den manglende ibrugtagning af produktet og evt. tilbagesendelse af dette, hvis det drejer sig om en løsøregenstand.

For så vidt angår aek aftaler, er der intet til hinder for, at der foreligger en uoverensstemmende accept efter aftl § 6.²⁵ Dette skal ses i lyset af den højere grad af interaktivitet mellem kontrahenterne.

Aftl § 8 vedrører de situationer, hvor tilbudsgiver har givet afkald på at modtage en accept. I relation til aek aftaler kan aftl § 8 godt finde anvendelse, når der ses bort fra IP-telefoni, der efter sin karakter forudsætter en straks antagelse, jf. aftl § 3, stk. 2.²⁶

4.2. Elektronisk handel gør anvendelsen af aftalelovens bestemmelser uanvendelige

For cbs aftaler er den retlige konstruktion, hvor tilbudsgiver kan have fastsat en

²⁴⁾ Se nærmere herom, Lennart Lyngé Andersen, Aftaleloven med kommentarer, 3. udg., 1999, side 38 ff.

²⁵⁾ Bemærk, at det forholder sig anderledes med cbs aftaler, der omtales under 4.2.

²⁶⁾ Om aftl § 8 se Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, 4. udg., 2001, side 79 f.

acceptfrist i tilbudet, jf. aflt § 2, stk. 1 eller ikke har fastsat en acceptfrist, jf. aflt § 3, stk. 1, ikke anvendelig. Den elektroniske kommunikationsform ved cbs aftaler, hvor varer og tjenesteydelser præsenteres for real kreditor, bygger ikke på en retlig konstruktion, hvor tilbudsmodtager inden for et givet tidsrum skal acceptere det pågældende tilbud. Ved anvendelsen af cbs aftaler er aflt § 3, stk. 1 uanvendelig under den forudsætning, at den givne hjemmeside på Internettet kan anses for at være et tilbud, jf. aflt § 1. Det forekommer som en noget særegen retlig konstruktion at skulle udstrække anvendelsen af aflt § 3, stk. 1 til disse situationer, selv om der kan argumenteres for, at tilbudsgiver i en sådan situation ikke har fastlagt en acceptfrist. Modsætningsvis og mere tungtvejende er det dog, at tilbudsgiver under forudsætning af det rigtige programmel har mulighed for at fjerne det pågældende tilbud, så snart en vare eksempelvis er udsolgt. Det ville ud fra et omsætningshensyn være urimeligt, at tilbudsgiveren skal bære risikoen for, at en given tilbudsmodtager på et tidligere tidspunkt har set det pågældende tilbud og efterfølgende ønsker at acceptere dette, selv om tilbudet ikke længere er tilgængeligt. Dette er i overensstemmelse med det almindelige princip, detailhandlen, hvor en kunde dagen efter at have set en udstillet vare ønsker at købe denne, og varen i mellemtiden er blevet solgt. I forhold til cbs aftaler synes bestemmelsen i aflt § 4, stk. 1 om den for sent fremkomne accept at være uanvendelig, idet der for det første vel ikke kan siges at eksistere en egentlig acceptfrist for sådanne elektroniske aftaler, og for det andet at der vel ikke er nogen begrundelse for, at tilbudsmodtageren skal bære risikoen for at en accept kommer for sent frem i tilbudsgiverens system. Tilbudsmodtageren bør vel snarere reagere, når der ikke foreligger en ordrebekræftelse fra tilbudsgiverens side, jf. e-handelslovens § 12, stk. 2.

Når der ses bort fra anvendelsen af IP-telefoni er bestemmelsen i aflt § 3, stk. 2 som følge af elektronisk handels karakter uanvendelig på andre former for elektronisk aftaleindgåelse. IP-telefoni illustrerer konvergensen mellem to teknologier, der vel hidtil er blevet betragtet som to separate teknologier. I den forbindelse er det værd at nævne, at konvergensen skaber en vis usikkerhed, hvad angår anvendelsesområdet og forståelsen for elektronisk handel, idet det der på nuværende tidspunkt hersker usikkerhed om, hvorvidt telefoni er omfattet af elektronisk handel.²⁷⁾ Efter min vurdering medvirker teknologikonvergensen til, at der bør ses med en lempelig optik, hvad begrebet elektronisk handel omfatter, hvorfor IP-telefoni er omfattet af elektronisk handel.

Aflt § 6 om uoverensstemmende accept er ikke anvendelig for cbs aftaler, da sådanne elektroniske indgåelsesformer er karakteriseret ved at være adhæsionskontrakter, således at muligheden for en uoverensstemmende accept ikke forelig-

²⁷⁾ For en nærmere diskussion heraf, se Kim Østergaard, Elektronisk Handel – International Proces- og Privatret, 2003, side 20 ff. med referencer.

ger. Der foreligger udelukkende en mulighed for, hvis der foreligger et tilbud, at acceptere eller afslå dette.

Aftl § 8 angår som nævnt de situationer, hvor tilbudsgiver har givet afkald på accept fra tilbudsmotager. Det indebærer, at aftl § 8 ikke kan finde anvendelse på cbs aftaler, idet denne elektroniske indgåelsesform som følge af sin karakter bygger på den forudsætning, at tilbudsmotager foretager en eller flere aktive handlinger med henblik på at indgå en aftale.

4.3. Elektronisk handel vanskeliggør anvendelsen af aftalelovens bestemmelser

Begrebet kommet frem benyttes i aftl §§ 2, stk. 1 (tilbudet indeholder en acceptfrist), 3, stk. 1 (den legale acceptfrist), 4 (den for sent fremkomne accept) og 7 (tilbagekaldelse af tilbud og accept) og har derved en central betydning ved anvendelsen og fortolkningen af aftalelovens kapitel 1. Under 4.2. er problemerne med anvendelsen af aftl §§ 2, stk. 1 og 3, stk. 1 og 4 allerede omtalt for så vidt angår cbs aftaler.

Det centrale i nærværende afsnit er derfor, hvad der skal forstås ved begrebet kommet frem ved elektronisk aftaleindgåelse.²⁸ Der kan næppe siges noget fuldstændigt entydigt herom. Udgangspunktet er, hvorvidt meddelelsen er kommet inden for adressatens rådighedssfære, således at denne kan gøre sig bekendt med indholdet heraf.²⁹ Ussing fremfører, at det af hensyn til de konkrete omstændigheder kan være nødvendigt at tage højde for individuelle forskelle hos adressaten.³⁰ Ved elektronisk aftaleindgåelse foregår kommunikation ikke som forudsat ved aftalelovens ikrafttrædelse ved traditionel skriftlig eller mundtlig kommunikation. Når der henses til de to hovedtyper for elektronisk aftaleindgåelse som diskuteret under 2, er det karakteristisk for cbs aftalerne, at realdebitor, uanset om der foreligger et tilbud eller en opfordring til at gøre tilbud via anvendelsen af Internettet, har tiltrådt, at der kan kommunikeres ad denne vej, således at medkontrahenten med rette kan forvente, at meddelelser kan kommunikeres via realdebitors hjemmeside, herunder at der er mulighed for at anvende elektronisk post for virksomheder omfattet af den generelle oplysningspligt efter e-handelslovens § 7 og særligt stk. 1, nr. 3, hvor tjenesteyderen er forpligtet til at oplyse om, hvorledes der kan kommunikeres med denne. Dermed er der skabt en

²⁸⁾ For spørgsmålet om anvendelsen af rette medium skal der særligt henvises til Susanne Karstoft, *Elektroniske aftaler*, 1. udg., 2004, side 71 ff., hvor forfatteren ligeledes diskuterer de nødvendige retlige overvejelser, der må foretages under hensyntagen til, hvorvidt adressaten er en erhvervsdrivende eller en forbruger.

²⁹⁾ Se ligeledes e-handelslovens § 12, stk. 2.

³⁰⁾ Ussing, *Aftaler*, 3. udg., 1950, side 70 ff.

høj grad af forudsigelighed for så vidt angår de muligheder, der er for at kommunikere ad elektronisk vej ved anvendelsen af cbs aftaler. Komme frem problematikken er for cbs aftaler først og fremmest knyttet til muligheden for at tilbagekalde et tilbud eller en accept efter aftl § 7 og som i praksis har sin største betydning for elektroniske aftaler indgået mellem virksomheder, idet der ved elektroniske aftaler i forbrugeraftaler er indeholdt en fortrydelsesret, jf. forbrugeraftalelovens § 18. Uanset hvilken teknisk løsning, der ligger til grund for modtagelsen af tilbagekaldelsen, må det afgørende moment være, hvorvidt modtageren kan skaffe sig adgang til den pågældende tilbagekaldelse eller ej.

Kommet frem har for aek aftaler med undtagelse af IP-telefoni betydning efter såvel aftl §§ 2, stk. 1, 3, stk. 1, 4 og 7. Det afgørende, ved anvendelsen af elektronisk post, er som anført indledningsvis i dette afsnit, hvorvidt meddelelsen er inden for modtageren rådighedssfære. For meddelelser fremført med elektronisk post kan kommet frem sidestilles med, at meddelelsen ligger klar til afhentning.³¹ Det er således ikke en betingelse, at modtageren rent faktisk har hentet en given meddelelse for, at denne er kommet frem.³² Særligt hvad angår anvendelsen af aftl § 7, er det værd at bemærke, at der ikke synes at være noget til hinder for at fastlægge, hvorvidt en tilbagekaldelse af en meddelelse er rettidig i forhold til det oprindelig sendte tilbud eller accept.

Efter aftl § 7 er der mulighed for at tilbagekalde et tilbud eller en accept, såfremt tilbagekaldelsen er kommet frem inden eller samtidig med, at tilbudet eller accepten er kommet til kundskab hos modtageren. Kundskabsbegrebet giver i forhold til visse former for elektronisk aftaleindgåelse anledning til vanskeligheder. Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen fastlægger det retlige indhold i kundskabsbegrebet som: *"Et løfte – være sig et tilbud eller det i en accept liggende løfte – er kommet til kundskab, når det er blevet læst eller hørt af adressaten eller en person, der er bemyndiget til at handle på adressatens vegne, f.eks. en fuldmægtig"*³³

Ved anvendelsen af IP-telefoni vil en tilbagekaldelse af et løfte, hvad enten det drejer sig om et tilbud eller en accept i sagens natur være udelukket. Hvad angår de øvrige former for aek aftaler er der knyttet ganske vanskelige bevisbyrdemæssige problemer til tilbagekaldelsen af et løfte. Dertil kommer at den elektroniske kommunikationsform indebærer en "hurtighed" i sig selv, der alt andet lige be-

³¹⁾ Jf. Mads Bryde Andersen, IT-retten, 1. udg., 2001, side 754 f.

³²⁾ Jf. Susanne Karstoft, Elektronisk aftaleret, 1. udg., 2004, side 83.

³³⁾ Jf. Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, 4. udg., 2001, side 41.

grænser muligheden for en tilbagekaldelse. Anvendelsen af SMS og elektronisk post og den kontinuitet, der består i anvendelsen heraf, bevirker, at tilbagekaldelsesmuligheden i særdeleshed begrænses. I de tilfælde, hvor løftemodtagerens kommunikationssystem er indrettet på en sådan måde, at der gives meddelelse om, at løftet er blevet vist hos løftemodtageren, må løftegivers adgang til tilbagekaldelse anses for udelukket.³⁴

5. Konklusion

Der er næppe belæg for at betragte aftalelovens kapitel 1 som en anakronisme. Til trods for, at en række bestemmelser ikke er anvendelige for bestemte typer af elektroniske indgåelsesmåder, er det vel ikke isoleret set tilstrækkelig til at skrive nekrolog over aftalelovens kapitel 1. Uanvendeligheden skyldes først og fremmest den karakter, som elektronisk handel har. For mundtlige udveksling af tilbud og accept er der også bestemmelser, der helt naturligt falder udenfor aftalelovens kapitel 1.

Selv om der på et tidspunkt i retspraksis tegner sig et vist mønster for, hvorledes kommet frem og kundskabsbegrebet skal fortolkes i aftaleretlig henseende, må det ikke glemmes, at retsområdet som følge af den teknologiske udvikling vil være under stadig forandring, hvor evt. fasttømrede opfattelser risikerer en kort levetid.

³⁴⁾ Susanne Karstoft anfører med rette, at der ved tilbagekaldelsen af elektronisk post af bevisbyrdemæssige årsager ikke er nogen særlig interesse i at fastlægge kundskabsbegrebet så præcist, når der henses til besiddelse af bestemt programmel, jf. Elektronisk aftaleret, 1. udg., 2004, side 59.