

Juridisk Institut

Julebog 2005



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2005

Juridisk Institut
Julebog 2005
1. udgave, 1. oplag

© 2005 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

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 2005
ISBN 87-574-1432-7
ISSN-1397-6494

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

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

Forord

Bogen indgår i rækken af julebøger, der hvert år siden 1996 er udsendt som en jule- og nytårshilsen fra Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København. Den indeholder artikler skrevet af videnskabelige medarbejdere ved instituttet med udgangspunkt i deres faglige interesseområder.

Traditionen med udarbejdelse af en julebog forventes ikke fortsat i de kommende år. Der arbejdes aktuelt på et alternativt koncept.

November 2005
Steen Treumer
Institutleder

Indholdsfortegnelse

Kontraktsretten i et europæisk og internationalt perspektiv Vejen frem af professor, dr.jur. Ole Lando	9
Controlled Foreign Corporations – om det danske CFC-beskatningsregime af lektor Jakob Bundgaard	23
MAD-RET - Synsvinkler på måltidets jura af docent, cand.jur. Elisabeth Thuesen	45
Voldgiftsreformen af lektor, ph.d. Peter Arnt Nielsen	65
Arbejdsgiveransvaret i arbejdsmiljøretten - med særlig henblik på det i 2005 fremsatte forslag til lempelse af arbejdsgiveransvaret og skærpelse af ansvaret for ansatte af professor, dr.jur. Ruth Nielsen	99
EU's antidumpingpraksis mod varer med oprindelse i Kina af kandidatstipendiat, cand.merc.jur. Henrik Andersen	119
Erhvervsmæssig brug af internetdomæner af adjunkt, ph.d. Kim Frost.....	145
Legal Risk Management – Some Reflections af adjunkt, cand.merc.jur. Jan Trzaskowski	175
PPP and Public Service Broadcasting af lektor, ph.d. Christina D. Tvarnø.....	181
Pensionsjura på CBS? af professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen.....	203

Anvendelse af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv af adjunkt, ph.d., cand.merc.jur. Kim Østergaard	213
Ligningslovens § 5 H - 1995–2005 af professor, dr.jur. Niels Winther-Sørensen.....	229
Who Should Decide? An Evaluation of the Decision-Making Process to Protect Factual Database Contents in the US and EU af Robin Elizabeth Herr.....	243
IP-telefoni af adjunkt, ph.d. Søren Sandfeld Jakobsen.....	273
Forhåndsprisgodkendelser - Advance pricing agreements (APA) af forskningsassistent, cand.jur. Karin Skov Nilausen ...	285
Er Wallonske busser og Bent Moustén Vestergaard-afgørelserne om offentlige udbud blevet "overruled" og Telaustria modificeret? af professor, dr.jur. Jens Fejø	297
Sex Inequality in Danish Universities af lektor, ph.d. Lynn Roseberry	309

Kontraktsretten i et europæisk og internationalt perspektiv Vejen frem

Ole Lando

1. Globaliseringen og 'Trojkaen'

Denne artikel er skrevet til en bog "Avtalslagen 90 år", som er udkommet i Sverige, hvor den nordiske aftalelov blev 90 år i 2005¹. Man kunne have ventet med at fejre den, til den bliver 100 år, men der kan være grund til at gøre status nu². Herved kan man også tage i betragtning, hvad der sker ude i verden. uden for Norden.

De nordiske Lande har ikke en civillovbog. Det har så vidt vides alle andre kontinentaleuropæiske³ og mange lande uden for Europa. Vi har vigtige enkeltlove. Nogle af dem er fællesnordiske, og en af dem er lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (aftl). Den handlede, da den blev givet, kun om tre ting, afslutning af aftaler, fuldmagt og viljeserklæringers gyldighed. Siden er § 36 om urimelige kontraktvilkår kommet til. Det er fire vigtige ting, men hvor er alle de andre emner indenfor kontraktsrettens almindelige del, navnlig reglerne om kontraktens indhold, kontraktbrud (mislighold-

¹⁾ Bogen er udkommet på Norstedts Förlag i Sverige. Jeg takker forlaget og bogens redaktører for tilladelse til at bringe artiklen i Julebogen 2005.

²⁾ Se fra tiden omkring afl's 50 års fødselsdag 'Bör de nordiska avtalslagarna revideras?' *Förhandlingarna vid det tjugofjärde nordiska juristmötet i Stockholm 1966*, Stockholm 1967, Hovedreferenten Folke Schmits indlæg, Bilaga 7 (i det følgende Folke Schmidt) og s. 182ff (i det følgende *Förhandlingarna*).

³⁾ Vi lever med nogle rester af vore gamle kodifikationer, i Sverige og Finland i lovbogen fra 1734, i Danmark, Norge og Island i Danske og Norske lov fra 1683 og 1685, som bl.a. har den gode regel om formløshed i art 5.1.1.

else) og virkningen af ændrede forhold, herunder vis major og hardship?⁴ Nogle almindelige regler om disse emner kan man med større eller mindre sikkerhed udlede af gældsbrevsloven og især af købeloven, men er det ikke en sær måde at lovgive på?

Juristerne i Norden er dog - og med rette - stolte af aftl. Danmark, Finland, Norge og Sverige er tilmed så stolte, at de, da de tiltrådte De forenede Nationers konvention om aftaler om internationale løsørekøb (CISG), ikke ville tilslutte sig reglerne om købeaftalers indgåelse i CISG's del 2. For de internationale køb, som ellers ville være omfattet af CISG's del 2, anvender de fire nordiske lande, som tog det forbehold, som CISG art 92 gjorde muligt⁵, reglerne i aftl, når retten i et af disse lande er kontraktstatut. Ingen andre lande har haft så høje tanker om deres aftaleregler!⁶

Jeg har i tidligere artikler argumenteret for en europæisk civillovbog, der skal omfatte kontraktsrettens almindelige del⁷, og for en verdenshandelslovbog for internationale kontrakter⁸. I denne artikel har jeg valgt i hovedsagen kun at skrive om kontraktindgåelse og gyldighed uden at komme ind på, om man i Norden skal lovgive om andre emner, og om aftl fortsat skal gælde for internationale løsørekøb som nævnt ovenfor. Dog, hvis man tilslutter sig ideen om at ændre aftl, således at den nærmer sig reglerne i CISG, Unidroits Principles of International Commercial Contracts⁹ (UPICC) og Principles of European Contract Law¹⁰ (PECL) – i det følgende kaldet trojkaen – hvis regler om afslutning af aftaler ligner hinanden meget, vil forbeholdet om ikke at anvende CISG's del 2 blive endnu mere meningsløst, end det er i dag.

⁴⁾ Se Folke Schmidt s 6.

⁵⁾ Island har ikke taget dette forbehold.

⁶⁾ Se kritikken hos Ramberg & Herre. *Internationella köplagen*. Stockholm 2000 130.

⁷⁾ Se herom. Lando, *En europæisk formueret*, *Juristen* 2000 193ff, idem, *Some Feature of the Law of Contract in the Thirds Millennium*, *Scandinavian Studies in Law* Vol.40 2000 343 ff.

⁸⁾ Se Lando, *A Global Commercial Code*, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2004 161ff, idem, *A Vision of a Future World of Contract Law—Impact of European and UNIDROIT Contract Principles*, *Uniform Commercial Code Law Journal* Vol. 37, No. 2 Fall 2004 1ff samt idem, *A Vision of a Global Commercial Contract Code*, *Juridisk Instituts Julebog* 2004 129.

⁹⁾ Se *Principles of International Commercial Contracts*, udgivet af Unidroit (Rom 2004).

¹⁰⁾ Se Lando & Beale (eds) *Principles of European Contract Law*. Part I & II (Haag 2000) I det følgende citeret som *PECL I & II*.

Hvilke hensyn bør man tage ved udarbejdelsen af en ny aftalelov?

Loven er livsnær og velovervejet. Aftl har ikke de overflødige og besværlige fortidslevn, som for eks causa og consideration, der optager tid og plads i de romanistiske retssystemer og i common law. Loven følger de retningslinier for lovgivning, som Jean Portalis omkring i år 1800 opstillede¹¹. Lovgiverens opgave, sagde han, 'er ikke at gå ned i detaljen om de spørgsmål, som kan opstå i hvert emne, men at give regler, der på vidtskuende måde afstikker de store linier, og som er frugtbare i deres mulige følger'¹². CISG, UPICC og PECL er båret af samme idé.

En ny aftalelov bør ikke blot skrives for Nordens folk. Den skal også kunne forstås og anvendes af udlændinge. Den må derfor være således affattet, at man uden for Norden kan se, hvordan nordisk ret stiller sig til problemerne. Vigtige regler, som allerede er nedfældet i retspraksis, må op i loven. Loven må endvidere tage stilling til de spørgsmål, som standardvilkårene rejser.¹³

Det har vist sig at være vanskeligt at lovgive meningsfuldt om andre aftalemodeller, såsom aftaler, som indgås ved forhandlinger i flere møder mellem nærværende parter, se om disse Grönfors, *Avtalslagen 2dra upplagan* Stockholm 1989 s 35ff.

Skal vi lade os påvirke af det, der er sket og er ved at ske uden for Norden?

De europæiske og verdensomspændende aftaleregler banker på døren. Vi afviste CISG Del II, men bør vi alligevel nærme os de fælles regler, som Trojkaen bringer, og nogle af de regler, som UPICC og/ eller PECL har indført? De regler, som findes i en eller flere af disse tre instrumenter, er i flere henseender de samme som aftl's, men adskiller sig fra denne på nogle vigtige punkter. Eller skal vi holde fast ved den nordiske egenart? Det er et spørgsmål om temperament, hvor stærkt vi føler kærligheden til den nordiske egenart. Men det er også et spørgsmål om økonomi. Aftl handler om penge. Og, som

¹¹⁾ Se Portalis, *Discours préliminaire au projet de Code Civil (L'an VIII)*, genoptrykt i 'Éditions confluences Voix de la cité', Paris 1999 18, 19.

¹²⁾ 'L'office de la loi est de fixer, par des grandes vues les maximes générales du droit: d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière' se Portalis (forrige note).

¹³⁾ Den må også tage stilling til de særlige problemer, som den elektroniske handel har medført. Det har dog vist sig, at denne handel ikke kræver grundlæggende ændringer i gældende ret.

det er sagt: Man kan være sentimental, når det gælder kærlighed, men ikke når det gælder penge.

Det økonomiske argument for en tilnærmelse er, at de moderne industri- og servicelandes omsætning af varer, tjenesteydelser og kapital bliver mere og mere global. Det gælder ikke mindst den elektroniske handel. For de handlende er det vigtigt, at de samme regler gælder overalt. Det kan koste besvær og penge for udlændinge, som handler med os, at skulle sætte sig ind i de nordiske regler. Det er en gene, som også kan føre til tab for de nordiske landes handel. Globaliseringsargumentet har større vægt i dag, end det havde før i tiden. Nok kan man ikke måle størrelsen af de omkostninger og den ulempe, som følger at være *out on a limb*, men mange lande har, for så vidt angår de internationale køb indset nytten i ensartethed. Det har fået dem til at opgive deres egne regler om internationale køb, selv om de måske var lige så gode som de nye. Ellers ville CISG i dag, den 15 august 2005 ikke være blevet ratificeret af 65 lande herunder 22 af EU's 25 medlemslande, samt Norge, Island, USA, Kina og Rusland.

De følgende forslag til ændring af loven kan kun blive skitseagtige. En del problemer udelades. Et af dem er, om aftl bør indeholde almindelige regler om viljeserklærings ugyldighed på grund af fejltagelse¹⁴ og om virkningen af ændrede forhold, vis major¹⁵ og hardship¹⁶, som sammen med aftl § 36 kunne afløse forudsætningslæren.¹⁷

2. De ændringer som foreslås

2.1 Almindelige regler om tilbud og svar.

2.1.1 Et tilbud og et svar bør have virkning for dets afgiver, når det kommer frem til den anden part.

Ifølge aftl's § 7 er tilbud eller svar bindende for afgiveren, når det kommer til den anden parts kundskab.

Ifølge Trojkaen, og langt de fleste fremmede retssystemer har en viljeserklæring virkning, allerede når den kommer frem til (*reaches, zugeht, parvient à*) den anden part, og ikke først når den kommer til hans kundskab, se CISG Art

¹⁴⁾ See UPICC art 3.4 og 3.5 PECL art 4.103-4:306.

¹⁵⁾ Se PECL art 8:108 og UPICC 7.1.7.

¹⁶⁾ Se UPICC art 6:2.1-6.2.3 og PECL 6: 111.

¹⁷⁾ Se herom Folke Schmidt 22.

15 (1) smh med art 24., PECL art 1.303 (2) UPICC. 2.1.3 samt tysk BGB § 130.

Reglerne har bl.a. betydning for, hvor længe en tilbudsgiver eller en tilbudsmodtager kan nå at trække sit tilbud eller svar tilbage således, at det ingen virkning får for ham. Tilbagetrækningen har i Norden virkning, når den når frem til den anden part før eller samtidig med, at tilbudet eller svaret er kommet til dennes kundskab. Kan det bevises, at den anden part ikke havde kundskab om tilbudet eller svaret, da tilbagetrækningen nåede frem til ham, tilintetgør den tilbudet eller svaret. Dog kan en part have svært ved at bevise, at det tilbud eller svar, der er kommet frem til anden part i kontortiden, først senere er kommet til dennes (eller hans ansvarlige ansattes) kundskab.

I Tyskland¹⁸ og vistnok også i England¹⁹ vil i forretningsforhold en erklæring, der når den anden part uden for dennes kontortid, først blive anset at være kommet frem, når kontortiden begynder, dvs. når erklæringen normalt vil komme til den anden parts kundskab. I andre lande tages der ikke hensyn til, hvornår erklæringen er kommet frem, og dette er vistnok også den almindelige opfattelse, at CISG's art 15 skal fortolkes således²⁰. Spørgsmålet er dog ikke afklaret²¹.

Hvad bør vi gøre?

Til støtte for den nordiske regel kan siges, at en person ikke bør kunne støtte ret på et løfte, før han kender det og kan handle i tillid til det. Den nordiske regel er derfor mere retfærdig. Den anden regel er dog lettere at anvende og absolut forsvarlig og gælder i det store flertal af lande. Efter min opfattelse bør vi tilslutte os flertallet, dog at reglen formentlig bør fortolkes som i Tyskland²².

2.1.2 Tilbud skal kunne tilbagekaldes, for det er accepteret

I nordisk ret er tilbud bindende for dets afgiver, når det har fået virkning, se afl's §§ 1. og 7. Samme regel gælder ifølge den tyske BGB § 145, den græske civillovbog art 185, den østrigske ABGB § 862 og belgisk retspraksis²³. Overalt i disse lande kan tilbudsgiveren dog tilkendegive, at hans tilbud kun er frit-

¹⁸⁾ Larenz/Wolff, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8 udg. 1996 § 26 no. 21, 3.

¹⁹⁾ Treitel, *The law of Contract*, 11 ed. 2003, 16.

²⁰⁾ Schlechtriem, art 25 no 14.

²¹⁾ Se Neumayer i *Recht der internationalen Wirtschaft* 1994 104 og Lüderitz i *Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch und Nebengesetze* CISG art 24 para.4 og 5.

²²⁾ Se også Stig Jørgensen *Förhandlingarna* 193.

²³⁾ SE PECL I &II 166.

blivende, (uden obligo) og i så fald kan han tilbagekalde det, i hvert fald indtil det er accepteret.

I det store flertal af lande kan tilbudet tilbagekaldes inden det er accepteret. Ifølge Trojkaen og common law skal tilbagekaldelsen for at få virkning være kommet frem til tilbudsmodtageren, før han har afsendt sin accept, se CISG art 16, PECL art 1:303 (5) og UPICC 2.1.4.

Der er dog ret vidtrækkende undtagelser. Ifølge PECL art 2.202 (3) kan et tilbud ikke tilbagekaldes

- a) hvis det angiver, at det er uigenkaldeligt,
- b) hvis det fastsætter en bestemt tid for dets antagelse, eller
- c) hvis tilbudsmodtageren med føje antog, at tilbudet var uigenkaldeligt, og han har handlet i tillid til tilbudet.

Den sidste undtagelse er bl.a. møntet på de tilfælde, hvor tilbudsgiveren må vide, at tilbudsmodtageren ville bruge tilbudet til at afgive et andet tilbud. Et typisk eksempel er den entreprenør, som byder i en licitation og som lader et tilbud fra en underentreprenør indgå i sit tilbud på entreprisen.

Til støtte for reglerne i Trojkaen kan det anføres, at de fører til en vis symmetri i bundetheden. Før tilbudet er accepteret, er ingen af parterne bundet. Tilbudsmodtageren kan da ikke med samme sikkerhed, som hvis tilbudet var bindende, bruge den tid, han har til at overveje det, til at spekulere i prisudviklingen. CISG art 16(2) og UPICC art 2.1.4 har lignende regler.

På den anden side har reglerne i nordisk ret om tilbudets uigenkaldelighed den fordel frem for Trojkaens regler, at en tilbudsmodtager kan handle i tillid til et tilbud, uden at han behøver overveje, hvorvidt tilbudet er uigenkaldeligt ifølge en af undtagelsesreglerne.

Jeg kan ikke bedømme, om afl's eller Trojkaens regler i længden vil være de bedste. Det er alene globaliseringsargumentet, der får mig til at foreslå, at vi følger Trojkaen, her reglerne i PECL.

2.1.3 Adfærd kan forpligte

Trojkaen har den regel at en antagelse af et tilbud kan bestå i en erklæring eller anden adfærd fra tilbudsmodtagerens side, se CISG art 18(1), PECL art 2:204 og UPICC art 2.1.6. Adfærden kan bl.a. 'hele' en aftale, der ellers ikke ville være kommet i stand på grund af et manglende eller uoverensstemmende svar på tilbud. Reglen bør med i afl.²⁴

²⁴⁾ Se herom Folke Schmidt s 11.

2.1.4 Den uoverensstemmende accept?

Hovedreglen om tilbud og svar på tilbud er, at svaret skal være et spejlbillede af tilbudet. For at aftalen skal komme i stand, skal der være fuldstændig overensstemmelse mellem tilbud og svar. Et svar, der indeholder ændringer i tilbudet, anses som et afslag i forbindelse med et nyt tilbud. Dette gælder så vidt vide overalt²⁵, også efter aflt's § 6 (1) og ifølge Trojkaens regler, se CISG art 19(1), PECL 2:208 (1) og UPICC art 2.1.1.1 (1).

Herfra gælder der dog nogle undtagelser.

Afl § 6 lader svarets indhold gælde, hvor dets afsender troede, at hans svar var en overensstemmende accept, og hvor tilbudsgiveren måtte indse dette. Protesterer denne ikke uden ophold, er han bundet af det indhold, som svaret havde. Reglen synes ikke at have haft større praktisk betydning. Den bygger på to subjektive forhold, som det kan være svært at afgøre. Troede tilbudsmodtageren virkeligt, at hans svar var en overensstemmende accept eller er det, som kan se ud som en fejltagelse, i virkeligheden var et bevidst forsøg på at ændre aftalen? Hvis tilbudsmodtageren virkelig troede, at hans svar var en overensstemmende accept, måtte tilbudsgiveren så indse dette?

Trojkaen har ingen sådan regel men en anden, der har større betydning i praksis.

CISG art 19(2) bestemmer:

Svar på tilbud, som angiver at være et antagende svar; men som indeholder yderligere eller andre vilkår, der ikke væsentligt ændrer tilbudets vilkår, er dog et antagende svar, medmindre tilbudsgiveren uden ugrundet ophold mundtligt gør indsigelse mod uoverensstemmelsen eller sender en meddelelse herom. Gør han ikke det, er aftalevilkårene lig med vilkårene i tilbudet med de ændringer, som er indeholdt i det antagende svar

Stort set samme regel findes i PECL art 2:208 (2) og UPICC art 2.1.11. (2). Den dækker den ubevidst uoverensstemmende accept i aflt's § 6 (2), dersom svaret ikke væsentligt ændrer tilbudets vilkår.

Trojkaens ovennævnte regler bør sættes i stedet for aflt's § 6 (2),²⁶ om kampen om formularen se nedenfor under 2.2.3.

²⁵) PECL I & II 179.

²⁶) Se Jan Hellner Förhandlingarna 206.

Derimod bør man næppe indføre reglen i art 19 (3), hvorefter "tilføjelser eller andre vilkår, som angår pris, betaling, varens kvalitet eller mængde, sted og tid for levering, omfanget af den ene parts erstatningsansvar over for den anden part eller bilæggelse af tvistemål, anses bl.a. for at ændre tilbudets vilkår væsentligt." Man kan meget vel tænke sig vilkår, som angår pris, betaling, varens kvalitet eller mængde samt sted og tid for levering, der er uvæsentlige ændringer. Reglen findes hverken i UPICC eller PECL.

2.1.5 Forpligter passivitet?

Trojkaen har en udtrykkelig regel om, at tavshed eller passivitet ikke i sig selv er en antagelse af et tilbud, se CISG art 18(1) anden sætning, PECL art:2.204 (2) og UPICC art 2.1.6 (1) anden sætning. Aftl bør sende samme signal.

Ordene 'i sig selv' viser, at passivitet i forbindelse med andre omstændigheder kan forpligte. Det er vanskeligt at give almindelige regler om, hvornår passivitet forpligter, men nogle enkeltregler kan opstilles. En af dem er reglen om, at tilbudsgiveren forpligtes af sin passivitet overfor den ikke væsentligt uoverensstemmende accept, se ovenfor under 2.1.4.

En anden er reglen om '*das kaufmännische Bestätigungsschreiben*'.

Dansk, svensk og finsk har ligesom tysk retspraksis en regel, der går ud på følgende:²⁷

Har erhvervsdrivende indgået en aftale, som de ikke har nedfældet i et endeligt dokument, og sender en af dem straks derefter en skrivelse, som angiver at være en bekræftelse af aftalen, men som har vilkår, der indeholder tilføjelser eller ændringer i det aftalte, bliver disse vilkår en del af aftalen, medmindre de ændrer aftalen væsentligt, eller modtageren straks rejser indsigelse mod vilkårene.

Reglen, som findes i PECL 2:210 betyder, at bekræftelsesskrivelsen har en slags 'bevisvirkning' om hvad der er anses for at være aftalt. UPICC 2.1.12. har en lignende regel. Den findes ikke i CISG.

Ifølge tysk og dansk, retspraksis kan en sådan bekræftelsesskrivelse også have aftalevirkning, idet den forpligter modtageren, hvor afsenderen med føje troede, at en aftale var indgået, selv om dette ikke var sikkert, se for dansk rets vedkommende dommen i Ugeskrift for Retsvæsen 1974 119 H.

Man bør formentlig lovfæste den regel om 'bevisvirkning', som findes i UPICC og PECL, og kun den.

²⁷⁾ Se om lovene i EU herunder Finland PECL I & II 184 samt Adlercreutz *Avtalsrätt II*, Lund 1996 78 Lynge Andersen og Madsen 99.

2.2 Standardvilkår

Almindelige forretningsbetingelser (standardvilkår) rejser en række problemer²⁸. Jeg bruger her disse udtryk for alle vilkår, som er udarbejdet på forhånd, og som ikke har været genstand for individuel forhandling²⁹ mellem stipulant og adhærent³⁰.

2.2.1 De overraskende standardvilkår

Hvorledes bør man behandle de standardvilkår, som er usædvanligt byrdefulde for adhærenten? UPICC art 2.1.20 bestemmer, at overraskende standardvilkår, dvs. vilkår, der er af en sådan karakter, at den anden part ikke med rimelighed kan forvente dem, kun har virkning, hvis den anden part udtrykkeligt har godkendt dem.

Spørgsmålet er imidlertid, om sådanne vilkår overhovedet bør forpligte adhærenten? De vil så vidt vides altid være urimelige og bør alene af den grund ikke gælde, selv om den anden part formås til at godkende dem. BGB. § 305e (1) bestemmer, at standardvilkår, som efter omstændighederne, især efter deres ydre fremtræden, er så usædvanlige, at den anden part ikke behøver regne med dem, ikke bliver en del af aftalen. Denne regel er dog med rette blevet kritiseret for at være overflødig. De overraskende vilkår, den henviser til, er de urimelige standardvilkår, og når henses til, at urimelige standardvilkår ifølge BGB § 307 ikke bliver en del af aftalen, behøver man ikke § 305e. PECL art 4:110, der ligesom aftl § 36 giver adhærenten adgang til at tilsidesætte urimelige vilkår, har ikke de regler, som findes i UPICC 2.1.30 og BGB § 305e.

2.2.2 Oplysningspligt

Skal man kræve, at den stipulant, som anvender standardvilkår, sørger for at for at bringe dem til den anden parts, adhærentens kundskab? Skal man kræve, at adhærenten godkender dem?

Den tyske BGB § 305 (2) smh med § 310 bestemmer, at en handlendes standardvilkår kun bliver en del af aftalen med en forbruger, dersom stipulanten udtrykkeligt henviser til dem og skaffer forbrugeren mulighed for at få kendskab til deres indhold, og forbrugeren er indforstået med, at de gælder. Hvad der ligger i dette sidste krav, er dog ikke klart³¹, og reglen ville formentlig

²⁸) Se herom Folke Schmidt 13.

²⁹) Jfr. art 3 (2) i Rådets direktiv 93/13 af 5 april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler (EFT 1993 L95/ 29).

³⁰) Stipulanten er den, der bruger vilkårene, og adhærenten er hans medkontrahent.

³¹) Se herom Palandt (Heinrichs) *Bürgerliches Gesetzbuch* 64 Aufl. Berlin 2005 § 305 note 43.

være for streng over for en handlende, der bruger standardvilkår i en aftale med en anden handlende.

I handelsforhold er PECL art 2:104 formentlig at foretrække:

Standardvilkår binder kun en part, der ikke kender dem, hvis den part, der påberåber sig dem, har truffet rimelige foranstaltninger til at bringe dem til de andens parts kundskab før eller når aftalen indgås.

Sådanne vilkår anses ikke for at være bragt til den andens parts kendskab blot ved at henvise til dem i kontraktsdokumentet, selv om den anden part underskriver det

2.2.3 Kampen om formularen

Den opstår, hvor parterne har indgået en aftale, men hvor de i tilbudet og svaret har henvist til standardvilkår, der strider imod hinanden. Striden kan bestå i en direkte uoverensstemmelse. Sælgeren fraskriver sig ethvert ansvar for forsinkelser med levering af varen, og køberen forlanger høje konventionalbøder ved en sådan forsinkelse. Uoverensstemmelsen kan også bestå i, at den ene parts standardvilkår har en særlig regel om et forhold, som den andens vilkår ikke nævner: Sælgeren har en prisklausul, hvorefter han kan forhøje den aftalte pris, hvis hans omkostninger til varens fremstilling er steget, når varen senere leveres. Køberens vilkår indeholder intet herom.

PECL art 2:209 bestemmer herom:

Har parterne opnået enighed, men har de i tilbud og svaret henvist til modstridende standardvilkår, anses aftalen dog for indgået. Standardvilkårene anses for en del af aftalen i det omfang de stemmer overens.

Dog er en aftale ikke indgået hvis den ene part i forvejen udtrykkeligt og ikke i sine standardvilkår meddeler, at han ikke vil være bundet af kontrakten som angivet i stk 1 eller han uden ophold meddeler den anden part, at han ikke vil være bundet af aftalen.

UPCC art 2.1.21 har en tilsvarende regel.

PECL og UPICC fører til, at aftalen anses for indgået, uanset at uoverensstemmelsen mellem tilbud og accept er væsentlig. Eftersom aftalen da kun består af de vilkår, som stemmer overens, må som regel lovens deklaratoriske regler afgøre de punkter, som der er strid om; de modstridende vilkår 'slår altså hinanden ud' (knockout reglen).

Disse regler følges i tysk og østrigsk ret og anbefales af flere nordiske forfattere³². CISG tager ikke direkte stilling til spørgsmålet. Nogle forfattere mener,

³²⁾ Se Lando. *Kampen om Formularen i Ugeskrift for Retsvæsen* 1988 B 1, Bryde Andersen *Grundlæggende aftaleret* 2 udg (København 2002) 210, Krüger. *Norsk kontraktrett* (

at CISG art 19 i forbindelse med art 18 må føre til, at den der svarer sidst (*he who fires the last shot*) bør vinde kampen³³, mens andre forfattere³⁴ og to tyske domme om CISG³⁵ følger knockout reglen³⁶. I fransk og belgisk ret gælder den, men kun hvor uoverensstemmelsen ikke vedrører væsentlige punkter. Gør den det, er aftalen ikke kommet i stand. Ifølge den amerikanske Uniform Commercial Code (UCC) art 2:207 og den nederlandske civillovbog art 6:225 (3) er det hovedreglen, at aftalen er kommet i stand, men at tilbudsgiveren (*he who fires the first shot*) vinder kampen. I et ændringsudkast til UCC foreslås det, at indføre knockout reglen³⁷. I England gælder vistnok the last shot som hovedregel, medmindre sagens omstændigheder viser noget andet.

I langt de fleste tilfælde er kampen om formularen ikke nogen kamp. Parterne har enten overset de uoverensstemmende standardvilkår, eller de har ikke villet tage spørgsmålet op, men har fejlet uoverensstemmelsen under gulvtæppet. De modstridende standardvilkår bør da "tages ud af aftalen". Knockoutreglen bør gælde, og det vil som regel betyde, at lovens deklaratoriske regler må udfylde aftalen.

Bergen 1989) 496 samt endvidere Jan og Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt* 6. uppl. (Stickholm 2003) 176 og Adlercreutz 75, dog begge med forbehold.

For *last shot* løsningen udtaler sig Jan Hellner, se *Kommerciell avtalsrätt* 1993 49 og vistnok Lyng Andersen og Madsen, *Aftaler og Mellemmænd* 4. udg. (København 2001) 77.

³³⁾ Se for ex. Farnsworth i Bianca & Bonelli *Commentary on the International Sales Law*. (Milano 1987) 78 ff. og – med beklagelse- Schlechtriem art 19 n. 20.

³⁴⁾ Se Lookofsky, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods i Blanpin (ed) *International Encyclopaedia of Laws-Contracts* (Deventer 1993) note 125, Magnus i Staudinger *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN Kaufrecht* (Berlin 1999) 228 f og Honnold *Uniform Law for International Sales* 2. ed. (Deventer 1991) no 170 (4) and (5).

³⁵⁾ Amtsgericht Kehls dom af 06.10.1995 og Bundesgerichtshofs dom af 9 jan 2002 se Unilex on CISG and Unidroit Principles, . [http://www.unilex.info/ Cases ad CISG art 19](http://www.unilex.info/Cases%20ad%20CISG%20art%2019).

³⁶⁾ Ramberg og Herre s 153 mener, at hvert tilfælde bør afgøres for sig, en løsning der dog ikke er procesbesparende.

³⁷⁾ Se 2002 PROPOSED AMENDMENTS TO UNIFORM COMMERCIAL CODE ARTICLE 2 SALES <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucc2/annual2002.htm> art 2:207.

2.3 Ugyltige aftaler. Redelighed og billighed

2.3.1 Bør aftil § 33 udgå?

Den "lille" generalklausul i aftalelovens § 33 bestemmer, at den til hvem en viljeserklæring er afgivet, ikke kan påberåbe sig den, når det på grund af omstændigheder, som forelå ved aftalens indgåelse og hvorom han må antages at have været vidende, ville stride imod almindelig hæderlighed at gøre den gældende³⁸. Efter den "store" generalklausul i § 36, som kom til i midten af 1970'erne, kan en aftale ændres eller sættes til side helt eller delvist, hvis det vil være urimeligt og i strid mod redelig handlemåde, i Norge "virke urimelig eller være i strid med god forretningsskik", at gøre aftalen gældende. Sverige og Finland brugte andre udtryk for samme tanke.³⁹

Den store generalklausul er så bredt affattet, at den dækker den lille, som nu er blevet overflødig. Denne vil forvirre udlændinge, som ikke kender dens særlige historie.⁴⁰ Den bør udgå i en kommende aftl.

3.3.2 Bør aftil indeholde en liste over urimelige kontraktvilkår

Med forbillede i tysk ret bringer EU direktivet nr. 93/13 af 5. april 1993⁴¹ om urimelige vilkår i forbrugerftaler i et bilag en liste over standardvilkår, der "kan betegnes som urimelige".

Listen indeholder kun vilkår, som kan tilsidesættes efter en konkret vurdering (en grå liste). Den bringer ikke som BGB § 309 vilkår, som er urimelige per se og derfor aldrig forbinder forbrugeren (en sort liste). Endvidere indeholder listen i punkt 2 nogle forbehold til fordel for den erhvervsdrivende, som ikke alle er lige påkrævede.

Danmark, Finland, Norge og Sverige har valgt ikke at medtage bilaget i deres gennemførelseslove. Også her indtager de en særstilling.

Det er svært at se en fornuftig grund til ikke at optage en grå og en sort liste over urimelige vilkår i forbrugerkontrakter, således som man har gjort det i

³⁸) I Norge skrev man "strider mot redelighet eller god tro, og i Sverige og Finland (skulla stida mot tro och heder).

³⁹) I Sverige at "avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende om villkorete är oskäligt " , i Finland skrev man " Är villkor i rättshandling oskäligt eller skulle dess tillämpning leda till oskälighet, kan villkoret antingen jämkas eller lämnas utan avseende" I praksis gør dset næppe den store forskel at noske og dansk ret taler om aftalen of svvensk og finsk ret om aftalevilkår.

⁴⁰) Se Grönfors, *Avtalslagen* 2dra uppl. Stockholm 1989 s 199.

⁴¹) EFT 1993 L 95/13 s 29.

tysk og nederlandsk ret⁴². Listen kan have stor værdi som oplysning for de erhvervsdrivende og forbrugerne og kan spare tvistemål. Da den er ikke udtømmende, er der ingen fare for, at domstolene skal finde på at godkende urimelige vilkår, fordi de ikke er nævnt i listen. Vore domstole kan derfor trygt fastholde den praksis, der beskytter forbrugerne i videre omfang end listen. Forbeholdene i punkt 2 i EU direktivets bilag kan udelades eller modificeres.

Aftl § 36 gælder også for aftaler mellem erhvervsdrivende. Der findes erhvervsdrivende der pånøder svage erhvervsdrivende urimelige vilkår. De forekommer også mellem lige stærke parter. Adhærenten ser dem ikke, eller vil ikke påføre sig det besvær, det er, at gøre indsigelse mod dem. Gjorde han det, hver gang han så sådanne vilkår, ville han pådrage sig uforholdsmæssigt store transaktionsomkostninger⁴³

De vilkår, som er optaget i BGB § 308's grå og i § 309's sorte liste gælder direkte kun for forbrugeraftaler. Alligevel har de tyske domstole i medfør af generalklausulen i § 307 anset en lang række af disse vilkår for også at være urimelige i forholdet mellem erhvervsdrivende.⁴⁴ Der findes en righoldig retspraksis herom. Fandtes en tilsvarende liste i aftl, ville domstolene formentlig ligesom de tyske se, at den i vidt omfang også kan bruges i aftaler mellem erhvervsdrivende, hvor den dog altid kun vil være en grå liste.

2.3.3 Redelighed og billighed som retlig standard

Den store og den lille generalklausul er begge udslag af den grundsætning, at hver part har pligt til at handle i overensstemmelse med redelighed og billighed. Den blev indført i tysk retspraksis i tiden efter første verdenskrig. Som "hjemmel" påberåbte domstolene sig især BGB § 242.⁴⁵ På grundlag af denne retsstandard har tyske domstole opstillet en række typetilfælde, f.eks. til at pålægges der en part i en kontrakt pligt til at hjælpe den anden part til dens opfyldelse, og til at beskytte den anden parts helbred og ejendom. Den er blevet brugt til at modvirke forskellige former for retsmisbrug, f. eks. til at hindre en leverandør, der i lang tid havde forhandlet på skrømt med kunden om dennes krav på erstatning for misligholdelse, i at gøre gældende, at kravet nu var forældet. Den er blevet anvendt til at lempe sælgers pligt til at levere en vare til fast pris, hvis der var indtrådt helt eksorbitante prisstigninger, og til at løse en part fra et vedvarende kontraktforhold, hvis han havde vigtige grunde til det.

⁴²⁾ Se den nederlandske civillovbog (BW) art 6. 236.

⁴³⁾ Se Hein Kötz , *Unfair Terms in Consumer Contract*, *Festschrift til Ole Lando*, København 1997 203, 206ff.

⁴⁴⁾ Se herom Heinrichs i Palandt. 005 § 307 no 40 og 41 og ved §§ 308 og 309.

⁴⁵⁾ BGB § 242 lyder: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

En tilsvarende grundsætning er siden blevet lovfæstet i den amerikanske Uniform Commercial Code § 1.103, i den nederlandske civillovbog (Burgerlijke Wetboek) art 6: 2. og den svejtsiske civillovbog art 2 (1). Ved en -ofte kreativ- fortolkning af bestemmelser i civillovbøgerne anses generalklausulen også at gælde i Belgien, Frankrig, Italien, Portugal, Spanien, og Østrig og en lang række andre lande⁴⁶. Den antages at gælde i Skotland.⁴⁷

Den er et bærende princip i PECL, se art 1:201 og i UPICC se art 1.7. Selv om CISG art 7 (1) kun bestemmer, at god forretningsskik skal iagttages ved fortolkningen af CISG, har forfatterne kritiseret denne begrænsning og antager⁴⁸ ligesom domstolene i flere lande⁴⁹ at princippet også gælder for købeaftalens indgåelse, fortolkning og udfyldning og ikke blot som et bidrag til fortolkningen af reglerne i CISG.

Selv om de nordiske domstole så vidt vides endnu ikke har fastslået, at der gælder et almindeligt princip om, at hver part har pligt til at handle i overensstemmelse med redelighed og billighed, gælder princippet i Norden. Det bør alle vide, og derfor bør det optages i nordisk lovgivning.

⁴⁶⁾ Se PECL I&II s 116 ff.

⁴⁷⁾ En retssammenlignende fremstilling af reglen findes i Zimmermann & Whittaker (eds) *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, 2000),som foruden Europa også omtaler USA.

⁴⁸⁾ Se Schlechtriem art 7 note 16. Magnus art 7 note 10 samt Gomard og Rehnagel *International Kobelov* 1990 s 49 note 16.

⁴⁹⁾ Se om praksis *Unilex on CISG and Unidroit Principle s Cases on CISG* art 7.

Controlled Foreign Corporations – om det danske CFC-beskatningsregime

Jakob Bundgaard

1. Indledning

En lang række lande har indført såkaldte CFC-regler (Controlled Foreign Companies)¹. Den historiske baggrund for CFC-lovgivning skal findes i udviklingen i amerikansk føderal skatteret, hvor Kennedy-administrationen i 1962 indførte regler herom. I 1995 blev Danmark tilføjet rækken af lande med særskilte regler om CFC-beskatning, jf. lov nr. 312 af 17. maj 1995².

CFC-regler udgør værnsregler eller antiudnyttelsesregler, der søger at dæmme op for at koncerner undgår beskatning i højskattelande ved placering af finansielle (mobile) indtægter i lavskattelande.

¹⁾ Se herom generelt OECD's rapport: Controlled Foreign Company Legislation, 1996, Lars Erik-Wenched: CFC-lagstiftning, 2003 og David Sandler: Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation, 1998. Se tillige Michael Lang m.fl. (red.): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004.

²⁾ Reglerne i SEL § 32 er siden ændret ved lov nr. 1072 af 20.12.1995, lov nr. 487 af 12.06.1996, lov nr. 440 af 10.06.1997, lov nr. 1026 af 23.12.1998, lov nr. 1284 af 20.12.2000, lov nr. 313 af 21.05.2002, lov nr. 1215 af 27.12.2003 og lov nr. 221 af 31.03.2004, fremsat som lovforslag nr. 119 af 17.12.2004. Seneste ændring er sket med lov nr. 426 6.6. 2005 (L 121). Oprindeligt blev de danske regler benævnt tvungen sambeskatning. Denne terminologi er siden forladt og bør nu ikke længere anvendes, idet der er indført regler om national tvungen sambeskatning i SEL § 31 A-C uden sammenhæng med CFC-reglerne. For en detaljeret gennemgang af de CFC-reglerne som de er udformet efter lov nr. 313 af 21.5. 2002 (L 99) henvises til Anders Bjørn i SR-Skat 2002, p. 173 ff, Kim Wind Andersen & Henrik Dietz i SU 2003, 58 og SU 2003, 114, Jens Wittendorff i SU 2002, 66 og Christen Amby i SpO 2002, p. 102 ff.

Regler om CFC-beskatning skal ses i sammenhæng med kapitalens frie bevægelighed over landegrænserne, og at andre lande i stigende grad ønsker at tiltrække kapital ved at indføre særligt gunstige skatteordninger for selskaber, der ejes af udlændinge³⁾. Da kapital nemt kan flyttes, er der nærliggende for selskaber, der driver finansiel virksomhed, helt eller delvist at flytte aktiviteterne til et sådant udenlandsk, skattebegunstiget selskab. Herved udhules det danske beskatningsgrundlag. En bank kan f.eks. benytte et datterselskab beliggende i et lavskatteområde til at betjene danske kunder via deres danske afdelinger. Danske koncerner kan samle deres finansielle aktiviteter i et lavskatteområde, hvor det udenlandske selskab videreudlåner midlerne til andre koncernselskaber, herunder danske koncernselskaber. Når renteudgifterne er fuldt fradragsberettigede uden at de modsvarende renteindtægter beskattes her i landet og finansieringsselskabet enten ikke beskattes eller kun beskattes meget lavt, vil det alt andet lige være fordelagtigt for koncernen at lade de danske koncernselskaber lånefinansiere deres aktiviteter mest muligt for at nedbringe den danske skat⁴⁾.

Det er for at imødegå den skitserede udhuling af det danske beskatningsgrundlag, at der er blevet indført CFC-regler. I hovedtræk indebærer disse regler, at et moderselskab til et udenlandsk finansielt selskab i et land, der er undergivet en væsentlig lavere skat end her i landet, skal medregne datterselskabets finansielle indkomst ved opgørelsen af moderselskabets skattepligtige indkomst. Det grundlæggende rationale bag regler om Controlled Foreign Company (og andre antiudnyttelsesregler) er det faktum, at alle OECD lande benytter sig af det separate enhedsparadigme i relation til koncerner. Uden brug af CFC-lovgivning ville det være nemt for et skattesubjekt under dette paradigme, at undgå hjemlig beskatning at udenlandsk indkomst ved at lade et selskab i et lavt beskattet område modtage sådan indkomst i stedet for i hjemlandet.

SEL § 32 indeholder således en værnsregel, som skal fjerne de skattemæssige fordele ved, at mobile indkomster placeres i datterselskaber i lavskattelande. En i store træk identisk bestemmelse for fysiske personer findes i LL § 16 H. Bestemmelsen i LL § 16 H er indført med henblik på at undgå at skatteyderne ændrer ejerformen til et CFC-selskab fra at være selskabsaktionær til at være personaktionær. For fonde gælder den særlige regel i FBL § 12.

³⁾ De fleste OECD-lande har med tiden har afskaffet valutarestriktioner, hvilket har gjort det lettere for multinationale koncerner at designe forretningsområder med henblik på skatteplanlægning. Der tænkes i denne forbindelse på placering af hovedsæder, coordination centres, distribution centres, finansielle holding selskaber, offshore bank centre samt de såkaldte captive insurance companies. Udviklingen i teknologi kombineret med fjernelse af ikke-skattemæssige barrierer har inciteret til placering af sådanne aktiviteter i visse jurisdiktioner. Nogle lande har endog søgt at tiltrække sådanne finansielle aktiviteter gennem favorable skattemæssige vilkår.

⁴⁾ Jf. herved bemærkningerne til § 1, nr. 9 i L 35, s. 10 f.

Kendetegnende for CFC-lovgivningen i flere OECD-lande er, at den formentlig udgør noget af det mest komplekse i et allerede komplekst system. Der forholder sig ligeledes sådan, at der sjældent rejses sager ved domstole vedrørende CFC-spørgsmål. Dette hænger formentlig sammen med, at CFC-lovgivning hovedsageligt er tiltænkt et profylaktisk virke, hvorefter skatteyderne skal indrette disses transaktioner med henblik på at undgå reglernes anvendelse⁵. Her til kommer, at CFC-reglerne kan medføre utilsigtede skattemæssige konsekvenser af flere helt almindeligt forekommende koncernstrukturer og forretningsdispositioner, herunder omstruktureringer og finansieringsstrukturer.

For en helt overordnet betragtning tilsigter de danske regler om CFC-beskatning tilsigter at skabe skattemæssig neutralitet i relation til koncerner. Det udtrykkes således eksplicit i forarbejderne, at det ikke skal være muligt for grænsoverskridende koncerner gennem skatteplanlægning at tilegne sig fordele der ikke kan opnås af enkeltsselskaber udelukkende af national karakter. Koncerner skal således ikke efter forgodtbefindende kunne opnå fordele som andre skatteydere ikke kan opnå⁶.

2. Betingelser for CFC-beskatning

I hovedtræk foreskriver SEL § 32, at selskaber og foreninger mv. som nævnt i SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a, skal medregne indkomsten hos datterselskaber, hvis moderselskabet kontrollerer datterselskabet eller har væsentlig indflydelse. Det er yderligere en betingelse, at datterselskabets samlede indkomstskat er mindre end 21% og at datterselskabets CFC-indkomst udgør mere end 1/3 af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst. Af SEL § 32 fremgår således en række betingelser, der skal være opfyldt før CFC-beskatning af danske moderselskaber/hovedvirksomheder kan indtræde. Disse betingelser behandles i det følgende. Det skal vurderes ved hvert indkomstår, om betingelserne er opfyldt.

⁵) Sml. Christen Amby i SpO 2002, p. 102.

⁶) Det fremgår af bemærkningerne til L 118 (lov nr. 487 af 12. juni 1996), at lovændringerne tilsigtede at skabe neutralitet i beskatningen. Baggrunden for L 35 (lov nr. 312 af 17. maj 1995) der indførte CFC-regler i dansk ret må antageligvis tillægges et tilsvarende sigte. I bemærkningerne til lov nr. 313 af 21.5. 2002 (L 99) gentages formålet som at fjerne de skattemæssige fordele ved, at mobile indkomster placeres i datterselskaber i lavskattelande.

2.1. Moderselskabet: selskab eller forening som nævnt i SEL § 1 eller faste driftssteder

Den første betingelse der skal være opfyldt, er, at der skal være tale om et dansk moderselskab omfattet af SEL § 1. Omfattede moderselskaber er herefter samtlige de selskaber, foreninger mv. som er omfattet af SEL § 1. I praksis synes CFC-reglerne primært at være relevante for aktie- og anpartsselskaber. Tilsvarende gælder det, at selskaber som er fuldt skattepligtige her til landet som følge af, at ledelsens sæde er i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 6, tillige kan udgøre et moderselskab i henhold til CFC-reglerne i SEL § 32.

Ligesom for frivilligt sambeskattede selskaber er det et spørgsmål, om CFC-selskaber kan være omfattet af alle danske udlandsskatte regler. Der fremgår eksplicit af bemærkningerne til SEL § 11, LL § 2 og SKL § 3 B at disse bestemmelser ikke finder anvendelse for CFC-selskaber i henhold til SEL § 32. Derimod er CFC-selskaber omfattet af LL § 5 G⁷⁾.

Endvidere omfattes udenlandske selskabers faste driftssteder her i landet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a. Faste driftssteder er blevet omfattet af SEL § 32 med lov nr. 321 af 31.3. 2004 (L 119) og skal ses i sammenhæng med den samtidige indførelse af SEL § 2 A om transparente selskaber. Hvis ikke CFC-reglerne tillige omfattede udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark ville CFC-reglerne ikke kunne finde anvendelse for danske anpartsselskaber omfattet af SEL § 2 A om transparens, hvis der er tale om en "check the box-enhed" efter amerikansk ret. Reglen er dog formuleret generelt og omfatter i princippet samtlige danske faste driftssteder. Det faste driftssted skal således medregnes indkomsten fra de selskaber det faste driftssted det kontrollerer. Tidligere tiders diskussion om hvilke aktier der kan henføres til et fastdriftssted er nu løst, idet SEL § 2, stk. 1, litra a foreskriver, at kun næringsaktier omfattet af ABL § 3 kan henføres til det faste driftssted. For så vidt anfør de faste driftssteder der opstår i medfør af bestemmelsen i SEL § 2 A gælder en undtagelse hertil, idet SEL § 2 A, stk. 6, foreskriver, at samtlige aktiver og passiver hos et selskabet omfattet af SEL § 2 A anses for tilknyttet det faste driftssted.

2.2. Kontrollerer eller har væsentlig indflydelse

Det fremgår som en yderligere betingelse, at moderselskabet skal kontrollere eller have væsentlig indflydelse over et udenlandsk selskab eller forening m.v. (datterselskabet). Kravet specificeres i SEL § 32, stk. 6. Heraf fremgår at moderselskabet anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, hvis det direkte eller indirekte ejer mindst 25 % af aktiekapitalen i

⁷⁾ Begrundelsen for at medtage CFC-selskaber under anvendelsesområdet for LL § 5 G synes uklar.

datterselskabet eller direkte eller indirekte råder over mere end 50 % af stemmerne i datterselskabet. Ved bedømmelsen af, om moderselskabet anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, medregnes aktier og stemmerettigheder, som ejes af koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 2, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truster stiftet af disse. Et selskab eller en forening m.v. anses for at være udenlandsk, hvis det er hjemmehørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland, herunder efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Besidder et selskab egne aktier, skal den aktiekapital og de stemmer, som tilhører disse egne aktier, ikke medregnes ved afgørelsen af, om der er tale om kontrol af selskabet. Dette skyldes, at egne aktier i almindelighed betragtes som værende retligt suspenderede. Desuden skal der ved opgørelsen af stemmeandele ses bort fra stemmer, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed i aktier, jf. KGL § 4, stk. 2.

Henvisningen til personlige aktionærer og deres nærtstående er uddybet i LL § 16 H, stk. 2. Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtsskabsforhold. En person, dennes nærtstående og fonde/trusters stiftet af disse, identificeres og ses herved under ét, som en helhed. Heraf følger, at alle aktier og stemmer, som besiddes af de nævnte, indgår i bedømmelsen af, om der er tale om kontrol.

Med ordet indirekte er det angivet, at aktieandele og stemmerettigheder ejet gennem danske eller udenlandske selskaber mv. også indgår ved vurderingen af, om kontrolkravet er opfyldt. Der sondres som nævnt mellem kontrol på baggrund af stemmer og kontrol på baggrund af aktiebesiddelse. Denne sondring er fastlagt fra administrativ side, og fremgår ikke af hverken SEL § 32 eller LL § 16 H, men er første gang dukket op i CIR nr. 82 af 29.5.1997 om international beskatning, pkt. 7.2.2.1. og 7.2.2.2.

Det fremkommer af ovennævnte retsgrundlag, at de danske regler om CFC-beskatning statuerer de jure kontrol, altså hvor lovgivningens objektive betingelser er opfyldt. Derimod er der ikke taget hensyn til sådanne situationer, hvor der foreligger de facto kontrol

Det skal bemærkes, at kontroldefinitionen kun yderst sjældent i praksis giver anledning til nævneværdige problemer, idet der typisk er tale om 100% ejerskab i den overvejende del af de omfattede tilfælde.

2.3. Datterselskabet- udenlandsk selskab, udenlandsk forening, udenlandsk fast driftssted m.v.

Der stilles ikke selvstændige krav til det kontrollerede selskab ud over at det skal være muligt, at eje aktier heri. Det fremgår dog af konteksten, at det er alle former for selvstændige juridiske personer, der efter danske regler kvalificeres som selvstændige skattesubjekter, der kan medføre CFC-beskatning⁸.

Det er almindeligt antaget, at afgørelsen af, om udenlandske selskaber efter dansk ret skal behandles som selvstændige skattesubjekter eller ej, skal ske efter intern dansk ret. Herefter danner kriterierne i SEL § 1 udgangspunkt for vurderingen af, om et udenlandsk selskab mv. skal anses for et selvstændigt skattesubjekt. Det er ikke i sig selv afgørende, om et udenlandsk selskab i henhold til sit domicillands skatteregler anses for et selvstændigt skattesubjekt. Derimod kan det antages, at det bør medtages som et moment, om selskabets domicilland selv har anerkendt selskabet som et selvstændigt skattesubjekt. Afgørelsen beror dog på en samlet bedømmelse af selskabets hele karakter⁹.

Et selskab vil anses for udenlandsk, hvis det ikke efter danske regler (herunder SEL § 1, stk. 6) anses for hjemmehørende her i landet. Et selskab m.v., der efter interne danske regler anses for hjemmehørende her i landet, men som efter en af Danmark indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst anses for hjemmehørende i udlandet, anses også for at være et udenlandsk selskab m.v.

Udenlandske fonde kan ikke indgå i CFC-beskatning. Ved indskud i en lavt beskattet fond eller trust vil der i stedet eventuelt skulle svares indskudsafgift på 20% efter FBL § 3 A 10.

Med lov nr. 426 af 6.6. 2005 (L 121) blev der for første gang introduceret et territorialprincip i dansk skatteret. Princippet blev indført i SEL § 8, stk. 2, hvoraf fremgår, at der til den skattepligtige indkomst ikke medregnes indtægter og udgifter, som vedrører et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet, med mindre der i medfør af SEL § 31 A vælges international sambeskatning. Dette betyder som udgangspunkt, at al indkomst genereret i udenlandske faste driftssteder er dansk beskatning uvedkommende. Som en væsentlig modifikation hertil er der dog med samme lov introduceret CFC-beskatning for udenlandske faste driftssteder, jf. SEL § 8, stk. 2, 3.-7. pkt. Heraf fremgår det, at det danske selskab (uanset stk. 1) beskattes af positiv CFC-

⁸⁾ Jf. Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 7.2.3.

⁹⁾ Se herom Aage Michelsen: International skatteret, 2003. p. 186 ff, og Jakob Bundgaard i SU 2002, 288.

¹⁰⁾ Se herom Cirk. nr. 82 af 29.5.1997, pkt. 9.

indkomst, såfremt indkomsten ville have været omfattet af SEL § 32, hvis det faste driftssted havde været et udenlandsk selskab.

Såvel ved bedømmelsen af, om der skal medregnes CFC-indkomst, som ved opgørelsen af CFC-indkomsten anvendes indkomstopgørelsesprincipperne for faste driftssteder. I henhold til bemærkningerne til bestemmelsen medfører dette, at der skal ses bort fra visse interne ydelser mellem hovedsædet og det faste driftssted, f. eks. renter og royalties¹¹.

SEL § 32 finder tilsvarende anvendelse bortset fra stk. 2, stk. 7, 1. pkt, stk. 8 og stk. 13. SEL § 32, stk. 2, finder ligeledes tilsvarende anvendelse, når det faste driftssted ville have opfyldt betingelserne, hvis det havde været et datterselskab.

Formålet med at udvide CFC-reglerne til også at gælde for faste driftssteder er det samme som generelt ligger bag CFC-reglerne, nemlig at fjerne de skattemæssige fordele ved at mobile indkomster placeres i datterselskaber og faste driftssteder i udlandet.

Det er noget uklart, hvorledes retstilstanden er i de situationer, hvor et udenlandsk datterselskab ejer et udenlandsk fast driftssted. Reglerne må formentlig forstås sådan, at det udenlandske faste driftssteds indkomst ikke kan blive CFC-beskattet hos det danske moderselskab (indirekte CFC-filialbeskatning), idet filial CFC-beskatning er en undtagelse til det almindeligt gældende territorialprincip. Det udenlandske faste driftssted indkomst kan dog formentlig indgå ved vurderingen af det udenlandske datterselskabs forhold. Således må det antages, at indkomsten og beskatningen heraf skal indgå i vurderingen af det udenlandske datterselskabs forhold, hvis indkomsten i sig selv er CFC-indkomst og det faste driftssted i sig selv opfylder betingelserne i SEL § 32. I alle øvrige tilfælde gælder territorialprincippet, hvorved indkomsten i det faste driftssted ikke kan indgå.

2.4. Lavt beskattet

Det gældende kriterium om, at datterselskabet skal være lavt beskattet følger af SEL § 32, stk. 1, nr. 1. Herefter skal datterselskabets samlede udenlandske indkomstskat være mindre end 3/4 af skatten beregnet på grundlag af satsen i § 17, stk. 1, af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter stk. 3 og 4 for det pågældende indkomstår.

Hermed er der tale om et kriterium, hvorefter den faktisk betalte udenlandske indkomstskat sammenlignes med en beregnet fiktiv dansk indkomstskat. Man

⁽¹¹⁾ Jf. bemærkningerne til forslaget § 1, nr. 5 til lov nr. 426 af 6.6. 2005 (L 121).

taler herved om, at sammenligningsskat opgøres på baggrund af en "skyggeindkomst" for at tage hensyn til periodiseringsforskelle mv.¹².

Idet den danske selskabsskattesats pt. er 28 %, indebærer kriteriet, at beskattningen skal være mindre end 21 % af den skattepligtige indkomst opgjort efter SEL § 32, stk. 3 og 4, for det pågældende indkomstår. Det er den samlede danske skat opgjort efter de nævnte bestemmelser, inklusiv fremførte og overførte underskud, der skal sammenlignes med den samlede udenlandske skat. Opfyldes kravet om lav beskattning er selskabet et CFC-selskab, hvis samtidig CFC-indkomsten en vis andel af selskabets samlede indkomst, jf. nedenfor.

Er datterselskabets samlede danske indkomst opgjort efter de nævnte regler negativ, kan datterselskabet for det pågældende indkomstår ikke være et CFC-selskab¹³.

Den indkomst der skal opgøres i medfør af SEL § 32, stk. 3 og stk. 4 benævnes sammenligningsindkomsten. Sammenligningsindkomsten og den samlede skattepligtige indkomst i datterselskab skal opgøres på baggrund af dansk skatterets almindelige regler. Bestemmelserne i SEL § 32, stk. 3 og 4 indeholder dog nogle særregler til brug for såvel sammenligningsindkomsten som CFC-indkomsten. Det er vigtigt at bemærke, at sammenligningsindkomsten varierer efter til hvilket formål sammenligningsindkomsten skal opgøres. Ved bedømmelsen af, om kriteriet om lav beskattning er opfyldt skal sammenligningsindkomsten opgøres efter principperne i SEL § 32, stk. 3 og 4, mens alene principperne i sti. 3 finder anvendelse ved opgørelsen af sammenligningsindkomsten til brug for bedømmelsen af kriteriet om graden af finansiell indkomst i CFC-selskabet.

SEL § 32, stk. 3 foreskriver, at opgørelsen af skattepligtig fortjeneste og fradragberettigede tab ved opgørelsen af datterselskabets samlede indkomst skal ske på baggrund af de faktiske anskaffelsessummer og det faktiske anskaffelsestidspunkt.

Afskrivningsberettigede aktiver anses for erhvervet til den faktiske anskaffelsessum og afskrevet med de samlede udenlandske skatemæssige afskrivninger. Vælger datterselskabet i et indkomstår med positiv udenlandsk indkomst ikke at nedbringe denne i størst muligt omfang ved udnyttelse af udenlandske afskrivningsmuligheder, benyttes de principper der findes i SEL § 31A, stk. 8. Det samme gælder i de tilfælde, hvor der ikke kan opgøres et udenlandsk afskrivningsgrundlag. Afskrivninger og andre udgifter, som efter skatteyderens

¹²⁾ Tidligere indeholdt kriteriet tillige en mulighed for at lav beskattning kunne foreligge, hvis der var tale om skatteudskydelse. Dette kriterium var svært at håndtere i praksis.

¹³⁾ Jf. LV S.D.5.3.

valg efter danske regler kan fradrages i det pågældende indkomstår, skal fradrages, hvis datterselskabet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter udenlandske regler foretager tilsvarende fradrag i samme indkomstår.

Såfremt datterselskabet medregner fortjeneste og tab efter lagerprincippet eller realisationsprincippet, anvendes tilsvarende princip ved den danske indkomstopgørelse, uanset om der efter danske regler er adgang hertil.

Såfremt datterselskabet ved indkomstopgørelsen efter udenlandske regler er indtrådt i et indskydende selskabs anskaffelsessumme og anskaffelsestidspunkter (succession), indtrædes også i anskaffelsessumme og anskaffelsestidspunkter ved den danske indkomstopgørelse. Sker der en overdragelse til et andet selskab, hvor det modtagende selskab efter udenlandske regler indtræder i datterselskabets anskaffelsessumme og anskaffelsestidspunkter, og moderselskabet efter overgangen kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på det modtagende selskab, medregnes fortjeneste og tab ikke ved den danske indkomstopgørelse.

Ved opgørelsen af den samlede skattepligtige indkomst hos datterselskabet medregnes underskud for indkomstår før opnåelsen af kontrol eller væsentlig indflydelse eller for indkomstår, hvor der ikke sker CFC-beskatning, jf. SEL § 32, stk. 4. Dette gælder, hvis datterselskabet ved opgørelsen af den udenlandske indkomst medregner underskud og underskud kan medregnes efter danske regler. Andre underskud medregnes efter danske regler.

Overførsel af underskud fra andre selskaber som led i sambeskatning efter udenlandske regler foretages tilsvarende ved den danske indkomstopgørelse, dog højst med et beløb svarende til det underskud der kan opgøres efter danske regler. Hvad der nærmere ligger i formuleringen ”sambeskatning efter udenlandske regler” er ikke helt entydigt. Imidlertid synes det rigtigt at forstå dette således, at der henvises til ethvert udenlandsk regelsæt, der tillader muligheden for overførsel af underskud mellem selskaber, og som er af sambeskatningslignende karakter.¹⁴ Fradrag for koncernbidrag efter udenlandske

¹⁴⁾ Et eksempel på anvendelse af denne regel findes i TfS 2004, 223 LR, hvor UK regler om group relief fandtes at omfattet af begrebet. Som konsekvens heraf skulle underskud fra øvrige UK datterselskaber medregnes ved opgørelse af sammenligningsindkomsten hos CFC-selskabet. Det er uklart, hvorvidt reglen i SEL § 32, stk. 4. 3. pkt., 2. led skal forstås sådan, at den foretagne underskudsoverførsel også skal være mulig efter danske regler. I TfS 2004, 223 fandt Styrelsen med støtte fra Ligningsrådet, at det alene er underskuddet i det udenlandske underskudsselskab, der skal ske efter de danske regler, og som skal maksimeres. Som konsekvens heraf må der ved anvendelse af reglen foretages en selvstændig opgørelse af indkomsten for det udenlandske underskudsselskab efter de almindelige danske skatteregler, således at et eventuelt underskud, der fremkommer herved, kan udgøre grundlaget for en maksimering af underskudsoverførslen ved opgørelsen af sammenligningsindkomsten. Kritisk overfor en sådan fortolkning synes Kim Wind Andersen & Henrik Dietz at være i SU 2003, 58, der antager, at reglen i SEL §

regler foretages tilsvarende ved den danske indkomstopgørelse. Fradraget kan dog ikke overstige det underskud, der kan opgøres efter danske regler. Koncernbidrag, der er skattepligtige efter udenlandske regler, medregnes altid ved den danske indkomstopgørelse. Underskud i datterselskabet kan alene fremføres til fradrag i indkomst optjent af samme selskab. Baggrunden for disse regler om sambeskatning og koncernbidrag mv. er en tilsikring af, at der ikke statures lav beskatning, blot fordi selskabet på grund af sambeskatningsregler, får overført underskud og således ikke skal betale lokal skat, hvis den samme skattefrihed kunne opnås efter danske regler.

Ved salg af aktier i underliggende datterselskaber til et selskab eller en person, der står uden for den kontrollerende ejerkreds i det underliggende datterselskab, skal fiktive avancer i medfør af SEL § 32, stk. 8, medregnes ved opgørelsen af, om selskabet opfylder betingelserne for at være omfattet af CFC-beskatningen for det pågældende indkomstår.

Der er grund til at være opmærksom på typiske afvigelser mellem udenlandske og danske skatteregler. Således ses det, at flere lande har lempeligere krav til modtagelse af datterselskabsudbytter end de danske, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Endnu hyppigere ses det, at udenlandske regler om skattefrihed for avancer ved salg af aktier er lempeligere end det danske tre års krav i ABL § 4, stk. 6. Endvidere har ikke alle lande regler om korrektioner efter armslængdeprincippet eller regler om tynd kapitalisering.

CFC-reglerne gælder tillige, hvis datterselskabet har indgået aftale om skattesatsen eller beskatningsgrundlag med skattemyndighederne i den stat, hvor det er hjemmehørende, herunder efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst¹⁵. Hermed rammes systemer, hvor selskabet kan aftale skattens størrelse med den pågældende stat. Dette gælder både, hvad enten det er selve skattesatsen, skattegrundlaget, eller det er særlige beretningsmetoder, der kan aftales. Bestemmelsen forudsætter dog, at muligheden for aftalt skat faktisk udnyttes¹⁶. Det samme gælder hvis reglerne i den pågældende stat er indrettet efter, hvor det kontrollerende selskab er hjemmehørende, jf. SEL § 32, stk. 9.

32, stk. 4 nødvendiggør, at der udarbejdes en indkomstopgørelse for hvert enkelt udenlandsk selskab.

¹⁵⁾ Denne betingelse finder Anders Bjørn overflødig i SR-Skat 2002, s. 175, idet der ikke længere skelnes mellem forskellige indkomstarter og der foretages årlige vurderinger.

¹⁶⁾ Omfattet er ikke tilfælde, hvor datterselskabet har en filial med mulighed for at aftale skat, ligesom ej heller indhentelse af bindene forhåndsbeskeder mv. anses for at være en aftale om skatten.

2.5. Væsentlig grad af finansiel karakter

Kriteriet om, at det udenlandske selskab skal være lavt beskattet suppleres af et kriterium om, at det udenlandske selskab indkomst i væsentlig grad skal være af finansiel karakter (CFC-indkomst). Dette supplerende kriterium findes i SEL § 32, stk. 1, nr. 2, hvoraf fremgår at der foreligger finansiel indkomst i væsentlig omfang, hvis datterselskabets CFC-indkomst for samme periode udgør mere end 1/3 af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter SEL § 32 stk. 3. Typeeksemplerne på virksomheder som driver CFC-virksomhed er banker, forsikrings- finansierings- og investeringsselskaber samt realkreditinstitutter. Det er i denne forbindelse uden betydning om de finansielle aktiviteter er af aktiv eller passiv karakter.

Som det ses har CFC-indkomsten betydning i denne henseende. CFC-indkomsten udtrykker ligeledes det beløb moderselskabet skal medregne, hvis betingelserne for at anvende SEL § 32 er opfyldt.

Selve opgørelsen af såvel CFC-indkomsten som sammenligningsindkomsten sker efter principperne i SEL § 32, stk. 3 (det bemærkes, at SEL § 32, stk. 4 ikke finder anvendelse). Dette betyder, at opgørelsen af skattepligtig fortjeneste og fradragsberettiget tab ved opgørelsen af CFC-indkomsten skal ske på baggrund af de faktiske anskaffelsessummer og det faktiske anskaffelsestidspunkt.

Afskrivningsberettigede aktiver anses for erhvervet til den faktiske anskaffelsessum og afskrevet med de samlede udenlandske skattemæssige afskrivninger.

Vælger datterselskabet i et indkomstår med positiv udenlandsk indkomst ikke at nedbringe denne i størst muligt omfang ved udnyttelse af udenlandske afskrivningsmuligheder, benyttes princippet i SEL § 31A, stk. 8. Det samme gælder i de tilfælde, hvor der ikke kan opgøres et udenlandsk afskrivningsgrundlag. Afskrivninger og andre udgifter, som efter skatteyderens valg efter danske regler kan fradrages i det pågældende indkomstår, skal fradrages, hvis datterselskabet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter udenlandske regler foretager tilsvarende fradrag i samme indkomstår.

Såfremt datterselskabet medregner fortjeneste og tab efter lagerprincippet eller realisationsprincippet, anvendes tilsvarende princip ved den danske indkomstopgørelse, uanset om der efter danske regler er adgang hertil.

Såfremt datterselskabet ved indkomstopgørelsen efter udenlandske regler er indtrådt i et indskydende selskabs anskaffelsessum og anskaffelsestidspunkter (succession), indtrædes også i anskaffelsessummerne og anskaffelses-

tidspunkter ved den danske indkomstopgørelse. Sker der en overdragelse til et andet selskab, hvor det modtagende selskab efter udenlandske regler indtræder i datterselskabets anskaffelsessumme og anskaffelsestidspunkter, og moderselskabet efter overgangen kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på det modtagende selskab, medregnes fortjeneste og tab ikke ved den danske indkomstopgørelse¹⁷.

I SEL § 32, stk. 1, nr. 2, 2. pkt. findes den såkaldte transparensregel (eller konsolideringsregel) vedrørende holdingselskaber. Denne indebærer, at der ved bedømmelsen af om selskabet er af finansiell karakter ses bort fra skattepligtig indkomst hidrørende fra selskaber kontrolleret af datterselskabet, eller som datterselskabet har væsentlig indflydelse på, hvis selskaberne er hjemmehørende i samme land som datterselskabet¹⁸. Dette betyder at der bortses fra alle transaktioner, herunder udbytter, rentebetalinger og royalties, betalinger for varer og tjenesteydelser og aktieavancer¹⁹. I stedet inddrages skattepligtig indkomst i de pågældende selskaber forholdsmæssigt efter datterselskabets direkte eller indirekte ejerandele. Ved vurderingen heraf skal der for så vidt angår dobbeltdomicilerede selskaber tages hensyn til eventuelt indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Således skal selskaberne også efter inddragelse heraf anses for at være hjemmehørende i samme land, før bestemmelsen finder anvendelse²⁰.

Hvis holdingselskabet ikke direkte eller indirekte besidder aktierne i et kontrolleret selskab, medregnes kun en forholdsmæssig andel af datterselskabets indtægter i hele holdingselskabets indkomstår, baseret på ejerandelen. Har ejerandelen varieret i indkomståret, anvendes et vægtet gennemsnit i forhold til ejerandel og ejertid²¹.

Det er vigtigt at huske, at transparensreglen kun vedrører indtægter fra datterselskaber i samme land. Indkomster fra andre selskaber kan således meget vel være CFC-indkomst. Tilsvarende gælder for selskaber, hjemmehørende i samme land, men som ikke kontrolleres af holdingselskabet.

¹⁷⁾ Se TfS 2004, 472 LR om udenlandske successionsregler. Konkret fandtes der ikke at foreligge CFC-indkomst for det udenlandske selskab, idet der forelå succession efter udenlandske regler.

¹⁸⁾ Kontrolbegrebet er det samme som findes i SEL § 32, stk. 1, jf. stk. 6.

¹⁹⁾ Det har ingen betydning for elimineringen af interne aktieavancer om ejertiden på disse aktier er over eller under tre år, jf. også Anne Katrine Føgh & Søren Jesper Hansen i SU 2004, 110.

²⁰⁾ Jf. LV S.D.5.2.1.

²¹⁾ Jf. LV S.D.5.2.1.

Baggrunden for denne regel er, at et ønske om at ville undgå CFC-beskatning i situationer, hvor aktierne i et produktionsselskab ejes af et lokalt holdingselskab, idet det i mange tilfælde kan bero på tilfældigheder, om der etableres et lokalt holdingselskab²². Uden transparensreglen ville det lokale holdingselskab som alt overvejende hovedregel blive anset for i væsentlig grad at være af finansiell karakter²³.

3. Konsekvens: Moderselskabet skal medregne CFC-indkomsten ved sin indkomstopgørelse

3.1. Generelt

Opfyldes ovenstående betingelser er konsekvensen den, at moderselskabet skal medregne det i SEL § 32, stk. 7 og 8 angivne positive beløb (CFC-indkomsten) ved indkomstopgørelsen, jf. SEL § 32, stk. 1. Indkomsten kan ikke overstige moderselskabets andel af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter SEL § 32, stk. 3 og stk. 4, jf. SEL § 32, stk. 7 in fine.

Moderselskabet beskattes af CFC-indkomsten for de år, hvor betingelserne i SEL § 32 opfyldes. Et dansk moderselskab kan således fra år til år ind- og udtræde af CFC-beskatningen.

Datterselskabets indkomst opgøres over samme periode som moderselskabets indkomstår. Hvis moderselskabet ikke ejer samtlige aktier i datterselskabet, medregnes kun den del af datterselskabets CFC-indkomst, der svarer til den gennemsnitlige andel af datterselskabets samlede aktiekapital, som moderselskabet har ejet i indkomståret, jf. SEL § 32, stk. 7. Der medregnes dog kun indkomst optjent af datterselskabet i den del af moderselskabets indkomstår, hvor dette selskab har haft kontrol over eller væsentlig indflydelse på datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 7, 2. pkt.

Aktier, som ejes af koncernforbundne selskaber medregnes ikke ved afgørelsen af, hvor stor en del af datterselskabets indkomst, der skal medregnes ved indkomstopgørelsen.

Sælges alle aktierne i datterselskabet eller så mange aktier, at moderselskabet ikke kontrollerer datterselskabet mere, medregnes kun indkomstopptjent af dat-

²²⁾ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 11.13 i L 118/1995.

²³⁾ Se herom pkt. 7.2.4.1. i Cirk. Nr. 82 af 29.5. 1997, Anja Svendgaard: Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber, 2001, s. 72 ff og Søren Steenholt i SU 1996, 190. Se i detaljer om reglen LV SD.5.2.1., som tillige indeholder et eksempel.

terselskabet for den periode, hvor moderselskabet havde kontrollen²⁴. Tilsvarende gælder hvor moderselskabet først opnår kontrollen senere. Hvis betingelserne for CFC-beskatning kun er opfyldt en del af moderselskabets indkomstår, skal der aflægges et perioderegnskab for denne periode, jf. SEL § 32, stk. 11, 2. pkt.

Ved afståelse af datterselskabets aktiver og passiver, der er erhvervet eller oparbejdet, før moderselskabet fik kontrol over eller væsentlig indflydelse på datterselskabet, anvendes ikke anskaffelsessummen, men i stedet handelsværdien på dette tidspunkt, jf. SEL § 32, stk. 7, 3. pkt. Dette gælder dog kun, såfremt fortjeneste og tab på de pågældende aktiver og passiver ikke i forvejen medregnes ved den danske indkomstopgørelse.

Genvundne afskrivninger kan højst udgøre det beløb, hvorved summen af afskrivninger foretaget i år under CFC-beskatning overstiger det faktiske værditab efter det tidspunkt, hvor moderselskabet fik kontrol over eller væsentlig indflydelse på datterselskabet.

Det er vigtigt at bemærke, at det kun er den del af datterselskabets indtægter og udgifter, der vedrører CFC-indkomst, der indgår i CFC-beskatningen. Dette får betydning i forhold til datterselskaber, der opfylder betingelserne for CFC-beskatning, men som tillige driver produktionsvirksomhed (blandet virksomhed).

Inden for en koncern kan det forekomme, at flere selskaber, der indbyrdes har et moder-/datterselskabsforhold, opfylder betingelserne for at skulle medregne (en andel af) et udenlandsk selskabs CFC-indkomst. I denne situation er det alene det danske selskab, der direkte eller indirekte ejer den største kapitalandel i det udenlandske selskab, der udløser CFC-beskatning, som skal medregne en andel af indtægterne i CFC-selskabet ved indkomstopgørelsen²⁵. CFC-beskatning udgør således alene en regulering af moderselskabets skattepligtige indkomst og der skal ikke opgøres en sambeskatningsindkomst. Eventuelle underskud fra datterselskabet kan ikke overføres til moderselskabet. Sådanne underskud kan alene fremføres til fradrag i indkomst optjent af samme selskab, jf. SEL § 32, stk. 4, sidste pkt.

For andelsbeskattede foreninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 gælder det, at CFC-skattepligtig indkomst beskattes med den almindelige selskabsskatte-

²⁴⁾ Eksempel, jf. LV S.D.5.5.1.: Ejer moderselskabet 50 pct. af aktiekapitalen i et selskab i 8 måneder af indkomståret og 75 pct. af aktiekapitalen i selskabet i de resterende 4 måneder af indkomståret, skal moderselskabet medregne $50 \times 8/12 + 75 \times 4/12 = 700/12$ pct. eller 58,33 pct. af datterselskabets indkomst.

²⁵⁾ Jf. LV S.D.5. og TFS 2003, 48 LR.

sats og dermed ikke efter de almindelige regler for opgørelsen af andelsselskaber indkomst, jf. SEL § 19, stk. 1. Denne bestemmelse har til formål at hindre, at et andelsselskab indskyder et normaltbeskattet selskab mellem sig selv om et udenlandsk finansielt lavskatteselskab.

3.2. CFC-indkomsten

Hvis betingelser for at ifalde CFC-beskatning er opfyldt, skal moderselskabet medregne positiv CFC-indkomst til sin skattepligtige indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1. Det er således nødvendigt at afdække, hvad der nærmere ligger i begrebet CFC-indkomst. I SEL § 32, stk. 5 opregnes udtømmende, at CFC-indkomsten opgøres som summen af:

Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter.

Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede tab på fordringer, gæld eller finansielle kontrakter som nævnt i KGL § 1, stk. 1.

Provisioner og lign., der er fradragsberettigede efter LL § 8, stk. 3.

Skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer vedrørende aktier.

Skattepligtig fortjeneste og fradragsberettigede tab ved afståelse af aktier.

Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver²⁶. Medregning skal dog ikke ske, for så vidt angår betalinger fra selskaber, som ikke er koncernforbundne med datterselskabet, jf. LL § 2, stk. 2, for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver foranlediget af datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed. Skattemæssige fradrag, der vedrører indtægter som nævnt i nr. 1)-6)²⁷.

Skattepligtige indkomster ved finansiell leasing²⁸. Fortjeneste og tab ved afståelse af aktiver, som har været anvendt til finansiell leasing, medregnes tillige.

Skattepligtige indkomster i forbindelse med forsikringsvirksomhed, virksomhed med penge- eller realkreditinstitut eller finansiell virksomhed i øvrigt²⁹.

²⁶⁾ Immaterielle aktiver omfatter enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm, ethvert patent, varemærke eller mønster eller enhver model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.

²⁷⁾ Der vil også kunne foretages fradrag for lønninger, i det omfang medarbejdernes arbejdstid vedrører CFC-indkomsten, jf. LV S.D.5.2.

²⁸⁾ Trods den nærliggende slutning afgrænses finansiell leasing ikke absolut i medfør af IAS 17 om finansiell leasing. CFC-beskatning er således ikke udelukket, fordi den konkrete virksomhed falder uden for IAS 17. Se fra før den nuværende udformning TFS 2000, 532 LR om såkaldt bare-boat-charter.

²⁹⁾ Det er ikke endeligt afklaret, hvad der ligger i begrebet "finansiell virksomhed i øvrigt". Eksempelvis kan hentes inspiration fra lov om finansiell virksomhed. Det forudsættes i

Såfremt datterselskabets samlede indkomst efter fradrag af fremførte og overførte underskud er positiv og datterselskabets CFC-indkomst skal medregnes ved moderselskabets indkomstopgørelse: Den del af datterselskabets indkomst efter stk. 4, som svarer til, hvad CFC-indkomsten efter stk. 1, nr. 2, udgør af den samlede skattepligtige indkomst i det pågældende indkomstår. Den del af underskuddet der falder på anden indkomst end CFC-indkomst kan ikke fremføres³⁰.

Denne opregning er udtømmende, hvorfor indkomster der ikke fremgår på denne liste, ikke er skattepligtig CFC-indkomst. Dette gælder eksempelvis lejebetalinger og tilskud. I det omfang, der ydes tilskud til et CFC-selskab, som efter danske regler ville være skattepligtigt efter SL § 4, vil dette tilskud ikke udgøre CFC-indkomst³¹.

SEL § 32, stk. 3 (men ikke stk. 4 om fremførte og overførte underskud) finder tilsvarende anvendelse ved opgørelsen af CFC-indkomsten. Dette betyder, at opgørelsen af skattepligtig fortjeneste og fradragsberettiget tab ved opgørelsen af CFC-indkomsten skal ske på baggrund af de faktiske anskaffelsessummer og det faktiske anskaffelsestidspunkt.

Afskrivningsberettigede aktiver anses for erhvervet til den faktiske anskaffelsessum og afskrevet med de samlede udenlandske skatemæssige afskrivninger. Vælger datterselskabet i et indkomstår med positiv udenlandsk indkomst ikke at nedbringe denne i størst muligt omfang ved udnyttelse af udenlandske afskrivningsmuligheder, benyttes SEL § 31A, stk. 8. Det samme gælder i de tilfælde, hvor der ikke kan opgøres et udenlandsk afskrivningsgrundlag. Afskrivninger og andre udgifter, som efter skatteyderens valg efter danske regler kan fradrages i det pågældende indkomstår, skal fradrages, hvis datterselskabet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter udenlandske regler foretager tilsvarende fradrag i samme indkomstår.

forarbejderne til loven, at der er tale om selskaber der driver finansiell næringsvirksomhed.

³⁰⁾ Bestemmelsen kan forklares sådan: Er der fremførte underskud fra tidligere år, overførsel af underskud fra andre selskaber i sambeskatning samt concernbidrag, anses disse at dække CFC-indkomsten. Overstiger de CFC-indkomsten anses de at vedrøre CFC-selskabets anden indkomst. Denne del kan ikke medregnes i moderselskabets CFC-indkomst og bortfalder herefter, jf. Skatteministerens svar på spørgsmål 38 fra Folketingets skatteudvalgs behandling af L 99.

³¹⁾ Se TfS 2004, 472 LR, hvor Ligningsrådet besvarede spørgsmålet som i teksten. I sagen skulle der dog konkret foretages en nærmere afgrænsning af tilskud over for kursgevinst. Var grænsedragningen faldet ud som en kursgevinst, ville der selv sagt være tale om en CFC-indkomst.

Såfremt datterselskabet medregner fortjeneste og tab efter lagerprincippet eller realisationsprincippet, anvendes tilsvarende princip ved den danske indkomstopgørelse, uanset om der efter danske regler er adgang hertil.

Såfremt datterselskabet ved indkomstopgørelsen efter udenlandske regler er indtrådt i et indskydende selskabs anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter (succession), indtrædes også i anskaffelsessummerne og anskaffelsestidspunkter ved den danske indkomstopgørelse. Sker der en overdragelse til et andet selskab, hvor det modtagende selskab efter udenlandske regler indtræder i datterselskabets anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter, og moderselskabet efter overgangen kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på det modtagende selskab, medregnes fortjeneste og tab ikke ved den danske indkomstopgørelse.

Hvis moderselskabet direkte eller indirekte overdrager aktier i datterselskabet til et selskab, som moderselskabet ikke selv direkte eller indirekte kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på, skal der ved bedømmelsen af, om moderselskabet skal medregne datterselskabets CFC-indkomst, og ved moderselskabets indkomstopgørelse medregnes den CFC-indkomst, som datterselskabet ville have oppebåret, hvis det havde afstået samtlige aktiver og passiver omfattet af kursgevinstloven og aktieavancebeskatningsloven til handelsværdien på samme tidspunkt, jf. SEL § 32, stk. 8³². Denne såkaldte fiktive afståelsesbeskatning er dog maksimeret til et beløb forholdsmæssigt svarende til den overdragne del af aktierne. Baggrunden for reglen er et ønske om at imødegå den situation, at et CFC-selskab eksempelvis anbringer sine aktiver i uforrentede obligationer, der først indfries efter udløbet af den karenperiode på tre år der var indeholdt i den dagældende ABL § 2 a. Der vil i den situation ikke blive tale om CFC-beskatning i de tre år, da der ikke er nogen indkomst, samtidig med at betingelserne for skattefrihed for aktieavancen alligevel ville være opfyldt.

Bestemmelsen i SEL § 32, stk. 8, finder ikke anvendelse, hvis moderselskabet overdrager aktier i et dansk datterselskab og det danske datterselskab selv kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på det udenlandske datterselskab med samme ejerandel som moderselskabet og fik kontrol eller væsentlig indflydel-

³²⁾ Bestemmelsen blev forud for lov nr. 221 af 31.3. 2004 (L 119) fortolket forkert af Ligningsrådet, jf. SU 2003, 18 LR. Således blev det antaget, at indkomst realiseret ved en fiktiv afståelsesbeskatning efter SEL § 32, stk. 8 skal indgå ved vurderingen af, om der foreligger et CFC-selskab. Denne klart fejlagtige praksis blev tilsidesat af landsskatteretten med kendelsen i TfS 2005, 508 LSR og hertil Henrik Dietz i SU 2004, 210. Således var der ikke hjemmel til at inddrage ikke-realiserede indkomster ved vurderingen af om CFC-beskatning skal indtræde, ligesom SEL § 32, stk. 5 er udtømmende. På denne baggrund blev ordlyden af SEL § 32, stk. 8 ændret således at denne nu tillige eksplicit vedrører vurderingen af om moderselskabet skal medregne datterselskabets CFC-indkomst.

se på samme ejerandel som moderselskabet og fik kontrol eller væsentlig indflydelse på samme tidspunkt som moderselskabet.

3.3. Bestemmelser om udfærdigelse af regnskab

Ligningsrådet kan i medfør af SEL § 32, stk. 11 fastsætte bestemmelser om udfærdigelse af regnskab for udenlandske selskaber. Denne bemyndigelse er hidtil ikke blevet udnyttet³³.

3.4. Tilbagebetaling af CFC-skat

Hvis et moderselskab har betalt dansk CFC-skat for et indkomstår, kan denne skat modregnes i moderselskabets øvrige skatter i et senere indkomstår, i det omfang summen af betalte udenlandske skatter, jf. SEL § 32, stk. 10 og den betalte danske skat overstiger summen af den danske skat af CFC-indkomsten for de pågældende indkomstår. Beløb, der ikke kan rummes i moderselskabets øvrige skatter, udbetales kontant. De tre indkomstår, der ligger forud for det første indkomstår, hvor datterselskabet opfylder betingelserne i stk. 1, kan medregnes ved den nævnte beregning. Adgangen til at få tilbagebetalt skat finder kun anvendelse, hvis moderselskabet i hele perioden har kontrol over eller væsentlig indflydelse på datterselskabet.

3.5. Beskatningskonto

Moderselskabet skal føre en såkaldt beskatningskonto, hvis datterselskabsaktierne er omfattet af ABL § 2 a. På denne konto indgår den del af datterselskabets indkomst, der medregnes i moderselskabets skattepligtige indkomst, med fradrag af udenlandske skatter. På kontoen fragår udbytter og avancer, der efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke skal medregnes ved indkomstopgørelsen, eller hvorpå beskatningen skal lempes efter eksemptionsmetoden i LL § 33 D, stk. 1. Hvis saldoen herefter er positiv, nedsættes indkomstårets skattepligtige udbytter og aktieavancer fra datterselskabet med et tilsvarende beløb. En eventuel resterende positiv saldo overføres til det efterfølgende indkomstår, jf. SEL § 32, stk. 13. Beskatningskontoen har til formål at sikre, at der ikke sker beskatning af et moderselskabs indtægter i form af udbytter og aktieavancer fra et CFC-selskab, i det omfang indtægterne vedrører overskud, der er CFC-beskattet. Der skal med andre ord føres en saldo for datterselskabsindkomst som bliver medregnet i CFC-beskatningen og som derfor kan udloddes som udbytte til moderselskabet eller tilgå moderselskaber i form af

³³⁾ I TFS 2003, 48 LR har Ligningsrådet udtalt, at de eksisterende regler om valutakursomregning ved frivillig sambeskatning efter rådets opfattelse, klart er forudsat ved vedtagelsen af SEL § 32, stk. 11, så længe Ligningsrådet ikke har fastsat andet.

aktieavance uden yderligere beskatning. Reglerne om beskatningskonto betyder, at indkomst i en kæde af CFC-selskaber reelt kun bliver CFC-beskattet én gang³⁴.

Hvis aktierne ikke er omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 2 a, er der ikke længere behov for at føre beskatningskonto. Dette har hidtil indebåret i praksis, at der kun skulle føres beskatningskonto i de tilfælde, hvor en aktionær øger sin ejerandel i det udenlandske finansielle lavskatteselskab fra under 25 % til mindst 25 % (eller øger sin stemmeandel i selskabet til mere end 50 pct.) og derved bliver CFC-skattepligtig i Danmark af sin andel af det udenlandske selskabs finansielle indkomst. Ændringen af ABL § 2a med lov nr. 407 af 1.6. 2005 (L 98) må indvirke på dette anvendelsesområde. I forbindelse med behandlingen af lovforslaget har Skatteministeren udtalt, at reglen i SEL § 32, stk. 13 bibeholdes, idet problemstillingen med beskatning af udbytter omfatter af ABL § 2a hos moderselskabet samtidig med CFC-beskatning af indkomsten fortsat er aktuel.

Udbytter og avancer, som et sambeskattet datterselskab modtager fra CFC-selskabet som er et datter-datterselskab, er også omfattet af moderselskabets beskatningskonto, jf. SEL § 32, stk. 14. I så fald skal der kun ske beskatning af udbytter og avancer i det omfang, disse indtægter overstiger saldoen på moderselskabets beskatningskonto.

Hvis moderselskabet selv er skattepligtig af udbytte hidrørende (direkte eller indirekte) fra det CFC-beskattede datter-datterselskab, er fradraget ikke betinget af, at det indskudte (holding)datterselskab er sambeskattet med moderselskabet. Hvis der imod moderselskabet er skattefri af udbyttet, som følge af SEL § 13, stk. 1, nr. 2. og 3. pkt., kan fradraget overføres til brug for (holding)datterselskabet, hvis dette er sambeskattet med moderselskabet.

³⁴⁾ Eksempel, jf. LV S.D.5.5.3.: Et dansk moderselskab (M) har et udenlandsk holdingselskab (H), som igen har et udenlandsk finansielt datterselskab (D), idet H og D begge opfylder betingelserne for CFC-beskatning. D oppebærer en renteindkomst på 100, der ikke undergives beskatning i den pågældende fremmede stat. Denne indkomst udloddes efterfølgende til H, der heller ikke beskattes af udbyttet. Renteindkomsten på 100, der optjenes af D, vil blive undergivet CFC-beskatning hos M. Samtidig hermed indgår det beløb på 100, der er blevet undergivet CFC-beskatning hos M, på M's fradragskonto for D. Når D herefter udlodder udbytte på 100 til H, vil M's beskatningskonto for D på 100 efter SEL § 32, stk. 14, blive overført til H, hvorfor udlodningen fra D til H ikke vil udløse CFC-beskatning hos M. Da M's beskatningskonto for H endvidere opgøres, inden M's beskatningskonto for D overføres til H, vil M også få en beskatningskonto for H svarende til det af H modtagne udbytte på 100 fra D. M kan derfor efter SEL § 32, stk. 13, skattefrit modtage et udbytte på 100 fra H.

3.6. Lempelse for udenlandsk skat

Hvis et udenlandsk CFC-selskab betaler udenlandsk skat, kan der lempes herfor efter creditprincippet i LL § 3335. Nedslaget for udenlandske skatter sker med den del af årets samlede udenlandske, der svarer til forholdet mellem den skattepligtige CFC-indkomst opgjort efter SEL § 32, stk. 7 og datterselskabets skattepligtige indkomst opgjort efter reglerne i SEL § 32, stk. 3 og 4.

Der tillades også lempelse, ved fiktiv afståelsesbeskatning efter SEL § 32, stk. 8. Der gives således i denne forbindelse nedslag for den udenlandske skat, som efter udenlandske regler kunne være pålignet en eventuel fortjeneste på aktivet eller passivet, såfremt det var afstået på samme tidspunkt. Nedslaget kan dog ikke overstige den danske skat på indkomsten efter SEL § 32, stk. 8.

I det omfang der hjemtages skattefrie udbytter og aktieavancer indtil beskatningskontoen er udlignet, vil der ikke ske nogen dansk beskatning. Idet udbyttet mv. er skattefrit, kan der ikke gives lempelse efter LL § 33 eller en indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst, idet det danske nedslag aldrig kan overstige den danske skat, som i disse tilfælde er nul.

Udbytter fra før det udenlandske selskab blev undergivet CFC-beskatning, samt overskydende udbytte i forhold til beskatningskontoen beskattes derimod efter de almindelige regler i SEL § 13, stk. 3 og SEL § 17, stk. 2, samt med mulighed for nedslag efter LL § 33 eller en indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

4. Samspil med international sambeskatning

Hvis betingelserne for international sambeskatning er opfyldt, jf. SEL § 31 A-C, kan moderselskabet vælge international sambeskatning og hermed globalpuljningprincippet. I sådanne tilfælde vil CFC-reglerne ikke finde anvendelse. Det må dog antages, at færre danske selskaber fremover vil tilvælge international sambeskatning efter den seneste udformning med lov nr. 426 af 6.6. 2005 (L 121).

³⁵⁾ Som udenlandske skatter anses også i denne henseende danske skatter som er pålignes datterselskabet som følge af begrænset skattepligt i medfør af SEL § 2. Omfattet er tillige CFC-indkomst fra tredjelande, som er blevet kildebeskattet i det pågældende land.

5. Undtagelse fra CFC-beskatning for visse finansielle virksomheder

I medfør af SEL § 32, stk. 2 kan det tillades, at datterselskaber, som er forsikringsselskaber eller banker, kan opnå en fritagelse fra CFC-reglerne, hvis datterselskabet opfylder de fastsatte betingelser. Datterselskabet skal ved ansøgningen dokumentere, at:

Det har koncession til at udøve forsikrings- eller bankvirksomhed.

Det er underlagt offentligt tilsyn i sit hjemland, som svarer til det danske Finanstilsyn.

Den væsentligste del af indkomsten kommer fra virksomhed med kunder i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende. Private kunder er hjemlandskunder, hvis den pågældende bor i landet, mens virksomheder anses for at være hjemlandskunder, hvis kundeforholdet vedrører virksomhed udført i det pågældende land. Kravet vil som hovedregel være opfyldt, hvis datterselskabets indtægter fra virksomhed på det hjemlige marked er mindst dobbelt så stort som virksomhed med udenlandske kunder, ligesom kravet som hovedregel vil være opfyldt, hvis alene op til 1/3 af indtægterne i datterselskabet stammer fra virksomhed med udenlandske kunder.

Den væsentligste del af indkomsten kommer fra virksomhed med kunder, som ikke er koncernforbundne med datterselskabet, jf. LL § 2, stk. 2. Kravet vil her som hovedregel være opfyldt, hvis datterselskabets indtægter fra virksomhed med uafhængige er mindst dobbelt så stort som virksomhed med koncernforbundne virksomheder.

Datterselskabets kapitalgrundlag ikke overstiger, hvad driften af forsikrings- eller bankvirksomheden tilsiger. Ved denne vurderingen kan bl.a. indgå: Den sædvanlige kapitalstyrke i branchen i det pågældende land, det offentlige tilsyns krav og anbefalinger i det pågældende land samt kapitalstyrken i andre selskaber (indenfor samme branche) i samme koncern.

Beskatningen af udbyttet fra datterselskabet til moderselskabet vil skulle frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF eller efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende. Denne betingelse svarer til betingelsen i SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., om udbytte til selskaber i ikke EU-lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Ved vurderingen af om datterselskabet opfylder betingelserne skal der ses på de reelle kundeforhold, f.eks. skal der ses i gennem back-to-back arrangementer i forbindelse med vurderingen af om samhandlen er med uafhængige parter. Et selskab, som opfylder betingelserne, må siges at drive almindelig for-

sikrings- eller bankvirksomhed uden væsentlig grænseoverskridende aktivitet, og er ikke placeret i det pågældende land med henblik på at opnå skattemæssige fordele i forhold til Danmark eller andre lande. Selskabet bør derfor ikke være omfattet af CFC-reglerne.

Tilladelsen gives af Ligningsrådet. Ligningsrådet fastsætter vilkår for tilladelsen, som maksimalt kan være 10 indkomstår pr. tilladelse. Tilladelsen gives under forudsætning af, at der ikke sker væsentlige ændringer i datterselskabet, som har betydning for tilladelsen. Ligningsrådet kan eksempelvis fastsætte vilkår om, at det danske moderselskab årligt skal indsende materiale, som viser status i datterselskabet vedrørende aktiviteter med ikke-hjemlige kunder og kapitalstyrke.

6. Fremtiden for CFC-beskatning?

Som også er tilfældet med de fleste øvrige værnsregler er der risiko for at disse regler er udformet på en sådan måde, at de udgør en restriktion eller diskrimination som er i strid mod EF-traktatens grundlæggende frihedsrettigheder eller de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Når der henses til formålet med CFC-reglerne, nemlig at forhindre mobil (finansiel) indkomst i at blive flyttet til lavere beskattede lande, synes oplagt at der findes en restriktion af de frie kapitalbevægelser og eventuelt tillige af etableringsfriheden³⁶. Det er tillige vanskeligt at se en saglig begrundelse herfor, herunder navnlig hvis der henses til EF-domstolens afgørelser i Sag C-315/02 Annelise Lenz og Sag C-319/02 Manninen. I begge sager underkendte domstolen argumentet om, at beskatningen i én medlemsstat kan afhænge af beskatningsniveauet i en anden medlemsstat. Spørgsmålet må forventes at blive endeligt afklaret i nærmeste fremtid, idet de engelske CFC-regler er indbragt for EF-domstolen i Sag C-196/04 Cadbury Schweppes³⁷. Landsskatteretten har indtil videre fundet, at de danske CFC-regler er i overensstemmelse med dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, jf. TfS 2004, 862 LSR.

³⁶⁾ Se for en tilsvarende konklusion Maarjaana Helminen i Intertax 2005, p. 117 ff, Michael Kirkegaard Nielsen m.fl. i SU 2003, 384 og Nikolaj Bjørnholm & Anders Rubinstein i Tax Notes International 2004, no. 25, p. 286 ff. Se tillige om spørgsmålet Michael Lang m.fl. (red.): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, Aage Michelsen i R&R 2005 SM 2 ff, Murray Clayson i Intertax 1998, p. 326 ff, Wolfgang Schön i British Tax Review 2001, p. 250 ff, Emilio Cencerrado i EC Tax Review 2004/3, p. 102 ff. Så vidt ses eneste sted der argumenteres for, at CFC-reglerne er i overensstemmelse med EF-Traktaten er hos Christen Amby i SU 2003, 220. Argumentationen forekommer dog ikke overbevisende.

³⁷⁾ Se hertil Jens Schönfeld i European Taxation, 2004, p. 441 ff.

MAD-RET - Synsvinkler på måltidets jura

Elisabeth Thuesen

1. Indledning

I ethvert samfund er måltidet et centralt element, som vedrører alle uanset deres samfundsmæssige placering. Et måltid med to eller flere deltagere indeholder to tilbud: Dels næring til at opretholde det fysiske liv, dels adgang til at få dækket et kulturelt behov ved samvær med andre. Inden for rammerne af fysisk restitution udfoldes der således kulturelle aktiviteter mellem deltagerne med måltidet som det fælles grundlag. Der undersøges i denne fremstilling, hvilken betydning retsreglerne har for måltidet, når både materielle og immaterielle aspekter skal tilgodeses.¹ Fremstillingen er ikke udtømmende. Der påpeges centrale områder, inden for hvilke udvalgte problemstillinger behandles.

1.1. Sproglig sammenhæng mellem måltid og jura

I de skandinaviske sprog og på tysk er der et sprogligt sammenfald mellem ordet RET forstået dels som en madret og dels som en retsorden eller en domstol: Dansk ret, Retten i Ribe. Det tilsvarende ord på svensk og norsk er "rätt" og "rett", på tysk henholdsvis "Recht" og "Gericht". Agronom og Ph.D. i filosofi Christian Coff har i sin bog "Smag for etik" påpeget dette forhold.² Han oplyser, at ordet stammer fra det fælles germanske ord RECHTIAN, som betyder at rette eller gøre lige. Det sproglige sammenfald synes ikke at bero på

¹⁾ Fremstillingen er udarbejdet på grundlag af et conferenceindlæg fremlagt på Den andra Nordiska Konferensen för Kulturpolitisk Forskning afholdt på Högskolan i Borås, Sverige, d. 25.-26.8.2005: "Måltidet som kulturelt fænomen set i juridisk belysning", se <http://www.hb.se/bhs/kpc/konferens/proceedings.pdf> s. 272-286.

²⁾ Coff s. 23.

en tilfældighed. Således henviser Coff³⁾ til grønlandsfareren Peter Freuchen, som i sin bog "Book of the Eskimo" har beskrevet, at der i det traditionelle grønlandske samfund var en lige ret til mad. Fangsten blev ligeligt fordelt mellem alle i samfundet. Det var uhøfligt at takke for maden, da man derved tog afstand fra at indgå som en solidarisk deltager i fællesskabet. Man satte sig uden for samfundet. Derimod kunne man lovprise fangerens dygtighed og snilde. Opfattelsen kan fortolkes således, at adgangen til mad og fordelingen af mad i et fællesskab er en grundlæggende nødvendighed for samfundets beståen under barske naturforhold, ellers går det til grunde.

Også i relation til deltagerne i måltidet er der en sammenhæng mellem mad og jura. Coff angiver, at de engelske ord COMPANION og COMPANY, på tysk "Kompanie", i de skandinaviske sprog "kompagni", det franske ord "copain", er dannet af de latinske ord COM (med) og PAN (brød), dvs. den, man deler brødet med. - Endelig anfører Coff,⁴⁾ at det engelske ord SITE, som også findes i ordet "situation", stammer fra navnet på en oldgræsk kornsort kaldet SITOS. Det vil sige, at man har hjemme eller befinder sig der, hvor brødkornet gror.

Det ser således ud til, at forestillingen om fundamentale elementer i samfundsstrukturen er knyttet til måltidet.

1.2. Fremstillingens formål

Fremstillingen tager udgangspunkt i, at måltidet i vore dage kan sammensættes af ingredienser alle vegne fra. Inden for EU er det indre marked for fødevarer gennemført, jfr. TEF art. 14 om etablering af det indre marked. En grænseoverskridende vareudveksling forøger behovet for regulering af fødevarernes fysiske sikkerhed. Men det åbner også mulighed for på basis af traditionelle fødevarer og madretter at udvikle og forny måltidet ved hjælp af impulser udefra.

Den fri bevægelighed for personer i EU og globaliseringen i verden fremmer bevægeligheden mellem forskellige folkeslag, som medbringer deres egne kulturelle traditioner. Det retter opmærksomheden mod, at fællesskabet om et måltid skal kunne foregå i fred mellem forskellige deltagere og uden uberettiget indblanding udefra, således at der er basis for at udveksle kultur og at fjerne grobunden for kulturelle konflikter.

³⁾ Coff s. 22: Peter Freuchen: Book of the Eskimo (Cleveland, Ohio 1961) p. 154.

⁴⁾ s. 53.

Hertil kommer, at måltidet tilfører deltagerne oplevelser, der er relateret til sanserne og opleves umiddelbart via kroppen uanset forskelle i deltagernes baggrund. Ved at være sammen om måltider kan deltagerne få fælles oplevelser, der knytter dem sammen og skaber identitet på grundlag af tilvænning og erfaringer relateret både til smag og duft og til den visuelle præsentation af maden, lyden af f. eks. sprøde, knasende fødevarer og berøringssensitiv kontakt med madvarer. Disse immaterielle kvaliteter ved madretterne skabes blandt andet gennem den kreativitet, som udfoldes ved tilberedning og servering af et måltid. Herved viser der sig et behov for beskyttelse af måltidets immaterielle kvaliteter.

Det er hensigten med fremstillingen at undersøge, i hvilket omfang retsreglerne kan tilgodese måltidets fysiske sikkerhed og værne om måltidets immaterielle egenskaber som grundlag for fællesskab, og om den retlige ramme kan have betydning for udvikling og fornyelse af måltidet. På dette grundlag søges det fastlagt, hvorvidt retsreglerne er egnede og hensigtsmæssige til at opfylde disse formål.

2. Oversigt over retsgrundlaget

Deltagerne i et måltid skal trygt kunne indtage maden. Tilliden til, at fødevarerne er ufarlige, er afgørende for måltidets afvikling. En omfattende og detaljeret lovgivning blev tidligere fastlagt på nationalt plan, men er inden for EU overvejende overgået til Det Europæiske Fællesskabs kompetence. Her fastsættes de tekniske og fysiske krav til de fødevarer og måltider, som tilbydes borgerne. Reglerne retter sig mod produktsikkerhed og sikring af den offentlige sundhed. En høj sikkerhed indebærer, at også visse kvalitetskrav skal være opfyldt. Men herudover reguleres varekvaliteten gennem aftaler og kutyper inden for de enkelte brancher og udvikles gennem konkurrencen på markedet. Inden for visse områder tillades afvigelse fra produktkravene under hensyn til, at visse produkter har et særpræg, der har sammenhæng med den kultur, inden for hvilken de er fremstillet. Også andre kulturelle faktorer har fået indflydelse på nogle områder inden for lovgivningen om fødevarer.

EU's regulering af kultur har betydning for måltidet, da reglerne værner om den kulturelle variation i modsætning til de tekniske regler, som fastlægger ensartede krav. Den generelle regulering af kultur i TEF art. 151 og subsidiaritetsprincippet i TEF art. 5, stk 2, vil blive omtalt

Deltagernes tryghed i forbindelse med måltidet vedrører også friheden til samles og udvikle et fællesskab uden uvedkommende indblanding. Menneskerettighederne har således betydning for måltidet og vil kortfattet blive omtalt.

Måltidet tilbyder oplevelser, der opfattes med sanserne. Ved tilberedningen anvendes kreativitet, hvorved der kan skabes originale, immaterielle elementer, som tilfører måltidet fornyelse og udvikling. Det vil blive undersøgt, i hvilket omfang der er mulighed for at beskytte disse elementer ved hjælp af immaterialretten.

De retsregler, som fastlægger den tekniske regulering af fødevarer, er normalt retligt bindende. Det samme gælder de regler, som beskytter de personlige rettigheder for måltidets deltagere, og regler, som beskytter måltidets kreative elementer.

Derimod er der ikke i de vestlige samfund knyttet retlige sanktioner til en stor del af de traditioner og normer, som vedrører måltidets kulturelle særpræg. De er baseret på etiske regler, der – selv om de ikke er juridisk bindende – kan forventes overholdt. Tilberedning og afvikling af måltidet følger bestemte adfærdsmønstre inden for de lokale kulturelle områder, og inden for religiøse samfund og etiske forsamlinger findes der regulering af rituelle måltider. Hertil kommer regler, der har deres udspring i religiøse forhold, såsom fasteperioder, forbud mod at spise bestemte fødevarer, f. eks. svinekød, og behandling af fødevarer, f. eks. jødisk slagtemåde og adskillelse af kød og mælk ved tilberedning af kød.

I denne fremstilling er vægten lagt på de retligt bindende regler. Etiske regler berøres, hvor det er hensigtsmæssigt.

Fremstillingen er geografisk koncentreret om EU med udgangspunkt i Danmark. Den er baseret på dansk ret og EU reguleringen inden for området.

3. Retlig regulering af fødevarernes fysiske egenskaber

De tekniske regler vedrører fødevarernes fysiske egenskaber, indhold af kemikalier, sammensætning mv. Der tilstræbes et fælles niveau for fødevarernes sikkerhed og kvalitet inden for EU. Samtidig har EU lovgivningen taget hensyn til, at visse lokale produkter skal kunne fremstilles efter traditionelle fremgangsmåder, og at kulturelle forhold kan være af betydning for fremstillingen af fødevarer.

3.1. Tekniske regler om fødevarer

Der findes en detaljeret EU regulering af fødevarerelovgivning, som sikrer, at varerne kan bevæge sig frit på det indre marked. Til lettelse af bevægeligheden er der indført standardisering, således at forbrugerne er sikret en ensartet

varekvalitet overalt i EU. Enkelte produkter opfattes inden for de enkelte medlemsstater for så farlige, at de må undergives særlig kontrol.

3.1.1. Regler om produktsikkerhed og kvalitet

Inden for EU lægges vægten på, at borgerne er beskyttet af de højeste normer for fødevarer sikkerhed. Med henblik herpå er EU-Fødevarerforordningen⁵ vedtaget. Den dækker alle stadier i fødevarekæden fra jord til bord, dvs. fra fremstillingen af produkterne til slutforbrugerne. Hensigten er, at fødevarelovgivningen skal udgøre en sammenhængende helhed i EU med et højt niveau for beskyttelse. EU lovgivningen er suppleret med en kontrolforordning vedrørende foderstof- og fødevarelovgivning, dyresundhed og dyrevelfærd, samt en "hygiejnepakke", der omfatter forordninger og direktiver rettet mod alle virksomhedsledere og indeholder bestemmelser om hygiejne med animalske fødevarer.⁶ Administrationen af området for fødevarer er i vidt omfang overladt til de nationale myndigheder.

I Danmark gennemføres fødevarekontrollen på basis af loven om fødevarer⁷, som også indeholder regler om varestandarder og mærkning.

Særlige grupper af fødevarer er ligeledes reguleret af EU og administreret på nationalt plan, herunder økologiske produkter⁸ og genmodificerede produkter.⁹ Funktionelle fødevarer er omfattet af fødevareloven § 12 nr 2, som er baseret på EU's Novel Foods forordning (258/97).¹⁰

⁵) Europa-Parlamentets og Rådets forordning 178/2002. Forordningen fastlægger de generelle principper og angiver, at reguleringen af fødevarer skal baseres på videnskabelige risikoanalyser ud fra forsigtighedsprincippet. Virksomhederne skal altid kunne gøre rede for, hvorfra de har leverancerne, og hvortil de har leveret varepartier, som kan identificeres.

⁶) Der er oprettet en uafhængig myndighed, Den Europæiske Fødevarer sikkerhedsautoritet (EFSA), som yder rådgivning og gennemfører risikovurderinger.

⁷) Lov nr. 471 af 1.7.1998, senest ændret v. lov nr. 279 af 25.4.2001.

⁸) EU Rådsforordning 2092/91 om økologisk produktionsmetode for landbrugsprodukter og om angivelse heraf på landbrugsprodukter og levnedsmidler af 24.6.1991, som ændret v. Kommissionsforordning 1481/04, og den danske økologilov nr. 118 af 3.3.1999, som ændret v. lov nr. 279 af 25.4.2001.

⁹) Reguleret af den danske lov om dyrkning af genetisk modificerede afgrøder nr. 436 af 9.6.2004 på basis af EU Rådsforordning 2092/91 og lov nr. 384 af 2002 om ændring af lov om miljø og genteknologi, der er en gennemførelse af flere EU direktiver om genteknologi.

¹⁰) EP/Rfo af 27.1.1997 om nye levnedsmidler og nye levnedsmiddelingredienser (258/97), som ændret V. EP/Rfo 1829/2003 og 1882/2003.

Anvendelse af kemiske stoffer er reguleret ved lov.¹¹ Tilsætningsstoffer er reguleret af fødevarerloven.

Fødevarernes sikkerhed er desuden varetaget ved miljøbeskyttelsesloven.¹² Ifølge §§ 1-2 indeholder loven blandt andet hygiejniske regler af betydning for miljøet, ligesom der er fastlagt regler om fremstilling, transport, opbevaring og bortskaffelse af produkter, der kan forurene miljøet.

3.1.2. Harmonisering, standardisering og mærkning

Inden for fødevarerlovgivningen spiller lovharmonisering en betydelig rolle.¹³ Ved totalharmonisering søges det sikret, at kun produkter, der opfylder bestemte krav, kan bringes på markedet i EU (markedsføringsklausul). En medlemsstat kan ikke opstille nationale krav og derved hindre, at et produkt kan komme på markedet (frihandelsklausul). Det indebærer, at produktet skal opfylde både minimums- og maksimumskrav ved sin markedsføring i EU. En sådan totalharmonisering er for eksempel foretaget for genmodificerede produkter.¹⁴ Her skal der følges én fælles godkendelsesprocedure, hvorefter produktet frit kan cirkulere i hele EU, og der må ikke fastsættes afvigende nationale regler.

Den optionelle harmonisering indeholder alene maksimumskrav til, hvilke forskrifter der kan fastlægges for produktet (frihandelsklausul). Medlemsstaterne kan ikke hindre indførsel af produkter, der opfylder EU's betingelser.

Ved minimumsharmonisering skal medlemslandene forbyde produkter, der ikke opfylder bestemte minimumskrav. Dette gælder for eksempel forbud mod markedsføring af bestemte farlige stoffer eller markedsføring af forvekslelige produkter.¹⁵

EU har indført standarder, der vedrører varernes udseende, størrelse, egenskaber og deres emballering og information om indholdet. Hertil kommer regler om mærkning. Reglerne tager sigte på at lette den fri cirkulation af varer i det

¹¹⁾ Lov om kemiske stoffer og produkter nr. 21 af 16.1.1996, der ligeledes bygger på EU lovgivning.

¹²⁾ Lovbekendtgørelse om miljøbeskyttelse nr. 753 af 25.8.2001.

¹³⁾ Smh. TEF art. 37 om oprettelse af fælles landsbrugsordninger og art. 94 – 95 om harmonisering af nationale regler.

¹⁴⁾ Europa-Parlamentets og Rådets forordning 258/97 (ændret v. EP/Rfo 1829/2003 og EP/Rfo 1882/2003) for nye levnedsmidler, dvs. visse levnedsmidler, der indeholder eller er frembragt ved hjælp af genetisk modificerede organismer.

¹⁵⁾ se Rådskonklusionen 87/357 om produkter, der på grund af deres ydre fremtræden kan forveksles med andre produkter og herigennem være til fare for forbrugernes sundhed og sikkerhed.

indre marked og fremme forbrugernes frie valg af produkter. Dog har man forladt princippet om at standardisere varer i almindelighed bortset fra nogle få, centrale fødevarer.¹⁶ Derimod er der foretaget en minimumsharmonisering, hvilket indebærer, at de enkelte lande kan fastsætte højere kvalitetskrav til deres indenlandske produkter. Men det kan ikke forhindres, at udenlandske varer med lavere kvalitet kan trænge ind på det nationale marked, når blot de mindst opfylder EU's krav.¹⁷ Forbrugerne kan derved træffe et valg mellem varer af forskellig kvalitet. Samtidig kan nationale varer med specielle egenskaber opretholdes på nationalt plan, medmindre de bliver fortrængt af konkurrerende produkter. Der er i fødevarereloven § 31 hjemmel til frivilligt at mærke fødevarer, som har en særlig høj kvalitet eller har specielle karakteristika vedrørende sammensætning af ingredienser og beskaffenhed.

3.1.3. Farlige produkter

I dansk ret er der forbud mod uden tilladelse at besidde, fremstille eller arbejde stoffer, som frembyder en ganske særlig fare på grund af deres euforiserende egenskaber.¹⁸ Forbudet er indført af hensyn til den offentlige sikkerhed og sundhed. Endvidere er det forbudt at servere alkohol i restauranter og andre serveringssteder for personer under 18 år.¹⁹

Produktsikkerhedsloven²⁰ omfatter ethvert produkt, som bringes i omsætning, jfr. § 1, stk. 1, og har til hensigt at sikre, at produkterne ikke indebærer sundheds- eller sikkerhedsfare, jfr. § 6. Loven har dog ikke nogen større betydning for fødevarer, da den, jfr. § 1, stk. 6, "ikke finder anvendelse, i det omfang der ved eller i henhold til anden lov er fastsat bestemmelser til gennemførelse af specifikke unionsforskrifter om disse aspekter". Det gælder i vidt omfang for fødevarer.

3.2. Fødevareregler relateret til kulturelle forhold

Nogle fødevarerprodukter besidder egenskaber, som i et geografisk område ønskes bevaret på grund af de lokale traditioner. Også forhold vedrørende f. eks. fremstilling eller emballering kan ligge til grund for nationale ønsker om speciel beskyttelse af et lokalt fødevarerprodukt. Herudover bevirker etiske hold-

¹⁶⁾ For eksempel mælkeprodukter og produkter til særlig ernæring.

¹⁷⁾ Se Karnovs elektroniske lovsamling, fødevarereloven nr. 471 af 1.7.1991 § 13, stk. 1, note 30.

¹⁸⁾ Lovbekendtgørelse nr. 391 af 21.7.1969, senest ændret v. lov nr. 445 af 9.6.2004. om euforiserende stoffer §§ 1 og 2.

¹⁹⁾ Lovbekendtgørelse om restaurations- og hotelvirksomhed nr. 366 af 19.5.2004, ændret v. lov nr. 487 af 9.6.2004, § 29.

²⁰⁾ Lov om produktsikkerhed nr. 364 af 18.5.1994, senest ændr. v. lov nr. 442 af 9.6.2004.

ninger til dyr og planter, der er egnede til anvendelse som fødevarer, at der tages særlige hensyn til brug og behandling af dem. Endelig er det menneskelige legeme undergivet beskyttelse mod krænkelse.

3.2.1. Geografiske betegnelser i EU

Det er i EU erkendt, at der inden for afgrænsede områder er udviklet kvalitetsprodukter, som er baseret på det lokale klima og jordbundsforhold mv., eller produkter, som tilvirkes efter bestemte lokale fremgangsmåder og traditioner. Sådanne regionale fødevarer er hidtil i nogen grad blevet beskyttet af nationalt kontrollerede oprindelsesbetegnelser. For at sikre en ensartet praksis er der fastlagt en fælles ordning,²¹ hvorefter fødevarer af denne art kan blive registreret enten med en beskyttet oprindelsesbetegnelse (BOB) eller med en beskyttet geografisk betegnelse (BGB), når de opfylder en række betingelser opregnet i en varespecifikation.²²

Ordningen opfylder ikke blot et behov for hjælp til afsides, ugunstigt stillede landområder. Det er tillige sikret, at forbrugerne tilbydes specifikke produkter der hidrører fra bestemte steder og er tilvirket efter fremgangsmåder, som har rod i den lokale tradition. Beskyttelsen vedrører ikke selve produktets tekniske egenskaber, men er især rettet mod den immaterielle og kulturelle kvalitet, der ligger i tilknytningen til en bestemt egn og den lokale, ofte traditionelle, fremstillingsmåde. Der er mulighed for at fravige visse produktkrav og krav om standardisering for at fastholde produktets lokale særpræg. Produkter, der kan tilgodeses under denne ordning, er for eksempel Danablue-ost, italiensk parmaskinke og italiensk Gorgonzola ost.

Inden for EU retspraksis er betegnelsen "Cambozola" er af EF-Domstolen blevet tilsidesat som krænkende for den beskyttede betegnelse "Gorgonzola".²³ Der har desuden været ført en række sager om, hvorvidt betegnelsen af en ost

²¹⁾ Rådsforordning af 14.6.1992 om beskyttelse af geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser for landbrugsprodukter og levnedsmidler, som senest ændret ved RfO 806/2003. Se betegnelser art. 2. Registreringen yder beskyttelse mod uretmæssig brug af betegnelser, efterligning, falsk, vildledende angivelse og anden vildledende praksis, se art. 13.

²²⁾ I en oprindelsesbetegnelse angives navnet på det område, der betegner levnedsmidlet, som har oprindelse på dette sted, og hvis egenskaber eller andre kendetegn kan tilskrives det geografiske miljø med dets naturbetingede og menneskelige faktorer, og hvor fremstillingen sker i det afgrænsede geografiske område. - Den geografiske betegnelse angiver navnet på området, der kendetegner et produkt, som hidrører fra området. Endvidere skal produktets bestemte egenskaber, omdømme eller andre kendetegn kunne tilskrives den geografiske oprindelse, og produktet skal være fremstillet eller forarbejdet i det afgrænsede geografiske område.

²³⁾ Sag C-87/97, Cambozola, Samling 1999 I-1301.

som "Feta"-ost er en artsbetegnelse eller en beskyttet oprindelsesbetegnelse.²⁴ Nu har EF-Domstolen d. 25. oktober 2005 afsagt dom i en sag²⁵, rejst af Danmark og Tyskland, hvorefter det fastslås, at "Feta" ikke er en typebetegnelse, men kan opretholdes som en beskyttet oprindelsesbetegnelse (BOB), der er lovligt registreret. Domstolen begrundet sin afgørelse med, at de fåre- og gederacer, der leverer mælken, er opdrættet i bestemte græske egne med særlige klimatiske karakteristika, og at feta's egenskaber hovedsageligt kan tilskrives de naturbetingede og menneskelige faktorer, der giver feta dens specifikke egenskaber, herunder antallet af solskinstimer, temperaturforskelle, ekstensiv græsning og flora i disse egne. Danmark har hidtil opfattet "feta" som en typebetegnelse. Herom udtaler Domstolen, at Danmark anvender betegnelsen "dansk feta", hvorved det antydes, at feta uden adjektivet "dansk" har bevaret sin græske tilknytning.

3.2.2. Anden beskyttelse af traditionelle produkter i EU

Udover beskyttelse efter de særlige regler om geografisk relaterede produkter kan det være legitimt, at en stat beskytter et produkt, som er produceret på en særlig måde. Men beskyttelsen må ikke gå videre end nødvendigt. En sag mod Tyskland²⁶ drejede sig om, at Tyskland ville forbeholde betegnelsen øl ("Bier") for produkter, der var fremstillet af bestemte ingredienser (bygmal, humle, gær og vand) efter traditionel fremstillingsmetode. Tilsætningsstoffer måtte ikke anvendes, da øl skulle være "rent" (Reinheitsgebot). Øl, der kun indeholdt disse substanser, kunne frit markedsføres på det tyske marked. Domstolen tilsidesatte den tyske ordning under henvisning til, at den var for vidtgående. Under hensyn til proportionaliteten fandt Domstolen, at det var tilstrækkeligt at kræve en mærkning på produkterne, hvor de anvendte ingredienser var angivet. Dette ville ikke være vildledende for forbrugerne.

I en sag om emballage var en særlig dråbeformet flaske (Bocksbeutel) blevet forbeholdt vin produceret i bestemte regioner i Tyskland, som ønskede at opretholde denne ordning under henvisning til traditionen for salg af den lokale vin i denne flasketype. Domstolen tillod ikke Tyskland at opretholde denne

²⁴⁾ Betegnelsen "Feta" blev registreret af Kommissionen i 1996 som BOB, men flere EU-medlemslande rejste indsigelse mod registreringen ved de Forenede sager C-289/96, C-293/96 og C-299/96 Danmark, Tyskland og Frankrig mod Kommissionen, Samling 1999 I-1541. Domstolen afgjorde i 1999, at betegnelsen "Feta" ikke kunne anses for en beskyttet græsk betegnelse, da den længe havde været anvendt i andre lande end Grækenland. Men ved kommissionsforordning nr. 1829/2002. blev "Feta" igen registreret som beskyttet betegnelse. "Feta" stammer fra det italienske ord "fetta", der betyder "skive". Ordet blev optaget i græsk i det 17. århundrede.

²⁵⁾ De forenede sager C-465/02 og C-466/02, Tyskland og Danmark v. EF Kommissionen.

²⁶⁾ Sag 178/84, samling 1988 I-1227, Kommissionen mod Tyskland.

praksis under henvisning til, at visse italienske regioner også traditionelt anvendte denne flasketype.²⁷

De produkter, der indgår i et måltid, kan således udskille sig kulturelt ved at være fremstillet på en særlig måde eller ved deres fremtræden markere, at de hidrører fra områder med bestemte traditioner. EU forhindrer ikke, at måltid får et særpræg ved, at sådanne levnedsmidler serveres. Men udskillelsen af produktet skal være proportionalt. Hvis forbrugerne kan få tilstrækkelig information om produktet ved mærkning og oplysning, kan det ikke forhindres, at lignende produkter emballeres og markedsføres på samme måde som de traditionelle produkter. Der kan ej heller forbeholdes en produktbetegnelse ved produkter af en bestemt art.

3.2.3. Beskyttelse af dyr, planter og det menneskelige legeme

Forbud mod anvendelse af beskyttede, bevaringsværdige dyr og planter ved fremstilling af fødevarer beror ikke på råvarernes fysiske egenskaber, men på deres kulturelle værdi som en bestanddel af et naturmiljø eller tilknytning til bestemte områder. I den danske lov om naturbeskyttelse²⁸ findes regler om beskyttelse og fredning af dyr og planter.

Dyreværnsloven²⁹ indeholder et forbud mod, at dyr udsættes for unødigt smerte og angst, og der er bestemmelser om vilkår for dyrehold og behandling af dyr. Disse regler om dyrevelfærd har betydning ved anvendelse af råvarer til et måltid, for eksempel ved slagtning af dyr. Det er dog ikke anvendelsen som levnedsmiddel, der er reguleret, men de etiske holdninger til levende væsener.

Straffeloven kapitel 25 fastlægger regler, som forbyder krænkelse af det menneskelige legeme og derved udelukker anvendelse af det menneskelige legeme i forbindelse med et måltid, herunder straffeloven § 244.

4. Generelle regler om kultur i EU

a. Art. 151 om kultur

Inden for det kulturelle område har EU fastlagt den grundlæggende målsætning i Traktaten om det Europæiske Fællesskab (TEF) art. 151 (1) om, at "Fællesskabet skal bidrage til, at medlemsstaternes kulturer kan udfolde sig, idet det respekterer den nationale og regionale mangfoldighed og samtidig

²⁷⁾ Sag 16/83, Karl Prantl, Samling 1984, 1299.

²⁸⁾ Lov nr. 884 af 28.7.2004.

²⁹⁾ Lov nr. 386 af 6.6.1991, senest ændret v. lov af 28.5.2003.

fremhæver den fælles kulturarv". Art. 151 (2) bestemmer, at Fællesskabet skal fremme samarbejdet mellem medlemsstaterne og støtte og udbygge medlemsstaternes indsats blandt andet ved "forbedring af kendskabet til og formidlingen af de europæiske folkeslags kultur og historie" og ved "bevarelse og beskyttelse af den europæiske kulturarv". Der skal være mulighed for "ikke-kommercielle udvekslinger". Også samarbejdet med tredjelande og internationale organisationer inden for kulturområdet skal fremmes, jfr. art. 151 (3). Disse regler kan bidrage til at fremme kendskabet til fødevarer, der er karakteristiske for forskellige medlemslande, og til at styrke interessen for, hvordan man i andre medlemslande behandler fødevarer og tilbereder og indtager et måltid. Derved fremmes incitamentet til at udvide samkvemmet med borgere fra andre medlemslande og forøge integrationen.

For at støtte og fremme den kulturelle mangfoldighed fastlægger art. 151 (5) udtrykkeligt et forbud mod harmonisering inden for de berørte kulturelle områder. Harmonisering ville medføre en ensartet tilstand, som kunne modvirke den kulturelle udvikling på lokalt plan. Art. 151 (5) bestemmer endvidere, at afgørelser inden for kulturområdet kun kan træffes med enstemmighed. Hver medlemsstat bevarer det fulde herredømme over dens egne kulturelle aktiviteter.

Den europæiske kulturpolitik er således subsidiær i forhold til medlemsstaternes egen kulturpolitik, hvilket er i god overensstemmelse med den opfattelse, der ligger til grund for subsidiaritetsprincippet, se herom nedenfor under b.

b. Subsidiaritetsprincippet i EU

TEF art. 5 (2) bestemmer, at "på de områder, som ikke hører ind under EU's enekompetence, handler Fællesskabet kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og derfor bedre kan opfyldes på fællesskabsplan". Kompetencen til at træffe beslutninger på det kulturelle område er delt mellem medlemsstaterne og EU. Beslutningerne skal derfor træffes så tæt på borgerne som muligt, og EU kan kun handle, hvis de tilstræbte mål ikke kan opnås på anden måde. Heri ligger et proportionalitetsprincip, som også fremgår af art. 5 (3): Fællesskabet kan kun handle "i det omfang, det er nødvendigt for at nå denne Traktats mål". Der må ikke træffes foranstaltninger, som går ud over, hvad der kræves for at gennemføre Traktatens målsætninger, og der skal være balance mellem mål og middel. Det er nødvendigt, men ikke tilstrækkeligt at undersøge, om et tiltag bedre kan gennemføres på fællesskabsplan.³⁰

³⁰⁾ Protokol nr. 30 til TEF om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet, der blev indført ved Amsterdam-traktaten 1997, har fastlagt nogle kriterier, hvor vægten er lagt på, at EU's forslag skal være velbegrundede og enkelt udformede, og at medlemsstaternes ordninger skal respekteres, så længe de disse ordninger er tilfreds-

De kulturelle regler har betydning for fødevarerområdet, da medlemsstaterne selv bestemmer, hvorvidt de vil bevare og udvikle deres egen madkultur. Men i det omfang, fødevarerne er omfattet af EU's fødevareregulering, skal EU's bestemmelser overholdes. Derimod kan medlemsstaterne søge støtte i art. 151, hvorefter EU skal beskytte kulturarven og formidle kulturel kontakt mellem medlemslandene. Her kunne EU støtte udvekslingen af lokale ideer og produkter inden for det gastronomiske område og bidrage til udvikling af måltidet som grænseoverskridende kulturfaktor.

5. Menneskerettigheder

De kulturelle værdier knyttet til etiske regler værnes af bestemmelser om menneskerettigheder. Traktat om den Europæiske Union (TEU) art. 6 (2) udtaler, at Unionen respekterer som generelle principper for fællesskabsretten "de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved Den Europæiske Konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder af 4. november 1950, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner". Det indebærer, at EU både skal handle i overensstemmelse med menneskerettighederne og følge de nationale regler, praksis og sædvaner, som er gældende inden for området i de enkelte medlemslande. Disse principper er blevet styrket ved vedtagelsen i Nice 2000 af EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder, der er knyttet til Unionstraktaten.

1 Danmark er Den Europæiske Menneskerettighedskonvention gældende ved lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998. Både Konventionen (EMRK) og den danske grundlov (grl) indeholder bestemmelser om frihedsrettigheder, herunder om religionsfrihed (EMRK art. 9, grl. § 67 - § 70), personlig frihed (EMRK Art. 5 og art. 8 om privatliv, grl. § 71), ytringsfrihed (EMRK Art. 10, grl. § 77) foreningsfrihed (EMRK Art. 11, grl. § 78) og forsamlingsfrihed (EMRK Art. 11, grl. § 79).

Disse rettigheder sikrer borgerne adgang til fri udøvelse af religiøs tro og praksis i forbindelse med et måltid, eller til forenings- og forsamlingsfrihed for at kunne deltage i måltider, eller ret til at følge bestemte skikke. Reglerne danner grundlag for, at etiske normer og sædvaner knyttet til måltidet kan blive respekteret og værnet af de offentlige myndigheder, og at et måltid kan gennemføres i fred og uden uberettiget indblanding. Støtte hertil findes også i den

stillende. Medlemsstaterne skal på deres side sørge for at træffe foranstaltninger, der er egnede til at sikre opfyldelsen af deres forpligtelser over for EU.

danske straffelov § 264 om straf for indtrængen i et fremmed hus eller på et ikke frit tilgængeligt sted, eller § 266 om straf for trusler eller nedværdigelse af en person på grund af race, etnisk oprindelse eller tro.

6. Immaterialretlige regler

Jo længere tilberedningen af et måltid skrider frem, jo stærkere kan kulturelle elementer træde frem i det færdige måltid og formidle indtryk og oplevelser til deltagerne rettet mod sanserne. Det skal i det følgende undersøges, hvorvidt måltidets kreative elementer kan beskyttes af immaterialretlige regler inden for ophavsret, patentret, varemærkeret eller markedsføringsret.

6.1. Ophavsretlig beskyttelse af måltidets ingredienser og tilberedning

Fremstillingen af en madret hviler ofte på en opskrift, som kan være nedskrevet eller være overleveret på anden måde. Betegnelsen madret forstås her i vid betydning som en frokost- eller middagsret, en salat, en kage eller lignende.

Det er en almindelig regel, at ophavsretten beskytter litterære og kunstneriske værker, når de har "værkshøjde".³¹ Herved forstås, at de skal indeholde en vis originalitet som følge af ophavsmandens personlige, selvstændigt skabende indsats. Også et faglitterært, beskrivende værk er beskyttet. Ifølge § 71 beskyttes kataloger og lignende, hvori et større antal oplysninger er sammenstillet, eller som er resultat af en væsentlig investering. Ved beskrivende værker stilles der dog kun små krav til originalitet, mod at beskyttelsen indskrænkes til at værne mod nærgående krænkelser. Det element, som er beskyttet i en opskrift, er beskrivelsen af en fremgangsmåde og dens fremtræden i den skriftlige form, ikke opskriftens tekniske indhold, fremgangsmåden i sig selv.³² Beskyttelsen indebærer, at ophavsmanden får eneret til at fremstille eksemplarer af værket og gøre det tilgængeligt for offentligheden. Ophavsmandens værk må ikke ændres eller forvanskes.

Fra dansk retspraksis kan anføres sagen UfR 1941.454Ø, hvor Østre Landsret afgjorde, at en strikkeopskrift i den konkrete sag var beskyttet som et skrift i henhold til den daværende lov om forfatterret og kunstnerret, den nuværende ophavsretslov.³³ I dansk ret, som følger opfattelsen på det europæiske Kontinent, knytter beskyttelsen sig til selve objektet for beskyttelse, medens man i

³¹⁾ I bekendtgørelse af lov om ophavsret nr. 710 af 30.6.2004 findes reglerne i § 1, stk. 1 og 2.

³²⁾ Koktvedgaard s. 65 – 66.

³³⁾ Ifølge en svensk dom, NJA 1946.371, fik en madopskrift ikke ophavsretlig beskyttelse.

engelsk ret lægger vægt på, at der ved skabelsen af værket er udført et arbejde, som skal honoreres. Det er vanskeligt at få ophavsretlig beskyttelse af den indsats, der ligger i at udtænke og fremstille en ny madret og nedskrive opskriften på den, da der hovedsageligt er tale om en håndværksmæssig, fagligt teknisk frembringelse. Det må afgøres konkret, om en enkelt madopskrift fremtræder som et værk, der er beskyttet. En kokebog vil normalt være ophavsretligt beskyttet, da den vil fremtræde som faglitteratur og indeholder en selvstændig struktur med fortegnelser og registre. Kokebogens forfatter kan medtage andres opskrifter, hvis beskrivelserne ikke udgør litterære eller kunstneriske værker. Enhver kan frit fremstille madretter efter opskrifterne i en kokebog, der er bragt til offentlighedens kundskab med forfatterens samtykke.³⁴ Der er også fri adgang til at skabe en ændret eller ny madret med inspiration i de foreliggende opskrifter.

En duft eller smag som sådan synes ikke at kunne beskyttes ophavsretligt i dansk ret, da det originale element, idéen, ikke fremstår tilstrækkeligt tydeligt som et frembragt værk. Det indebærer, at en ny madret med en særlig duft eller smag som det karakteristiske element ikke kan beskyttes ophavsretligt, smh. varemærkeretlig beskyttelse ndfr. pkt. 6.2.

Det er principielt ikke udelukket at beskytte en mundtligt overleveret opskrift, men det kan blive meget vanskeligt at bevise, at der foreligger et manifesteret litterært eller kunstnerisk værk og ikke blot en håndværksmæssig præstation. Hvis en opskrift for eksempel formidles i en TV-udsendelse, hvor en kok fortæller om fremgangsmåden, medens hun fremstiller en madret, vil selve udsendelsen være undergivet samme beskyttelse som andre TV-udsendelser. Efter omstændighederne kan kokken opfattes som udøvende kunstner, der fremfører et litterært eller kunstnerisk værk. Selve fremførelsen er beskyttet mod optagelse på bånd eller film, men er ikke beskyttet mod imitation, når først udsendelsen er fremvist offentligt, jfr. ophavsretsloven § 65. Det kan således ikke forbydes at fremstille en madret efter den viste fremgangsmåde.

Anretning af maden, f. eks. udformning af en bryllupskage eller udarbejdelse af skulpturer i chokolade eller is, kan være beskyttet som brugskunst ud fra en vurdering af kunstværkets originale elementer, uanset om det anvendte materiale er forgængeligt.³⁵ Derimod er opstillinger af madretter til brug for fotografering til en kokebog ikke blevet anset for værker, der er ophavsretligt beskyttet.³⁶

³⁴⁾ Kockvedgaard s. 158.

³⁵⁾ Rosenmeier s 106.

³⁶⁾ Se om retspraksis UfR 1983.515Ø.

6.2. Patentret og varemærkeret

Det kan overvejes, om en opskrift kan være patentretligt beskyttet. Hertil kræves, at fremgangsmåden udgør en opfindelse, som kan udnyttes industrielt, og som indeholder en nyhed.³⁷ Dette er normalt ikke tilfældet ved fremstilling af madretter som led i et måltid, da måltidet ikke serveres som en industriel frembringelse, og hvor det ofte er den håndværksmæssige teknik og erfaring, der er afgørende. Antageligt kan ej heller funktionelle fødevarer, der er beriget med vitaminer og mineraler, anses for en opfindelse.

En opfindelse kan snarere forekomme ved skabelse af nye produkter inden for fødevarerindustrien. En forædlet hvedesort som for eksempel "hvid hvede", der indeholder mange fibre, kan eventuelt beskyttes som plantenyhed.³⁸

Der kan opnås beskyttelse af præsentationen af en madvare ved hjælp af et varemærke, hvor mærket i sig selv skal have et særpræg og ikke må kunne forveksles med andre mærker.³⁹ Men beskyttelsen vedrører ikke selve varen.

Det er et spørgsmål, om en duft eller smag kan beskyttes. Der synes ikke at være nogen domspraksis for, at en parfumeduft eller en smagssammensætning har kunnet betragtes som et ophavsretligt beskyttet værk. Derimod har EF-Domstolen afgjort, at en duft kan udgøre et varemærke, selv om tegnet ikke i sig selv kan opfattes visuelt, men hvor gengivelsen er klar og præcis, kan stå alene og er let forforståelig. Ansøgningen om varemærke var blevet indleveret med en duftprøve, stoffets strukturformel var angivet, og der var givet en beskrivelse af duften som "balsamiskfruktig med et let anstrøg af kanel".⁴⁰ I teorien afvises det, at en smag kan registreres som varemærke, da det ikke er muligt at foretage en grafisk gengivelse. En verbal beskrivelse af smagen anses ikke for at være tilstrækkeligt. På dette grundlag må det antages, at en madret, som er karakteristisk ved sin særlige duft og/eller smag, ikke på dette grundlag kan beskyttes som et varemærke.⁴¹

6.3. Markedsføringsret

Hvis en opskrift eller anretning ikke omfattes af lovgivningen om ophavsret eller andre immaterialretlige regler, kan der efter omstændighederne opnås be-

³⁷⁾ Jfr. patentloven, lovbekendtgørelse nr. 1136 af 16.1.2004, §§ 1 – 2.

³⁸⁾ Se lovbkg. Nr. 145 af 1.3.2001 om plantenyheder som ændret v. lov nr. 967 af 4.12.2004.

³⁹⁾ Jfr. varemærkeloven, lovbekendtgørelse nr. 782 af 30.8.2001 som ændr. v. lov nr. 451 af 10.6.2003, § 4.

⁴⁰⁾ Sag C-273/00, dom af 12.12.2002, Koktvedgaard s. 354.

⁴¹⁾ Koktvedgaard s. 353-354.

skyttelse efter markedsføringsloven § 1 mod efterligning, der er i strid med god markedsføringsskik. Hertil kræves, at den krænkende part har handlet forsætligt, og det er alene det økonomiske tab, der erstattes, ikke krænkelsen af den skabende indsats. I denne forbindelse kan markedsføringsloven tænkes at yde beskyttelse mod, at et koncept bestående af nye madretter skabt af en kok bliver markedsført af en konkurrent, som derved har til hensigt at tilegne sig den økonomiske fordel af konceptet.

7. Regulering af måltidets sammensætning og servering

Spørgsmålet om, hvad man spiser til måltidet, og i hvilken rækkefølge madretterne serveres, er ikke retligt reguleret i Europa. Inden for religiøse samfund eksisterer forskellige forskrifter på dette område. For eksempel findes der forbud mod at spise kød i bestemte perioder af året (fastetiden), mod at indtage føde i bestemte perioder (ramadanen) eller mod at spise bestemte dyr, for eksempel svinekød, og der indgår bestemte fødevarer i rituelle måltider. Der er tale om adfærdsregler og sædvaner, som er beskyttet af Menneskerettighedskonventionens og grundlovens regler om religionsfrihed, se ovenfor pkt. 5. Sammensætningen af retterne i et måltid kan ikke i sig selv beskyttes som et kunstnerisk værk, da der antageligt ikke er værkshøjde, dvs. der foreligger ikke tilstrækkelig originalitet, som er frembragt ved en personlig, skabende indsats. Men et menukort vil efter omstændighederne kunne beskyttes som et litterært værk, der har manifesteret sig enten ifølge ophavsretsloven § 1, stk. 2, eller efter "katalogreglen" i ophavsretsloven § 71, hvis der er opregnet tilstrækkeligt mange enkelte elementer på menukortet.

Det kan overvejes, om der i serveringen af måltidet indgår kulturelle elementer, som er beskyttelsesværdige. Servering kan ikke i sig selv betragtes som fremførelse af et kunstnerisk værk, medmindre der foreligger en original indstudering, en koreografi, som er udslag af ophavsmandens skabende indsats. Det forhold, at der bæres islagkager med tændte lys i procession ned ad en trappe, er antageligt ikke tilstrækkeligt. Men hvis der indgår andre elementer såsom et planlagt fyrværkeri, lysshow eller dans som et led i serveringen, kan det efter omstændighederne betragtes som fremførelse af et kunstnerisk værk. Lignende betragtninger kan anvendes over for anretninger på buffet. En opstilling af madretter vil ifølge retspraksis⁴²⁾ ikke være tilstrækkeligt originalt til at udgøre et kunstnerisk værk. Men en anretning, der fremtræder som en collage eller skulptur, idet der er gjort en selvstændig skabende indsats med skabe en original præsentation, vil antageligt kunne beskyttes som et kunstnerisk værk på samme måde som skulpturer skabt af is eller sand.

⁴²⁾ Se UfR 1983.5150 ovenfor under pkt. 4.

8. Konklusion

8.1. Hvorvidt danner retsreglerne en hensigtsmæssig ramme om måltidet?

Fødevarer er omfattet af en detaljeret retlig regulering, der vedrører de fysiske egenskaber med henblik på produktsikkerhed og et mindstemål af kvalitet. Reglerne er i vid udstrækning fastlagt af EU, fulgt af implementering i medlemslandene, som har en begrænset frihed til at fastsætte regler inden for de rammer, der er bestemt af EU. Reglerne er fulgt op af kontrolforanstaltninger. Det må antages, at produktsikkerheden er tilgodeset, og at lovgivningen generelt set er tilstrækkelig. Forbrugerne i EU kan have tillid til, at de kan samles om et måltid, der er ufarligt.

En del af produktsikkerheden og kvaliteten er knyttet til standardiseringen, som sikrer, at vareudbudet i EU er ensartet. Men standardisering og varedeklARATIONER er rettet til intellektet og begrænser variation og kreativitet. Coff anfører: "Spis ikke noget, du ikke først har læst".⁴³ Coff påpeger, at varedeklARATIONEN, anbragt på pakningen, ensidigt er rettet mod det visuelle indtryk. Sanseligheden pakkes ind og begrænser sanseoplevelse og kropslighed mentalt. Han skriver: "Sansningen giver et andet sæt af data end varedeklARATIONEN tilbyder, men sansningens informationer miskrediteres i et intellektualiseret miljø, fordi de er ikke-sproglige, subjektive, eller fordi de ikke kan kvantificeres som data".⁴⁴ EU har ved at tillade regionale og lokale afvigelser fra de almindelige fødevareregler givet adgang til en vis variation. Men fødevarer-sikkerhed vil fortsat indebære en balancegang mellem faste krav og tilladelse til udfoldelse og eksperimentering med madvarer i form af opdrætning af husdyr og avl af nytteplanter, indførsel af eksotiske råstoffer og nye former for professionel tilberedning af maden med henblik på at udvikle måltider og tilføre deltagerne sanseoplevelser.

Reglerne, som beskytter den personlige frihed og friheden til at mødes uanset religion eller etnisk betingede holdninger, sikrer adgangen til at føre den livsstil og bevare de traditioner, som inden for forskellige samfundsmæssige grupper foretrækkes i relation til måltidet. Reglerne synes at være nødvendige og tilstrækkelige til at opfylde dette formål.

Udvikling og fornyelse af måltidet med dets ingredienser og sammensætning af madreter sker på grundlag af den kreativitet, som udfoldes ved valg af råvarer og ved tilberedning. Der tilføres måltidet immaterielle kvaliteter, som i princippet er underlagt immaterialretten. Men de innovative elementer kan kun i meget begrænset omfang beskyttes af disse regler, da det er vanskeligt at

⁴³⁾ Coff s. 55.

⁴⁴⁾ Coff citat s. 57.

opfylde krav om værkshøjde og nyhed. Det indebærer, at kreative kokke, som raffinerer madvarerne og sammensætter nye madretter, ikke kan regne med at få eneret til deres frembringelser på et ophavsretligt grundlag. Smag og duft er et offentligt gode, som det skal være tilgængeligt for alle at udvikle. Men det indebærer samtidig, at der er fri adgang til at få inspiration og bygge videre på de ideer og erfaringer, som er opstået. Herved kan de kulturelle elementer knyttet til måltidet være under fortsat fornyelse. Det gælder både for den fysiske, håndværksmæssige behandling af madvarerne og for de sansemæssige oplevelser, som tilføres måltidets deltagere. Vejen holdes åben for udveksling af kultur mellem alle samfundsgrupper og tværs over landegrænserne. Det synes ikke at være hensigtsmæssigt at forøge adgangen til beskyttelse på grundlag af enerettigheder baseret på immaterialretten.

8.2. Lovgivningens bidrag til udvikling af måltidet som samfundsmæssigt element

Der er i det foregående afsnit redegjort for hensigtsmæssigheden af de juridiske rammer, som er lagt omkring måltidet. Det fremgår, at udover produktsikkerhed og beskyttelse af deltagernes frihed til at være sammen om et måltid har de juridiske regler kun en begrænset betydning for det konkrete måltid.

Derimod kan de kulturelle regler i EU om beskyttelse af kulturarven og tilskyndelse til udveksling af kultur bidrage til at fremhæve måltidet som et af de basale elementer i samfundslivet. EU kan opfordre til initiativer om udvikling, fordi måltidet har den unikke egenskab, at det på samme tid tilfredsstiller elementære fysiske behov og skaber et fællesskab mellem deltagerne baseret på sansemæssige oplevelser, der erfares med kroppen og opbygger en fælles identitet. Herved dannes grobund for, at der skabes gensidig sympati og positive relationer mellem deltagerne, således at kulturforskelle respekteres og overvindes.

Også måltidets rolle i samfundet er genstand for udvikling. Der er tendenser til, at fællesskabet om det traditionelle familiemåltid i nogen grad fortrænges og afløses af fællesskaber knyttet til skole, arbejdsplads, interessegrupper mv. Også i dette perspektiv kan måltidet have betydning som en af de faktorer, der holder samfundet sammen og letter udviklingen af nye former for adfærd og livsstil.

Samfundets støtte til aktiviteter omkring måltidet kræver ikke en specifik juridisk regulering. Derimod kan kulturpolitiske foranstaltninger, hjemlet ved en kulturel rammelovgivning, være et nyttigt redskab til afdækning af de ressourcer, som via måltidet bliver tilgængelige, og som kan være til gavn for den almindelige samfundsudvikling.

I Norge⁴⁵ og Sverige⁴⁶ er oprettet institutionen "Måltidets Hus", som giver mulighed for aktiviteter i form af konferencer, eksperimenter, konkurrencer, uddannelse af kokke og andre personer, der arbejder med madvarer, og som fremmer kontakten mellem forskellige kulturer i relation til måltidets fysiske og kulturelle værdier. I Danmark har et initiativ⁴⁷ til at oprette en tilsvarende institution endnu ikke båret frugt. Men det er en overvejelse værd at indføre en sådan institution for at få mulighed for ad denne vej at støtte en gunstig samfundsudvikling, herunder at fremme integrationen mellem de forskellige folkeslag og samfundsgrupper, som er kommet både fra EU og fra tredjelande og er blevet en del af det danske samfund.

Forkortelser

Coff: Christian Coff: Smag for etik – På sporet efter fødevareretikken, Museum Tusculanums forlag, 2005.

Koktvedgaard: Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret, 7. udg. v. Jens Schovsbo; Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005.

Rosenmeier: Morten Rosenmeier: Værkslæren i ophavsretten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001.

TEF: Traktat om Det Europæiske Fællesskab (Nice-Traktaten, som er trådt i kraft d. 1.2.2003, med de ændringer, der følger af Tiltrædelsestraktaten af 16.4.2003).

TEU: Traktaten om Den Europæiske Union (Amsterdam-Traktaten af 1997 med de ændringer, der følger af Nice-Traktaten og Tiltrædelsestraktaten af 16.4.2003).

UfR: Ugeskrift for Retsvæsen

⁴⁵) Det norske Fiskeri- og Kystdepartement støtter Måltidets Hus i Stavanger med 3 millioner NOK årligt. Huset er grundlagt i juli 2005. Se http://www.norconserv.no/Nyheter/Maaltidets_hus.htm

⁴⁶) Måltidets Hus i Sverige, knyttet til Örebro Universitet, se <http://www.svensktkulturav.com/main/destination.asp?ActorID=354>

⁴⁷) Måltidets Hus, betænkning nr. 1367 af 18.2. 1999, udg. af Ministeriet for fødevarer, landbrug og fiskeri departementet.

Voldgiftsreformen

Peter Arnt Nielsen

1. Voldgiftsreformen

Danmark fik en ny voldgiftslov i 2005 i stedet for voldgiftsloven fra 1972.¹ Den nye lov giver i international sammenhæng Danmark en af de mest moderne og helstøbte voldgiftslove samtidig med, at retssikkerheden sikres for voldgiftssagens parter. Med loven er Danmark med i den kreds af lande, hvor erhvervslivet dels udfordres af internationaliseringen, dels medvirker til at skabe den. Voldgift er nemlig den måde, erhvervslivet foretrækker at afgøre tvister på, når der er behov for en retlig afgørelse. Det gælder i særdeleshed i internationale sager. Fælles for nationale og internationale sager er, at voldgift er fleksibelt og sikrer parterne indflydelse på processen. Hertil kommer muligheden for at udpege voldgiftsdommere med særlig sagkundskab og erfaring i at afgøre tvister, herunder internationale tvister. Også voldgiftens private karakter har væsentlig betydning for parterne. Endelig er det afgørende for voldgiftens effektivitet, at den afsagte kendelse om fornødent kan tvangsfuldbyrdes. Den nye voldgiftslov sikrer disse principper, men den gør meget mere end det.

Voldgiftsreformen påkalder sig særlig interesse af navnlig to årsager. For det første fik Danmark med reformen en voldgiftslov på internationalt niveau, der i høj grad forbedrer erhvervslivets muligheder for at føre nationale og ikke mindst internationale voldgiftssager her i landet i overensstemmelse med internationalt anerkendte standarder. For det andet var selve lovgivningsprocessen bemærkelsesværdig, fordi initiativet til reformen udgik fra en interesseorganisation i samarbejde med forskningen.

¹⁾ Lov nr. 553 af 24. juni 2005, der erstattede lov nr. 181 af 24. maj 1972.

Lovgivningsprocessen var delt op i tre led. Først udarbejdede en arbejdsgruppe under Advokatrådet en redegørelse om reform af voldgiftsloven.² Redegørelsen var bygget op som en betænkning og indeholdt et lovudkast med bemærkninger. Redegørelsen blev overgivet til justitsministeren, der herefter anmodede Retsplejerådet om en udtalelse om redegørelsen og det heri indeholdte lovudkast.³ Endelig udarbejdede Justitsministeriet et lovforslag på grundlag af Advokatrådets lovudkast og Retsplejerådets udtalelse, som blev vedtaget enstemmigt og uden ændringer af Folketinget.⁴

I forhold til arbejdet med den tidligere voldgiftslov, der foregik i årene 1962-1972, blev den nye voldgiftslov til i perioden 2002-2005.⁵

2. Retsudviklingen

For fuldt ud at forstå baggrunden for og hovedformålet med voldgiftsreformen er det hensigtsmæssigt at skitsere hovedtrækkene af udviklingen i dansk, international og fremmed ret.

2.1 Dansk ret

Indtil 1972 var voldgift alene reguleret ved Danske Lov 1-6-1 og den retspraksis, der havde udviklet sig i tilknytning til denne bestemmelse.

I 1972 fik Danmark en voldgiftslov.⁶ Hovedformålet med denne lov var at indføre enkelte regler, som kunne styrke voldgiftens funktioner, dvs. regler om

²⁾ Jf. Advokatrådets Retsudvalg, Reform af voldgiftsloven, 2003, 366 s (herefter Reform af Voldgiftsloven). Arbejdsgruppen bestod af advokaterne Jesper Lett, Stig Bigaard, Karsten Havkrog Pedersen, Karsten Kristoffersen, konsulent i Advokatrådet Rasmus Møller Madsen og lektor Peter Arnt Nielsen, der var formand for arbejdsgruppen.

³⁾ Retsplejerådets udtalelse er gengivet i L 127, Folketinget 2004/05 (2. samling), s. 89-116. Retsplejerådet bestod af landsretspræsident Bjarne Christensen (formand), direktør for Domstolsstyrelsen Bent Carlsen, landsdommer Peter Deleuran, advokat Karen Dye-kjær-Hansen, dommer Poul Holm, advokat Jørgen B. Jepsen, dommer Henrik Linde, professor, lic.jur. Gorm Toftegaard Nielsen, kontorchef Jens Røn, Justitsministeriet, dommerfuldmægtig Lene Sigvardt, professor, dr.jur. Eva Smith og professor, dr.jur. Erik Werlauff. Som sekretær for rådet fungerede konsulent, ph.d. Ketilbjørn Hertz.

⁴⁾ Jf. L 127, Folketinget 2004/05 (2. samling), fremsat den 16. marts 2005 (herefter L 127).

⁵⁾ Voldgiftsudvalget blev nedsat i februar 1962 og afgav sin betænkning i november 1965, hvorefter lovforslag blev fremsat den 26. november 1971. Advokatrådets arbejdsgruppe blev nedsat den 22. maj 2002 og afgav sin redegørelse i maj 2003. Justitsministeriet bad Retsplejerådet om en udtalelse den 13. januar 2004. Udtalelsen forelå den 17. august 2004. Lovforslag blev fremsat 16. marts 2005 og vedtaget den 14. juni 2005.

⁶⁾ Jf. lov nr. 181 af 24. maj 1972.

domstolenes bistand til voldgiftsretter og om fuldbyrdelse af voldgiftskendelser. Endvidere blev forskellige grundlæggende regler om voldgift kodificeret ved voldgiftsloven. Endelig åbnede loven op for, at Danmark kunne gennemføre internationale regler om voldgift. Hensigten med voldgiftsloven var derimod ikke at indføre en detaljeret lovgivning om voldgift. Det blev således understreget, at man burde afvente udviklingen i det internationale samarbejde.⁷ 1972-loven indeholdt blot 13 bestemmelser, og den blev suppleret af voldgiftsbekendtgørelsen fra 1973, hvor Genève-konventionen fra 1961 og New York-konventionen fra 1958 blev gennemført i dansk ret.⁸

Under 1972-loven var mange for voldgift væsentlige spørgsmål ulovreguleret. Advokatrådets arbejdsgruppe kunne således fremhæve manglende lovbestemmelser om:⁹

- 1) hvilke tvister, der kan afgøres ved voldgift,
- 2) forholdet til domstolene,
- 3) brug af domstolenes foreløbige retsmidler,
- 4) hvilke krav, der stilles til voldgiftsaftaler,
- 5) "the Doctrine of Separability",
- 6) habilitetskrav til voldgiftsdommere,
- 7) voldgiftsrettens kompetence til at afgøre sin kompetence,
- 8) voldgiftsrettens foreløbige retsmidler,
- 9) grundlæggende retssikkerhedsprincipper, herunder ligebehandling af parterne,
- 10) voldgiftens sæde,
- 11) skriftveksling for voldgiftsretten,
- 12) parternes forsømmelse,
- 13) bevisbedømmelse,
- 14) sagkyndige udpeget af voldgiftsretten,
- 15) voldgiftsrettens retsanvendelse,
- 16) voldgiftsrettens voteringer,
- 17) form- og indholds krav til voldgiftskendelsen,
- 18) retsvirkninger af forlig indgået for voldgiftsretten,
- 19) afsigelse af tillægskendelse mv.,
- 20) sagsomkostninger,
- 21) sikkerhedsstillelse,
- 22) udtømmende angivelse af ugyldighedsgrunde,
- 23) frist for anlæg af ugyldighedssøgsmål, og
- 24) klare kompetenceregler for domstolene.

⁷⁾ Jf. Bet. 414/1966, s. 30.

⁸⁾ Jf. bekendtgørelse nr. 117 af 7. marts 1973. Jf. hhv. konventioner af 21. april 1961 om international handelvoldgift (Genève-konventionen) og konvention af 10. juni 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser (New York-konventionen).

⁹⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 23 samt nærmere s. 51-74. Listen er ikke-udtømmende.

2.2 International ret

Udviklingen i det internationale samarbejde om voldgift havde stor betydning for den nye voldgiftsreform. Det internationale voldgiftssamarbejde begyndte i 1920-erne med udarbejdelsen af en protokol om voldgiftsklausuler i handelskontrakter og en overenskomst om eksekution af voldgiftskendelser afsagt i udlandet. Efter 2. Verdenskrig blev behovet for international regulering af voldgiftsområdet større. Navnlig UNCITRAL og Europarådet arbejdede i den følgende periode for hhv. global og regional harmonisering af voldgift. Det globale samarbejde, som UNCITRAL står for, er en betydelig større succes end samarbejdet i Europarådets regi. UNCITRAL har navnlig udarbejdet New York-konventionen (1958), UNCITRAL Arbitration Rules (1976), UNCITRAL Conciliation Rules (1980), Modelloven (1985) og UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996). Under Europarådet og FN's økonomiske kommission for Europa er Genève-konventionen (1961), Genève-reglementet (årstal ukendt), Europaråds-overenskomsten (1962) og Europarådets modellov (1966) udarbejdet. Ud over de nævnte institutioner har forskellige internationale organisationer inden for de seneste 20 år udarbejdet regelsæt af betydning for international voldgift. Der er navnlig tale om IBA Rules of Ethics (1986), ILA International Principles (1992) og IBA Rules of Evidence (1999).¹⁰

2.3 Fremmed ret

Reguleringen af voldgift i fremmed ret havde også væsentlig betydning for den nye voldgiftsreform. Den følgende sammenfatning er begrænset til lande, som Danmark ofte sammenlignes med, hvorfor Advokatrådets arbejdsgruppe fokuserede på disse lande. De udvalgte lande er Sverige, Norge, Tyskland, og England. Disse lande er samtidig nogle af Danmarks vigtigste eksportmarkeder. Mens Sverige, Tyskland og England fik nye voldgiftslove i hhv. 1999, 1998 og 1997, blev et reformarbejde iværksat i Norge i 2001, der førte til vedtagelse af en ny voldgiftslov i 2004.¹¹

Det er et gennemgående træk i disse landes retsudvikling, at voldgift nu reguleres ved love bygget over modelloven. Den tyske voldgiftslov er således nærmest en afskrift af modelloven, mens de engelske og svenske voldgiftslove i vid udstrækning kopierer regler og afsnit fra modelloven. Også den norske voldgiftslov fra 2004 bygger i høj grad på modelloven. Et andet karakteristisk træk ved de nye voldgiftslove i England, Tyskland, Sverige og Norge er, at voldgift reguleres fra voldgiftsaftalens indgåelse over sagens behandling og

¹⁰⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 77-100.

¹¹⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 101-118. Jf. Norges lov nr. 25 af 14. maj 2004 om voldgift.

afsigelse af kendelse til eventuel fuldbyrdelse af kendelsen. Lovene er omfattende og indeholder mellem 42-110 bestemmelser (Tyskland 42, Sverige 60, Norge 50 og England 110). Disse træk gør sig også gældende i en række andre europæiske lande såsom Schweiz, Belgien, Østrig, Holland, Spanien og Italien, hvor voldgiftsreguleringen er af nyere dato.

I de fleste af de nævnte lande var hovedårsagerne til en iværksat reform dels behovet for at give voldgift de bedst mulige vilkår under iagttagelse af retssikkerhedsmæssige garantier, dels ønsket om at tage aktivt del i løsningen af tvister i internationale handelsforhold.

3. Advokatrådets redegørelse

Efter indstilling fra Advokatrådets Retsudvalg etablerede Advokatrådet den 22. maj 2002 en arbejdsgruppe om revision af voldgiftsloven. Arbejdsgruppens kommissorium var dette (sammendrag):¹²

”Arbejdsgruppen skal arbejde for en moderne lov om voldgift i Danmark, fordi voldgift er erhvervslivets foretrukne måde at afgøre tvister. Dette gælder både i sager mellem danske virksomheder og i tvister mellem danske og udenlandske virksomheder.

Baggrunden for Retsudvalgets beslutning er, at en moderne dansk voldgiftslov i stedet for den gældende lov fra 1972 vil forbedre retssikkerheden væsentligt under voldgiftssagen. Den eksisterende voldgiftslov, som kun regulerer visse dele af voldgift, må anses for at være forældet, navnlig fordi en række vigtige regler og principper for voldgift ikke er lovfæstet. I en ny lov bør sådanne grundlæggende regler og principper være indeholdt i loven. Endvidere vil en moderne dansk voldgiftslov i høj grad kunne medvirke til at Danmark fremstår som et attraktivt land at føre voldgiftssager i, ligesom en moderne lov vil være til betydelig gavn for erhvervslivet, herunder import- og eksportsektorerne, da en sådan lov vil være et betydeligt juridisk konkurrenceparameter. Endelig vil en ny voldgiftslov medvirke til, at voldgift fremstår som et brugbart, sagkyndigt og effektivt alternativ til domstolene i både nationale og internationale erhvervstvister.

Det er Retsudvalgets opfattelse, at reformarbejdet bør tage udgangspunkt i UNCITRAL's Modellov fra 1985, den nye svenske voldgiftslov fra 1998 og de nuværende overvejelser i Norge om reform af voldgiftsområdet.”

Arbejdsgruppen fandt, at kommissoriet bedst kunne opfyldes ved at udarbejde en redegørelse om voldgift indeholdende et udkast til en ny dansk voldgiftslov. Arbejdsgruppen lagde også vægt på at fremme arbejdet hurtigst muligt. Ar-

¹²⁾ Jf. Reform af Voldgiftsloven, 2003, s. 17 f.

bejdsgruppen holdt ni møder, det første den 20. juni 2002, det sidste den 4. februar 2003, hvor redegørelsen blev godkendt af arbejdsgruppen. Endvidere afholdt arbejdsgruppen møder om lovudkastet med formanden for Det Danske Voldgiftsinstitut, professor, dr.jur. Bernhard Gomard samt advokat, dr.jur. Allan Philip. Advokatrådet godkendte den 27. februar 2003 redegørelsen og lovudkastet.¹³

Redegørelsen blev overgivet til justitsministeren i maj 2003, hvorefter Justitsministeriet sendte redegørelsen i høring. Høringen viste stor tilfredshed, bl.a. fra erhvervslivets side, med redegørelsen og lovudkastet. Også domstolene var meget positive over for lovudkastet, men påpegede, at lovudkastet burde forelægges for Retsplejerådet, navnlig fordi de foreslåede bestemmelser om samspillet mellem voldgiftsretter og de almindelige domstole samt de foreslåede processuelle regler om for domstolenes behandling af sager på voldgiftsområdet rejste en række retsplejemæssige spørgsmål.¹⁴

Udgangspunktet for Advokatrådets reformarbejde var, at voldgiftsloven fra 1972 i sin tid indebar en tiltrængt modernisering af voldgift, der ikke gik længere end strengt nødvendigt. Advokatrådets arbejdsgruppe understregede imidlertid, at den internationale udvikling, dvs. navnlig modelloven, og de seneste nye voldgiftslove i Sverige, England og Tyskland, og den internationale og komparative retsudvikling i den mellemliggende periode, havde ført til mere detaljeret og udpræget ensartet lovgivning på voldgiftsområdet i andre lande. Arbejdsgruppen fandt derfor, at de udenlandske reformer aktualiserede spørgsmålet om, hvorvidt 1972-loven stadig var tidssvarende og dækkede de behov og krav, som erhvervslivet og retssektoeren stiller til voldgift i det 21. århundrede.

Arbejdsgruppen konkluderede, at 1972-voldgiftsloven på en række områder var forældet og utilstrækkelig. Henset til den store betydning voldgift har for erhvervslivet, fandt arbejdsgruppen behovet for reform åbenbart. Efter arbejdsgruppens vurdering burde voldgiftsloven revideres ud fra følgende principielle overvejelser:¹⁵

¹³⁾ Til brug for udarbejdelsen af redegørelsen og publiceringen heraf mv. modtog arbejdsgruppen økonomisk støtte fra Margot og Thorvald Dreyers Fond. Peter Arnt Nielsen redegjorde på arbejdsgruppens vegne for baggrunden for Advokatrådets initiativ og for hovedtrækkene af udkastet til ny voldgiftslov på "Voldgiftens Dag", der blev afholdt den 31. oktober 2002 i København. Konferencen var arrangeret af Det Danske Voldgiftsinstitut og Advokatsamfundet.

¹⁴⁾ Jf. L. 127, s. 10.

¹⁵⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 26-27 og 119-120.

- 1) Mange spørgsmål og problemstillinger af væsentlig betydning for en voldgiftssag er ikke lovreguleret. Der er et klart behov for en moderne og komplet lov om voldgift.
- 2) Voldgiftsloven sikrer ikke virksomheder og andre, der deltager i en voldgiftssag, den fornødne retssikkerhed. I lovgivningsmæssig henseende er der derfor et væsentligt behov for regler, der sikrer respekten for og overholdelse af fundamentale retssikkerhedsmæssige principper under en voldgiftssag.
- 3) Voldgiftsloven lever ikke op til de internationale standarder for voldgift. Brugere af voldgift her i landet er derfor væsentligt dårligere stillet end brugere af voldgift i lande, der opfylder de internationale krav. Sverige, England og Tyskland har i de seneste år foretaget gennemgribende moderniseringer af deres voldgiftsregulering. Disse lande lever i modsætning til Danmark op til de internationale standarder for voldgift. Voldgiftsloven skal opfylde de internationale standarder.
- 4) En række erhvervmæssige hensyn understreger behovet for, at den danske voldgiftslov er "konkurrencedygtig" med førende udenlandske voldgiftslove.
- 5) Reguleringen af voldgift i Danmark er usammenhængende og uklar, navnlig fordi reglerne findes i forskellige regelsæt, og fordi Danmark stadig opretholder internationale regler fra 1920'erne og 1960'erne, som i dag er uden praktisk betydning. Voldgiftsloven skal være klar og enkel med fokus på erhvervslivets aktuelle behov.

Arbejdsgruppen anbefalede på denne baggrund udarbejdelsen af en moderne voldgiftslov efter følgende retningslinier:¹⁶⁾

- 1) Loven skal være moderne og komplet, så alle væsentlige problemstillinger og spørgsmål, der opstår under en voldgiftssag, er reguleret i loven. Af disse spørgsmål skal fremhæves spørgsmålene om, i hvilke sager voldgift kan aftales, hvilke krav der stilles til voldgiftsaftaler, hvorledes voldgiftsretten etableres, hvorledes voldgiftsrettens kompetence fastlægges, voldgiftsrettens sagsbehandling, herunder fremskaffelse af beviser og brug af foreløbige retsmidler, voldgiftsrettens retsanvendelse, hvilke krav der stilles til voldgiftskendelsen og forlig indgået for voldgiftsretten, og hvad der gælder for sagsomkostninger og sikkerhedsstillelse. Endelig er der behov for klare regler om ugyldighed og frister for ugyldighedsspørgsmål.
- 2) Loven skal sikre den fornødne retssikkerhed under voldgiftssager, så de grundlæggende processuelle principper overholdes under en voldgiftssag. Der er navnlig behov for at lovfæste princippet om en uafhængig og upartisk dømmende myndighed og princippet om ligebehandling af parterne.
- 3) Loven skal leve op til de internationale standarder. Det er arbejdsgruppens klare anbefaling, at navnlig modelloven skal anvendes som vejledende standard. Den stigende økonomiske og retlige internationalisering har afgørende betydning for erhvervslivet. Det er derfor fundamentalt, at voldgiftslovgivningen afspejler denne internationalisering, og at lovgiver sikrer voldgift de bedst mulige rammer efter anerkendte standarder.
- 4) Loven skal give erhvervslivet klare retssikkerhedsmæssige og konkurrencemæssige fordele. Voldgiftsloven skal derfor også leve op til reformerne i Sverige, Tyskland og England.

¹⁶⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 27-28 og 120-126.

- 5) Regler uden praktisk betydning og forældede regler skal afskaffes. Danmark bør derfor opgive Genève-protokollen fra 1923 og Genève-overenskomsten fra 1927, der begge er erstattet af New York-konventionen. Også Genève-konventionen fra 1961 bør opgives, navnlig fordi den har begrænset betydning, da de politiske forudsætninger for konventionen i et forenet Europa ikke længere er tilstede, og da mange af dens regler er forældede.

Det lovudkast, som arbejdsgruppen udarbejdede, er i overensstemmelse med de angivne retningslinier. Ud over gengivelse af modellovens regler indeholder det også bestemmelser om lovens anvendelsesområde, arbitralitet, forbrugerbeskyttelse, voldgiftsrettens foreløbige retsmidler, sagsomkostninger og sikkerhedsstillelse samt processuelle forhold.¹⁷

4. Retsplejerådets udtalelse

Justitsministeriet anmodede Retsplejerådet om en udtalelse om arbejdsgruppens redegørelse om reform af voldgiftsloven. Det hedder i anmodningen:¹⁸

"I foråret 2003 modtog Justitsministeriet fra Advokatrådet en redegørelse om en reform af voldgiftsloven, som er udarbejdet af en arbejdsgruppe under Advokatrådet. Redegørelsen indeholder et samlet forslag til en ny voldgiftslov.

Justitsministeriet har sendt redegørelsen i en bred høring hos berørte myndigheder og organisationer mv. med henblik på at tage stilling til et eventuelt lovgivningsinitiativ. Der er under høringen bl.a. blevet peget på, at de regler, der foreslås i redegørelsen, rejser en række retsplejemæssige spørgsmål, herunder navnlig for så vidt angår de foreslåede regler om samspillet mellem voldgiftsretter og de almindelige domstole samt de foreslåede processuelle regler for domstolenes behandling af sager på voldgiftsområdet, og at redegørelsen derfor bør forelægges Retsplejerådet, inden der eventuelt fremsættes lovforslag på området.

På den baggrund skal Justitsministeriet anmode Retsplejerådet om en udtalelse om Advokatrådets redegørelse om en reform af voldgiftsloven, herunder navnlig de dele af redegørelsen, som vedrører samspillet mellem voldgiftsretterne og domstolene samt de processuelle regler for domstolenes behandling af sager på dette område. Redegørelsen og de modtagne høringssvar vedlægges."

Retsplejerådet behandlede udtalelsen i fire møder og inddrog de høringssvar, Justitsministeriet modtog vedrørende arbejdsgruppens redegørelse. Retspleje-

¹⁷⁾ Lovudkastet er gengivet i Reform af voldgiftsloven, s. 143-162. Bemærkninger til lovudkastet findes på s. 119-142 (almindelige bemærkninger) og s. 163-217 (bemærkninger til de enkelte bestemmelser).

¹⁸⁾ Jf. henvendelse af 13. januar 2004, gengivet i L 127, s. 90.

rådet afholdt endvidere et møde med Advokatrådets arbejdsgruppe, hvor gruppen kommenterede et udkast til Retsplejerådets udtalelse.

Retsplejerådet tiltrådte i sin udtalelse, at der var behov for en modernisering af voldgiftsloven, og at en sådan modernisering ikke mindst burde foretages i lyset af den internationale udvikling.¹⁹

5. Justitsministeriets lovforslag

Efter at have modtaget Retsplejerådets udtalelse foreslog Justitsministeriet, at der blev lavet en ny lov om voldgift. Om ministeriets overvejelser hedder det:²⁰

”Justitsministeriet finder, at der er behov for en modernisering af den gældende voldgiftslov fra 1972, som bl.a. blev udformet som en ”minimumslov” for at gøre det muligt at udvikle retspraksis under hensyntagen til en forventet international udvikling på voldgiftsområdet.

Siden 1972 er en sådan international udvikling bl.a. foregået i FN's regi, hvor der er udarbejdet en modellov, som har dannet udgangspunkt for national voldgiftslovgivning i et stort antal lande. Endvidere er forudsætningerne for de særlige europæiske voldgiftsordninger fra 1960'erne, jf. herom pkt. 3.2.1 ovenfor, ændret med den udvikling, der er foregået i Europa efter 1989.

En ny, mere detaljeret dansk voldgiftslov vil endvidere kunne bidrage til, at Danmark fremstår som et attraktivt forum for international voldgift til gavn for dansk erhvervsliv.”

Det ses, at Justitsministeriet i hovedsagen tiltræder arbejdsgruppens principielle overvejelser om behovet for en voldgiftsreform, jf. afsnit 3. Ministeriet fremhævede som begrundelser for lovforslaget følgende:²¹

”I modsætning til den gældende voldgiftslov, der som nævnt har karakter af en ”minimumslov”, bør den nye voldgiftslov som udgangspunkt regulere alle væsentlige spørgsmål, der kan opstå i forbindelse med voldgift. Dette indebærer bl.a., at grundlæggende principper af betydning for parternes retssikkerhed i forbindelse med voldgift, der for norges vedkommende i dag må udledes af en i øvrigt sparsom retspraksis, lovfæstes.

Den nye voldgiftslov bør leve op til nuværende internationale standarder, således at loven også kan bidrage til international anerkendelse af dansk voldgift. Justitsministeriet er derfor enig med Retsplejerådet og Advokatrådet i, at den

¹⁹⁾ Jf. udtalelse af 12. august 2004, gengivet i L 127, s. 90.

²⁰⁾ Jf. L 127, s. 28.

²¹⁾ Jf. L 127, s. 28.

nye voldgiftslov bør udformes med udgangspunkt i UNCITRAL's modellov om international handelsvoldgift fra 1985.

Modelloven er på relativt kort tid slået igennem i en række stater. Modellovens regler er udarbejdet efter et langvarigt internationalt arbejde og har været genstand for grundige overvejelser. Det må antages, at hvis en ny dansk voldgiftslov bygger på modelloven, vil det i internationale tvister styrke muligheden for voldgift i Danmark. Parter fra andre retsområder accepterer formentlig lettere voldgift i en fremmed stat, hvis den nationale lovgivning om voldgift er i overensstemmelse med modelloven.

Justitsministeriet finder endvidere, at Danmark i forbindelse med gennemførelsen af en ny, moderne voldgiftslov bør opsigte Genève-protokollen fra 1923, Genève-overenskomsten fra 1927 og Genève-konventionen fra 1961. Danmark bør endvidere opsigte Europaråds-overenskomsten fra 1962 om anvendelse af Genève-konventionen. Disse internationale instrumenter, der nærmere er omtalt i pkt. 3.1.1 og 3.2.1 ovenfor, må antages ikke længere at have nogen praktisk betydning.

Ved en vedtagelse af lovforslaget giver Folketinget sit samtykke, jf. grundlovens § 19, til, at regeringen på Danmarks vegne opsigter de nævnte mellemfolkelige aftaler.

Justitsministeriet kunne således også tiltræde arbejdsgruppens angivelse af de hovedprincipper, den nye lov burdes udarbejdes efter, jf. afsnit 3.

Justitsministeriets lovforslag er bygget meget nøje over modelloven som foreslået af Advokatrådets arbejdsgruppe samt over arbejdsgruppens lovudkast. Der var mellem Justitsministeriet, Retsplejerådet og arbejdsgruppen enighed om ikke at medtage modellovens definitioner og kravet om skriftlighed for voldgiftsaftaler, jf. modellovens art. 1, stk. 3-5, art. 2 og 3, og art. 7. Lovudkastet indeholdt heller ikke bestemmelser om bestikkelse af voldgiftsdommere. Efter udarbejdelsen af lovudkastet undertegnede Danmark tillægskonventionen til Europarådets strafferetskonvention om korruption, hvorefter bestikkelse af bl.a. voldgiftsdommere kriminaliseres.²² Justitsministeriet benyttede derfor lejligheden til at foreslå, at Folketinget med vedtagelse af forslaget til ny voldgiftslov gav sit samtykke til, at Danmark ratificerede tillægskonventionen.²³

På visse områder havde Retsplejerådet bemærkninger til arbejdsgruppens lovudkast, hvorfor Rådet anbefalede Justitsministeriet at foretage forskellige ændringer i lovudkastet. I det følgende redegøres der for Retsplejerådets overvejelser på de pågældende punkter, de drøftelser Rådet havde med Advokatrådets

²²⁾ Jf. tillægsprotokol af 15. maj 2003. Danmark ratificerede strafferetskonventionen den 27. januar 1999 og ratificerede konventionen den 2. august 2000. Jf. L 127, s. 48-54.

²³⁾ Jf. straffelovens § 304a.

arbejdsgruppe, og hvorledes Justitsministeriet forholdt sig til de foreslåede ændringer, jf. afsnit 6-19.

6. Voldgiftslovens almindelige anvendelsesområde

Arbejdsgruppen foreslog, at loven som udgangspunkt skulle gælde for voldgift, der finder sted i Danmark, jf. lovudkastets § 1, stk. 1. Efter stk. 2 finder voldgift sted i Danmark, såfremt voldgiftsretten har sit sæde her i landet, jf. lovudkastets § 18. Efter § 18, stk. 1 kan parterne aftale voldgiftens sæde. Har parterne ikke aftalt sædet, fastsætter voldgiftsretten det under hensyntagen til sagens omstændigheder, herunder hvad der er hensigtsmæssigt for parterne, jf. § 18, stk. 2.

Retsplejerådet kunne tilslutte sig, at den danske voldgiftslov som hovedregel skal finde anvendelse og kun skal finde anvendelse på "dansk voldgift". Retsplejerådet kunne endvidere tilslutte sig, at voldgiftslovens regler skal anvendes uden forskel på national og international dansk voldgift, således at det ikke gør nogen forskel, om voldgiften har eller ikke har tilknytning til udlandet.²⁴

Efter Retsplejerådets opfattelse ville det i den forbindelse være en fordel, hvis der kan findes en klar afgrænsning af, hvad "dansk voldgift" er. Retsplejerådet kunne i princippet tilslutte sig, at "dansk voldgift" defineres som voldgift, hvis "sæde" er i Danmark. Rådet fandt det dog cirkulært at lade en voldgiftslovs anvendelse bero på voldgiftens "sæde", hvis sædet samtidig skal fastlægges efter reglerne i den voldgiftslov, der finder anvendelse.

Retsplejerådet anførte, at der lovgivningsteknisk ikke er noget til hinder for, som i lovudkastet, modelloven, den norske voldgiftslov og den tyske voldgiftslov, at lade en voldgiftslovs anvendelse bero på, at voldgiften, efter den pågældende voldgiftslovs regler om fastlæggelsen af voldgiftens sæde, har sæde i det pågældende land. Efter Retsplejerådets opfattelse måtte det imidlertid forudsætte, at reglerne om fastlæggelsen af voldgiftens sæde er entydige og let anvendelige i praksis. Rådet fandt det derfor mindre hensigtsmæssigt, som i lovudkastet (og i øvrigt i den norske voldgiftslov), at lade lovens anvendelsesområde bero på en henvisning til en regel, der kan fraviges ved aftale.

Retsplejerådet var opmærksom på, at f.eks. Sverige og Storbritannien har valgt en anden løsning for fastlæggelse af voldgiftslovens anvendelsesområde. Den svenske voldgiftslov gælder for voldgift i Sverige, og voldgift kan indledes i Sverige, hvis 1) dette fremgår af voldgiftsaftalen, 2) dette i overensstemmelse

²⁴⁾ Jf. L 127, s. 91.

med voldgiftsaftalen er bestemt af voldgiftsretten eller et voldgiftsinstitut, 3) modparten samtykker heri, eller 4) der er værneting for den materielle tvist ved svensk domstol, og voldgiftsaftalen ikke indebærer, at voldgiften skal finde sted i udlandet. Den engelske voldgiftslov gælder for voldgift med sæde i England, og voldgiftens sæde betyder "the juridical seat" fastsat 1) af parterne, 2) af en voldgiftsinstitution eller anden institution eller person, som parterne har tillagt kompetence hertil, 3) af voldgiftsretten, hvis parterne har bemyndiget den hertil, eller, i mangel heraf, 4) under hensyn til parternes aftale og alle relevante omstændigheder.

Advokatrådets arbejdsgruppe anførte over for Retsplejerådet, at gruppen fandt de svenske og engelske regler unødvendigt komplicerede.

Retsplejerådet anbefalede på denne baggrund, at reglerne om voldgiftslovens almindelige anvendelsesområde blev tydeliggjort, men på en mere enkel måde end i de svenske eller engelske regler, hvilket Advokatrådets arbejdsgruppe tilsluttede sig. Herefter foreslog Retsplejerådet følgende bestemmelse:²⁵

§ 1. Loven gælder for voldgift, herunder international voldgift, der har sæde her i landet.

Stk. 2. Voldgiften har sæde her i landet, såfremt:

- 1) parterne har aftalt det,
- 2) en tredjemand, herunder en voldgiftsinstitution, i overensstemmelse med parternes aftale har bestemt det, eller
- 3) voldgiftsretten har bestemt det.

Justitsministeriet kunne tilslutte sig, at den danske voldgiftslov som hovedregel kun skal anvendes på "dansk voldgift" og uden forskel på, om voldgiften er national eller international. Ministeriet fandt endvidere, at der ikke var afgørende hensyn, der talte for, at national voldgift skulle have en anden eller strammere regulering end internationale tvister, og at man uden brug af sondringen undgik uheldige afgrænsningsspørgsmål. For så vidt angik formuleringen af voldgiftslovens § 1, stk. 2 undlod ministeriet imidlertid helt at bruge arbejdsgruppens forslag og Retsplejerådets forslag.²⁶ I stedet indeholder voldgiftslovens § 20, som foreslået af arbejdsgruppen, en bestemmelse, hvorefter "parterne kan aftale, hvor voldgiften skal finde sted. I mangel af aftale bestemmer voldgiftsretten, hvor voldgiften skal finde sted, under hensyntagen til sagens omstændigheder, herunder hvad der er praktisk for parterne." Til gengæld er den af Retsplejerådet foreslåede formulering af § 1, stk. 2 gengivet i bemærkningerne til § 1, stk. 1. Det hedder heri:²⁷

²⁵⁾ Jf. L 127, s. 91 og 113 f.

²⁶⁾ Retsplejerådets forslag er reelt blot en inkorporering af lovudkastets § 18 og en hertil knyttet bemærkning i bemærkningerne til lovudkastets § 1, stk. 2 og § 18.

²⁷⁾ Jf. L 127, s. 55-56.

"Om en voldgift finder sted her i landet, er som udgangspunkt et retligt spørgsmål. Voldgift anses således som udgangspunkt at finde sted her i landet, hvis parterne har aftalt, at voldgiften skal finde sted her i landet, eller at voldgiftsstedet ("the place of arbitration") er her i landet. Det samme gælder, hvis sådan bestemmelse er truffet af en tredjemand, herunder en voldgiftsinstitution eller af voldgiftsretten. Aftale eller bestemmelse om, at voldgiften skal finde sted her i landet, kan indgås eller træffes, uanset om parterne og sagen i øvrigt ikke har nogen tilknytning til Danmark, men Danmark f.eks. blot er valgt som et for begge parter neutralt forum.

Som udgangspunkt skal der således ved vurderingen af, om en voldgift finder sted her i landet, ikke tages hensyn til voldgiftssagens faktiske forløb. Dette gælder også, selv om voldgiftssagens møder mv. i større eller mindre omfang holdes uden for Danmark. Det vil kun være i helt ekstraordinære tilfælde, hvor en voldgiftssag - ud over en rent formel angivelse af, at voldgiftsstedet er i Danmark - ingen tilknytning har til Danmark, at parternes aftale mv. om, at voldgiften finder sted her i landet, ikke kan lægges til grund."

Der er næppe den store forskel mellem de tre formuleringer. Udgangspunktet er fælles, nemlig at voldgiftsloven anvendes, hvis voldgiften finder sted/har sæde i Danmark. Justitsministeriets forslag indebærer dog, at domstolene i helt specielle tilfælde kan tilsidesætte en aftale om, at voldgiften finder sted i Danmark. Det er nok en forbedring af lovudkastet, selv om det indebærer en vis usikkerhed for parter, der aftaler, at voldgiften skal finde sted (have sæde) i Danmark.²⁸

7. Voldgift med udenlandsk sæde mv.

Advokatrådets arbejdsgruppe foreslog, at enkelte af lovudkastets regler også skulle anvendes på voldgift, der finder sted i udlandet, og voldgift, hvor sædet endnu ikke er fastlagt, jf. lovudkastets § 1, stk. 3. Det drejer sig om lovudkastets § 2, stk. 2, om retssager, der anlægges om den materielle tvist mellem parterne, efter at tvisten er indbragt for en voldgiftsret, § 7 om retssager, der anlægges om den materielle tvist mellem parterne, før voldgiftsretten har truffet afgørelse, § 8 om domstolenes iværksættelse af foreløbige retsmidler og § 26

²⁸⁾ Retsplejerådet bemærkede også, 1972-voldgiftsloven ikke fandt anvendelse på faglig voldgift, jf. lovens § 11, stk. 1. Da Rådet gik ud fra, at der med lovudkastet ikke var tilset ændringer heri, anbefalede det en udtrykkelig undtagelse af faglig voldgift fra lovens anvendelse. Hertil oplyste Advokatrådets arbejdsgruppe, at den ikke havde behandlet faglig voldgift, og at der efter gruppens opfattelse ikke var noget til hinder for videreførelse af 1972-lovens § 11, stk. 1. Justitsministeriet tiltrådte dette, jf. voldgiftslovens § 1, stk. 5. Jf. L 127, s. 91 og 113-115.

om domstolenes bistand til optagelse af bevis. Retsplejerådet kunne tilslutte sig indholdet af § 1, stk. 3.²⁹

Arbejdsgruppen foreslog også, at domstolene ved voldgift, hvor sædet endnu ikke er fastlagt, kan udøve de beføjelser, de er tillagt efter visse af lovudkastets bestemmelser, jf. lovudkastets § 1, stk. 4. Det er § 9 om etablering af voldgiftsretten, § 11 om behandling af habilitetsindsigelser mod en voldgiftsdommer og § 12 om ophør i øvrigt af hvervet som voldgiftsdommer.

Retsplejerådet kunne tiltræde, at danske domstole bør kunne yde bistand til etablering af en voldgiftsret og bør kunne behandle habilitetsindsigelser mod en voldgiftsdommer og andre spørgsmål om ophør af hvervet som voldgiftsdommer, når voldgiftens sæde endnu ikke er fastlagt, jf. lovudkastets § 1, stk. 4. Efter Retsplejerådets opfattelse burde danske domstoles kompetence i denne henseende imidlertid ikke alene bero på, at en part indbringer spørgsmålet for en dansk domstol, men at der også burde stilles krav om en vis tilknytning til Danmark. De tilsvarende norske, engelske og tyske regler indeholder et tilknytningskrav. De norske og tyske regler er begrænset til tilfælde, hvor sagsøger eller sagsøgte har forretningssted eller sædvanligt opholdssted i Norge hhv. Tyskland. De engelske regler kræver, at det "by reason of a connection with England ... is appropriate", at engelske domstole udøver kompetence.³⁰

Retsplejerådet overvejede derfor, hvordan et sådant tilknytningskrav burde udformes. En mulighed ville være at stille krav om, at der, bortset fra voldgiftsaftalen, ville være værneting i Danmark for den materielle tvist mellem parterne. For denne løsning talte bl.a., at der hermed anvendes et kendt regelsæt, og at danske domstole hermed inddrages i situationer, hvor de i forvejen potentielt kunne blive inddraget, nemlig hvis voldgiftsaftalen viser sig at være ugyldig eller uigennemførlig, således at tvisten må indbringes for domstolene i stedet for. Imod denne løsning kunne det anføres, at det i en international tvist undertiden kan være vanskeligt at afgøre, om der er værneting i Danmark, og at det ville være lidet hensigtsmæssigt, hvis en anmodning om bistand til etablering af en voldgiftsret mv. forudsatte en vanskelig og tidkrævende behandling af et værnetingsspørgsmål. En anden mulighed ville være at anvende et mere vagt kriterium, såsom at "det ud fra sagens tilknytning til Danmark og omstændighederne i øvrigt findes rimeligt", at danske domstole inddrages i forbindelse med voldgiftsrettens etablering mv. En sådan regel ville give en dansk domstol, der modtager en anmodning om bistand, mulighed for ud fra forholdene i den konkrete sag at skønne over, om anmodningen bør imødekommes.³¹

²⁹⁾ Jf. L 127, s. 92.

³⁰⁾ Jf. L 127, s. 92.

³¹⁾ Jf. L 127, s. 92.

Over for Retsplejerådet erklærede Advokatrådets arbejdsgruppe sig enig i, at der burde være et tilknytningskrav. Arbejdsgruppen udtrykte præference for den norsk/tyiske løsning frem for den engelske. Retsplejerådet foreslog på den baggrund, at tilknytningskravet udformes som et krav om, at mindst en af parterne skal have hjemting i Danmark.³²

Retsplejerådet fandt endelig, at § 1 om lovens anvendelsesområde udtrykkeligt bør angive, at udkastets §§ 40 og 41 og § 42, jf. § 41, finder anvendelse på anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser.

På baggrund af disse overvejelser foreslog Retsplejerådet lovudkastets § 1, stk. 3-5 formuleret således:³³

Stk. 3. Reglerne i §§ 2 og 26 finder også anvendelse på voldgift, der har sæde i udlandet, eller hvor sædet endnu ikke er fastlagt.

Stk. 4. Reglerne i §§ 9-12 finder også anvendelse på voldgift, hvor sædet endnu ikke er fastlagt, såfremt mindst en af parterne har hjemting her i landet.

Stk. 5. Reglerne i §§ 40 og 41 og § 42, jf. §§ 40 og 41, finder anvendelse på anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser.

Justitsministeriet kunne principielt tiltræde både arbejdsgruppens og Retsplejerådets forslag, men ministeriet præciserede reglerne for lovens anvendelsesområde således, jf. voldgiftslovens § 1, stk. 2-4:

Stk. 2. Reglerne i § 4, kapitel 2, § 16, stk. 4, 2. pkt., og § 27, stk. 1, finder også anvendelse på voldgift, der finder sted i udlandet, og når det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted.

Stk. 3. Har mindst én af parterne hjemting her i landet, finder kapitel 3 også anvendelse, når det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted.

Stk. 4. Kapitel 9 finder også anvendelse på anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser, der er afsagt i udlandet.

Voldgiftslovens § 1, stk. 2 fastslår, at lovens bestemmelser om forholdet til domstolene finder anvendelse på al voldgift, dvs. ud over voldgift, der finder sted i Danmark, også voldgift, der finder sted i udlandet, og voldgift, hvor det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted. Dette svarer til arbejdsgruppens forslag, dog med den præcisering, at samtlige regler i kap. 2 også gælder. Det er § 6 om, hvilke tvister der efter deres art kan afgøres ved voldgift, § 7 om, at voldgiftsaftaler skal angå et bestemt retsforhold, og at forudgående voldgiftsaftaler i forbrugerforhold ikke er bindende for forbrugeren, § 8

³²⁾ Jf. L 127, s. 92.

³³⁾ Jf. L 127, s. 113.

om afvisning og § 9 om iværksættelse af foreløbige retsmidler samt § 16, stk. 4, 2. pkt. om forbrugerbeskyttelse.³⁴

Voldgiftslovens § 1, stk. 3 fastslår, at hvis mindst én af parterne har hjemting her i landet, finder lovens bestemmelser om voldgiftsrettens sammensætning også anvendelse på voldgift, hvor det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted. Dette svarer til arbejdsgruppens forslag med de ændringer, at der henvises til alle reglerne i kap. 3, og at der er indføjet et krav om tilknytning til Danmark i form af hjemting for én af parterne.

Formålet med § 1, stk. 3 er at sikre, at voldgiftsretten kan etableres, selv om det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted. Der vil typisk være tale om tilfælde, hvor voldgiftsstedet skal fastlægges af voldgiftsretten, hvilket i sagens natur først kan ske, når voldgiftsretten er etableret.³⁵ Stk. 3 anvendes kun, så længe det ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted. Når voldgiftsstedet er fastlagt, anvendes loven i sin helhed, hvis voldgiften finder sted i Danmark, jf. stk. 1. Finder voldgiften derimod sted i udlandet, må parterne henvende sig til domstolene i det land, hvor voldgiften finder sted, hvis de har behov for bistand til etablering af voldgiftsretten. § 1, stk. 3 henviser til kap. 3 om voldgiftsrettens sammensætning og etablering mv.

Endelig fastslår voldgiftslovens § 1, stk. 4, at lovens kap. 9 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser også finder anvendelse på anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser, der er afsagt i udlandet, og hvor voldgiften således ikke har fundet sted her i landet. Kapitel 9 gælder således for anerkendelse og fuldbyrdelse af alle voldgiftskendelser, uanset i hvilket land de er afsagt.³⁶

8. Voldgift i forbrugerforhold

Advokatrådets arbejdsgruppe havde om voldgiftsaftaler bl.a. foreslået, at voldgiftsaftaler i forbrugerforhold, der er indgået før tvistens opståen, ikke bindende for forbrugeren, jf. lovudkastets § 6, stk. 2. Reglen var inspireret af svensk ret og retsplejelovens § 245, stk. 2, der indeholder en tilsvarende begrænsning for værnetingsaftaler i forbrugerforhold.³⁷ § 6 skulle efter arbejdsgruppens forslag kun gælde for voldgift, der finder sted i Danmark.

³⁴⁾ Jf. L 127, s. 56.

³⁵⁾ Jf. L 127, s. 56.

³⁶⁾ Jf. L 127, s. 56. Jf. afsnit 15.

³⁷⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 129 og 170.

Retsplejerådet kunne tiltræde forslaget om at forbyde forudgående voldgiftsaftaler i forbrugerforhold og anførte, at voldgift som retsinstitut først og fremmest er møntet på og egnet til afgørelse af tvister i erhvervsforhold, og hensynet til beskyttelsen af forbrugere tilsiger, at der i forbrugerforhold ikke bør kunne indgås en voldgiftsaftale, før tvisten er opstået. Retsplejerådet bemærkede dog, at en indsigelse om, at en forudgående voldgiftsaftale i en sag om forbrugerforhold er ugyldig, jf. lovudkastets § 6, stk. 2, fortæbes efter lovudkastets § 14, stk. 4, hvis indsigelsen ikke fremsættes i indklagedes første indlæg for voldgiftsretten om realiteten, jf. lovudkastets § 14, stk. 2, 1. pkt. Voldgiftsretten kan dog tillade, at indsigelsen rejses på et senere tidspunkt under sagen, jf. lovudkastets § 14, stk. 2, 4. pkt. Retsplejerådet fandt, at disse regler ikke i tilstrækkelig grad sikrede, at forbrugere ikke uforvarende bliver bundet af en forudgående voldgiftsaftale. Derfor foreslog Retsplejerådet en regel om, at en indsigelse efter § 6, stk. 2, kun fortæbes efter lovudkastets § 14, hvis forbrugeren deltager i voldgiftssagen efter at være gjort bekendt med, at voldgiftsaftalen ikke er bindende. Retsplejerådet henviste til, at den norske voldgiftslov indeholder en lignende regel, hvor det dog yderligere er et krav, at forbrugeren også er gjort bekendt med, hvad en voldgiftskendelse betyder for mulighederne for fornyet prøvelse.³⁸

Retsplejerådet overvejede også, om lovudkastets § 6, stk. 2, burde udvides til at finde anvendelse på voldgift, der finder sted i udlandet. Advokatrådets arbejdsgruppe tilkendegav på dette punkt, at en aftale, der før tvistens opståen indgås mellem en dansk erhvervsdrivende og en dansk forbruger om voldgift i udlandet, som altovervejende hovedregel vil være ugyldig, jf. aftalelovens § 38 c, der er internationalt præceptiv, jf. aftalelovens § 38 d. Gyldigheden af en aftale, der før tvistens opståen indgås mellem en udenlandsk erhvervsdrivende og en dansk forbruger om voldgift i udlandet, vil afhænge af de aftaleretlige regler i det lands lovgivning, som finder anvendelse i henhold til lovvalgsreglerne i Romkonventionen, idet Romkonventionen antages at finde analog anvendelse på voldgiftsaftaler. Retsplejerådet fandt på dette grundlag, at danske forbrugere hermed er sikret en tilstrækkelig beskyttelse og opgav at foreslå en udvidet anvendelse af § 6, stk. 2.³⁹

Justitsministeriet var enig med Advokatrådet og Retsplejerådet og udformede § 7, stk. 2 således, at en voldgiftsaftale indgået i sager om forbrugeraftaler før tvisten er opstået, ikke er bindende for forbrugeren. Det indebærer, at voldgiftsaftaler frit kan indgås i forbrugeraftaler, når tvisten er opstået. På den anden side indebærer dette dog ikke, at Forbrugerklagenævnets eller private klagenævns kompetence afskæres, jf. forbrugerklagelovens § 2, stk. 2, og indledes der voldgiftssag, skal voldgiftssagen på forbrugers anmodning udsættes, ind-

³⁸⁾ Jf. L 127, s. 94.

³⁹⁾ Jf. L 127, s. 94.

til Forbrugerklagenævnets eller det private klagenævns afgørelse foreligger, jf. forbrugerklagelovens § 3, stk. 3.⁴⁰

Justitsministeriet valgte at udvide forbrugerbeskyttelsen, jf. voldgiftslovens § 16, stk. 4, 2. pkt. Efter denne bestemmelse mister forbrugeren kun retten til at påberåbe sig, at voldgiftsaftalen ikke er bindende for denne, hvis forbrugeren deltager i voldgiftssagen efter at have modtaget oplysning om, at voldgiftsaftalen ikke er bindende. Bestemmelsen kan ikke fraviges ved aftale. Det er uden betydning, hvem der oplyser forbrugeren herom, og det kan således f.eks. både være voldgiftsretten, modparten eller forbrugeren egen advokat. Når forbrugeren deltager i voldgiftssagen med viden om, at voldgiftsaftalen ikke er bindende, anses forbrugeren for at have godkendt voldgiftsaftalen, der dermed bliver gyldig, da det kun er forudgående voldgiftsaftaler i sager om forbrugeraftaler, der ikke er bindende for forbrugeren, jf. § 7, stk. 2.⁴¹

9. Lovvalget for voldgiftsaftalen

Retsplejerådet konstaterede, at lovudkastets § 27 alene angik lovvalg i forbindelse den materielle tvist, og at lovudkastet ikke indeholdt lovvalgsregler om voldgiftsaftalers indgåelse og gyldighed. Retsplejerådet tilkendegav, at der næppe af lovudkastets § 37, stk. 3, nr. 1, og § 41, stk. 3, nr. 1, kunne udledes noget om lovvalget med hensyn til voldgiftsaftalers indgåelse og gyldighed, når spørgsmålet opstår under en retssag efter lovudkastets § 7.⁴²

Advokatrådets arbejdsgruppe bekræftede over for Retsplejerådet denne forståelse og anførte, at hverken modelloven, eller de svenske, tyske og engelske love indeholder lovvalgsregler om voldgiftsaftalens eksistens og gyldighed. Arbejdsgruppen anførte endvidere, at den fandt det overflødigt at fastsætte sådanne lovvalgsregler, da det er antaget i den retsvidenskabelige litteratur, at Romkonventionen bør anvendes analogt på voldgiftsaftaler. Gruppen tilføjede, at såfremt det findes hensigtsmæssigt med lovregler om spørgsmålet, burde Romkonventionens lovvalgsregler gøres anvendelige, hvilket kunne ske ved en ændring af Romkonventionsloven.

Hverken Retsplejerådet eller Justitsministeriet foreslog en sådan ændring, hvorfor voldgiftsloven i overensstemmelse med arbejdsgruppens forslag ikke indeholder lovvalgsregler for voldgiftsaftalens eksistens og gyldighed.⁴³

⁴⁰⁾ Jf. L 127, s. 60 og Reform af voldgiftsloven, s. 170.

⁴¹⁾ Jf. L 127, s. 69.

⁴²⁾ Jf. L 127, s. 95.

⁴³⁾ Jf. L 127, s. 95. Jf. konvention af 19. juni 1980. Jf. lov nr. 188 af 9. maj 1984 med senere ændringer.

10. Ophør af hvervet som voldgiftsdommer

Lovudkastets § 11 indeholder ufravigelige regler om behandling af indsigelser mod en voldgiftsdommers habilitet. Efter § 11, stk. 1, skal indsigelse mod en voldgiftsdommers upartiskhed eller uafhængighed fremsættes inden 15 dage efter, at parten blev bekendt med udpegningen af voldgiftsdommeren eller de omstændigheder, som indsigelsen bygger på. Har parterne ikke bestemt, at indsigelsen skal behandles af en anden myndighed, afgør voldgiftsretten, om voldgiftsdommeren skal vige sædet, medmindre denne frivilligt viger sædet, eller den anden part erklærer sig enig i indsigelsen. Såfremt en indsigelse ikke tages til følge, kan den part, som klagede, indbringe spørgsmålet for domstolene inden 30 dage efter, at parten blev bekendt med afgørelsen, jf. § 11, stk. 2. Voldgiftsretten kan fortsætte behandlingen af voldgiftssagen, selv om spørgsmålet om en voldgiftsdommers upartiskhed eller uafhængighed er indbragt for domstolene. Indsigelse mod en voldgiftsdommers habilitet kan ikke senere påberåbes som ugyldighedsgrund eller som grundlag for at nægte anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen, jf. § 11, stk. 3.

Retsplejerådet bemærkede, at ifølge arbejdsgruppens bemærkninger til § 11, stk. 1, kan en part ikke klage over en voldgiftsdommer, der er udpeget af parten selv, hvis parten ved udpegningen var bekendt med grundlaget for indsigelsen. Rådet fandt, at dette imidlertid ikke klart fremgik af den foreslåede ordlyd, hvor formuleringen ”inden 15 dage efter, at parten blev bekendt med udpegningen af voldgiftsdommeren eller de omstændigheder, som indsigelsen bygger på” efter Rådets vurdering lagde op til, at det er nok at overholde 15-dages fristen i forhold til ét af de to nævnte forhold. Retsplejerådet foreslog derfor at regulere spørgsmålet i lovteksten, jf. herved også modellovens art. 12, stk. 2, 2. pkt. Advokatrådets arbejdsgruppe tilsluttede sig dette forslag.⁴⁴ Justitsministeriet udformede herefter voldgiftslovens § 13, stk. 2 i overensstemmelse med Retsplejerådets anbefaling.

Retsplejerådet fandt endvidere, at den foreslåede præceptive 15-dages frist indskrænkede parternes aftalefrihed i forhold til gældende ret, hvilket som påpeget i nogle af høringssvarene navnlig har betydning for institutionel voldgift. Rådet fandt det derfor ubetænkeligt at give parterne mulighed for at aftale en anden frist for fremsættelse af habilitetsindsigelser, herunder gennem henvisning til et voldgiftsinstituts voldgiftsregler. Rådet foreslog derfor at indsætte ordene »eller anden aftalt frist« i § 11, stk. 1. Advokatrådets arbejdsgruppe tilsluttede sig dette forslag, som Justitsministeriet fulgte og indsatte i voldgiftslovens § 13, stk. 1, hvorefter parterne kan aftale fremgangsmåden for behandling af indsigelser mod en voldgiftsdommer.⁴⁵

⁴⁴⁾ Jf. L 127, s. 97. Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 175.

⁴⁵⁾ Jf. L 127, s. 98.

11. Voldgiftsrettens afgørelse af sin kompetence

Lovudkastets § 14 angår voldgiftsrettens afgørelse af sin kompetence. Bestemmelsen, der kun gælder for voldgift, der finder sted i Danmark, kan ikke fraviges ved aftale, jf. lovudkastets § 3. Efter § 14, stk. 1, afgør voldgiftsretten selv spørgsmål om sin kompetence. Denne bestemmelse lovfæster det for voldgift grundlæggende princip om voldgiftsrettens kompetence til at afgøre sin egen kompetence. Det fremgår også af lovudkastets § 14, stk. 1, 2. pkt., at en voldgiftsklausul, der udgør en del af en kontrakt, i denne sammenhæng anses for en selvstændig aftale uafhængig af kontraktens øvrige dele, og voldgiftsrettens eventuelle afgørelse om kontraktens ugyldighed medfører ikke i sig selv voldgiftsklausulens ugyldighed. Denne bestemmelse kodificerer ”The Doctrine of Separability”, der også er et for voldgift afgørende princip. Efter § 14, stk. 3, kan voldgiftsretten afgøre indsigelser mod sin kompetence under voldgiftssagen eller i voldgiftskendelsen. Såfremt voldgiftsretten under sagen finder, at den har kompetence, kan en part indbringe denne afgørelse for domstolene inden 30 dage fra det tidspunkt, hvor afgørelsen kom frem til parten. Voldgiftsretten kan fortsætte behandlingen af voldgiftssagen og afgøre tvisten, selv om spørgsmålet verserer for domstolene. Efter § 14, stk. 4, kan en part, som ikke rejser indsigelse mod voldgiftsrettens kompetence ”efter denne bestemmelse” (dvs. § 14), ikke senere gøre indsigelsen gældende, eller gøre gældende, at voldgift ikke er aftalt.

Retsplejerådet kunne tilslutte sig de to vigtige principper, som fastslås i § 14, dvs. princippet om voldgiftsrettens kompetence til at træffe afgørelse om sin kompetence med hensyn til den materielle tvist mellem parterne og princippet om adskillelighed mellem voldgiftsaftalen og parternes samlede aftale. Retsplejerådet fandt dog, at der var forskellige spørgsmål i relation til stk. 4, som burde præciseres i bemærkningerne til loven.⁴⁶ For det første burde det præciseres, at kun indsigelser, som kan frafaldes, kan fortabes efter denne bestemmelse. En indsigelse om, at tvisten efter sin art ikke kan afgøres ved voldgift, jf. lovudkastets § 5 og § 37, stk. 2, nr. 1, burde efter Rådets opfattelse ikke kunne fortabes, fordi indsigelsen ikke gøres gældende for voldgiftsretten. For det andet burde det præciseres, at ligesom indsigelser mod kompetencen ikke mistes, hvis en part helt undlader at deltage i voldgiftssagen, bør indsigelser mod kompetencen heller ikke kunne fortabes, hvis en part helt undlader at deltage i voldgiftssagen efter, at voldgiftsretten er etableret. For det tredje burde det præciseres, om indsigelser kan fortabes både ved undladelse af at gøre indsigelsen gældende over for voldgiftsretten, jf. stk. 2, og ved undladelse af at indbringe voldgiftsrettens delafgørelse om sin kompetence for domstolene, jf. stk. 3.

⁴⁶⁾ Jf. L 127, s. 99.

Retsplejerådet bemærkede i relation til sidstnævnte problemstilling (fortabelse af indsigelser ved manglende indbringelse af voldgiftsrettens delafgørelse om sin kompetence for domstolene), at lovudkastets § 14, stk. 4, ifølge arbejdsgruppens bemærkninger hertil er inspireret af en regel i det norske udkast, og at det i bemærkningerne til det norske udkast (og til det senere gennemførte norske lovforslag) udtrykkeligt er anført, at undladelse af at benytte adgangen til indbringelse for domstolene ikke afskærer parten fra senere at påberåbe sig kompetencemanglen som ugyldighedsgrund. Retsplejerådet havde imidlertid for så vidt ingen bemærkninger til, at man styrker voldgiftens effektivitet ved at kræve indbringelse for domstolene med det samme, hvis indsigelsen ønskes bevaret. Uanset hvilken løsning der vælges, var det imidlertid efter Retsplejerådets opfattelse vigtigt, at den fremgik klart af loven.⁴⁷

Advokatrådets arbejdsgruppe erklærede sig over for Retsplejerådet enig i, at indsigelser om, at tvisten ikke kan afgøres ved voldgift, eller om modstrid med grundlæggende retsprincipper (ordre public) ikke kan fortages efter lovudkastets § 14. Arbejdsgruppen var derimod uenig i, at indsigelser mod voldgiftsrettens kompetence ikke burde kunne fortages, hvis en part helt undlader at deltage i voldgiftssagen efter, at voldgiftsretten er etableret (dvs. aldrig afgiver noget indlæg vedrørende sagens realitet). Arbejdsgruppen henviste i den forbindelse til voldgiftens effektivitet. Arbejdsgruppen kunne derfor støtte Retsplejerådets forslag om en præcisering af, om indsigelser kan fortages både ved undladelse af at gøre indsigelsen gældende over for voldgiftsretten og ved undladelse af at indbringe voldgiftsrettens delafgørelse om sin kompetence for domstolene. Arbejdsgruppen fandt i den forbindelse, at indsigelsen burde kunne fortages i begge tilfælde.⁴⁸

Justitsministeriet valgte at følge Retsplejerådets anbefaling, jf. voldgiftslovens § 16, stk. 4, 1. pkt.:

Stk. 4. En indsigelse mod voldgiftsrettens kompetence kan ikke senere påberåbes som ugyldighedsgrund eller som grundlag for at nægte anerkendelse eller fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen, medmindre tvisten efter sin art ikke kan afgøres ved voldgift.

Justitsministeriet anførte i bemærkningerne til bestemmelsen, at den kun omfatter tilfælde, hvor en part deltager i voldgiftssagen uden at gøre indsigelse mod voldgiftsrettens kompetence eller uden i givet fald at følge indsigelsen op

⁴⁷⁾ Jf. L 127, s. 99. Retsplejerådet gjorde i den forbindelse opmærksom på, at advokat, dr.jur. Allan Philip i sit høringssvar anførte, at "det meget vel kan drøftes, om det ikke er procesbesparende i relation til kompetence og ugyldighed, hvis spørgsmålet vel kan afgøres sideløbende med voldgiftsagens fortsættelse, men også først når dom (dvs. voldgiftskendelse) er afsagt."

⁴⁸⁾ Jf. L 127, s. 99.

gennem en særskilt indbringelse for domstolene efter voldgiftslovens § 16, stk. 3, 2. pkt. En part, der ikke deltager i voldgiftssagen ud over eventuelt at udpege eller deltage i udpegningen af en voldgiftsdommer, er ikke afskåret fra at påberåbe sig indsigelsen som ugyldighedsgrund, forudsat at retssag om tilsidesættelse af voldgiftskendelsen anlægges inden tre måneder efter modtagelsen af voldgiftskendelsen, jf. § 37, stk. 4, eller som grundlag for at nægte anerkendelse eller fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen.⁴⁹ § 16, stk. 4, 1. pkt., indebærer således, at en part, der har deltaget i voldgiftssagen, skal fremsætte eventuelle indsigelser mod voldgiftsrettens kompetence, herunder mod voldgiftsaftalens eksistens og gyldighed, under voldgiftssagen. Reglen indebærer også, at hvis der træffes særskilt afgørelse om, at voldgiftsretten har kompetence, skal en part, der ønsker afgørelsen heraf prøvet af domstolene, særskilt indbringe spørgsmålet for domstolene efter stk. 3, 2. pkt. I modsat fald mistes indsigelsen og kan ikke påberåbes som ugyldighedsgrund eller som grundlag for at nægte anerkendelse eller fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen. En indsigelse om, at tvisten efter sin art ikke kan afgøres ved voldgift, mistes dog ikke.

12. Voldgiftsrettens lovvalg

Advokatrådets arbejdsgruppe havde med hensyn til lovvalget for sagens genstand foreslået, at udgangspunktet er, at voldgiftsretten skal anvende de retsregler, som parterne har valgt, jf. lovudkastets § 27, stk. 1, hvilket Justitsministeriet kunne tilslutte sig, jf. voldgiftslovens § 28, stk. 1.⁵⁰

Arbejdsgruppen drøftede også, hvilken løsning der skulle gælde, hvor parterne ikke har aftalt noget om lovvalget. Arbejdsgruppen fandt de svenske regler om anvendelse af loven i det land, hvor voldgiftsretten har sæde, en meget direkte og fast løsning, som efter arbejdsgruppens skøn er meget praktisk i de fleste tilfælde på grund af dens forudsigelighed. Arbejdsgruppen fandt, at modellovens art. 28, stk. 2, hvorefter voldgiftsretten skal anvende de lovvalgsregler, den finder anvendelige, indebærer, at voldgiftsretten først fastsætter de anvendelige lovvalgsregler, hvorefter den anvender disse til at udpege den anvendelige materielle lovgivning. Voldgiftsretten er frit stillet med hensyn til valget af lovvalgsregler, men ikke med hensyn til valget af den anvendelige lovgivning, der følger af de valgte lovvalgsregler. Efter arbejdsgruppens vurdering var denne løsning mindre heldig, fordi parterne ikke har mulighed for at forudsige hvilke lovvalgsregler, der vil blive anvendt, og dermed hvilke retsregler der skal anvendes af voldgiftsretten.⁵¹

⁴⁹⁾ Jf. L 127, s. 68-69.

⁵⁰⁾ Retsplejerådet havde ikke bemærkninger til de af arbejdsgruppen foreslåede lovvalgsregler for afgørelse af tvisten.

⁵¹⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 135-136.

Arbejdsgruppen foretrak i stedet en bestemmelse svarende til art. 17 i Det Internationale Handelskammers (ICC) Procesreglement fra 1998 om, at voldgiftsretten skal anvende de retsregler, som voldgiftsretten finder anvendelige. Begrundelsen herfor var, at reglen går uden om lovvalgsreglerne og reelt er en bemyndigelse til voldgiftsretten til ubundet af regler at foretage lovvalget. Ganske vist er resultatet vanskeligt at forudsige, men løsningen tvinger i højere grad parterne til at blive enige om de anvendelige retsregler. Henset til ICC's store succes og reglens direkte karakter fremstod ICC-løsningen efter arbejdsgruppens opfattelse som den mest moderne regel, der samtidig giver voldgiftsretten frihed til at afgøre lovvalget på den mest hensigtsmæssige måde i lyset af sagens konkrete omstændigheder.⁵² En sådan regel blev derfor foreslået, jf. lovudkastets § 27, stk. 2.

Justitsministeriet fandt derimod, at voldgiftsretten bør bruge de lovvalgsregler, som voldgiftsretten finder anvendelige, til at udpege, hvilke materielle retsregler sagen skal afgøres efter. Justitsministeriet lagde i den forbindelse vægt på, at reglen stemmer overens med modelloven, og at reglen er rimelig i både internationale og nationale voldgiftssager. I internationale voldgiftssager kan voldgiftsstedet være bestemt ud fra helt andre hensyn end de materielle retsregler eller lovvalgsregler, der er gældende på voldgiftsstedet, hvorfor det efter Justitsministeriets opfattelse var hensigtsmæssigt at give voldgiftsretten mulighed for efter et skøn over sagens omstændigheder at bestemme, hvilke lovvalgsregler der skal anvendes.⁵³ Ministeriet tilføjede, at en sådan ordning ligeledes fører til rimelige resultater i nationale voldgiftssager, eftersom voldgiftsretten har mulighed for at anvende de lovvalgsregler, der er gældende på voldgiftsstedet. Samtidig har parterne altid, herunder efter, at voldgiftssagen er indledt, mulighed for at aftale, efter hvilke materielle retsregler tvisten skal afgøres.⁵⁴

Justitsministeriet fandt i øvrigt både ICC-reglen og de svenske og norske lovvalgsregler mindre egnede. Om ICC-reglen udtalte ministeriet, at den er "meget vidtgående og ikke egnet som grundlag for en udfyldende lovregel, dvs. en regel, som skal anvendes, når parterne ikke har behandlet spørgsmålet om lovvalg i deres aftale." Om de svenske og norske lovvalgsregler bemærkede ministeriet, at "en løsning som den svenske, hvorefter en tvist, der afgøres ved voldgift i Danmark, i mangel af anden aftale altid skal afgøres efter dansk materiel ret, eller som den norske, hvorefter en tvist, der afgøres ved voldgift i Danmark, i mangel af anden aftale altid skal afgøres efter de retsregler, der udpeges af danske lovvalgsregler, heller ikke vil være hensigtsmæssig." Justitsministeriets fandt, at sådanne regler ville indebære en risiko for, at udenlandske

⁵²⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 136.

⁵³⁾ Jf. L 127, s. 39.

⁵⁴⁾ Jf. L 127, s. 39.

parter vil finde voldgift i Danmark mindre attraktiv, hvis voldgift i Danmark automatisk indebærer, at dansk materiel ret eller danske lovvalgsregler skal anvendes i alle tilfælde, hvor parterne ved en forglemmelse eller på grund af manglende enighed ikke har aftalt noget om lovvalget. Ministeriet tilføjede dog, at voldgiftslovens § 28, stk. 2 kan fraviges ved aftale, og at der således ikke er noget til hinder for, at parterne aftaler at anvende en lovvalgsregel som art. 17 i ICC's Procesreglement.⁵⁵

13. Voldgiftskendelsens ugyldighed

Lovudkastets §§ 37, 38 og 44 indeholder regler om ugyldighed af danske voldgiftskendelser. Reglerne gælder for voldgift, der finder sted i Danmark, og kan ikke fraviges ved aftale, jf. lovudkastets §§ 1 og 3. Bestemmelserne giver således ikke de danske domstole mulighed for at tilsidesætte udenlandske voldgiftskendelser som ugyldige.

Lovudkastets § 37 indeholder en udtømmende opregning af de grunde, der kan gøre en dansk voldgiftskendelse ugyldig og den svarer til modellovens art. 34, stk. 2. Retsplejerådet overvejede i denne forbindelse, om en voldgiftskendelses ugyldighed begrundet i voldgiftsaftalens ugyldighed, jf. lovudkastets § 37, stk. 3, nr. 1, burde påses af domstolene af egen drift i stedet for som foreslået af arbejdsgruppen at være afhængig af, om forholdet påberåbes af en part. Retsplejerådet fandt imidlertid, at domstolene ikke nødvendigvis vil have et klart grundlag for at konstatere, om voldgiftsaftalen var ugyldig, eller om aftalen i givet fald senere er ratihaberet. Rådet bemærkede, at i mere oplagte tilfælde, f.eks. hvis voldgiftssagen er indledt på grundlag af en forudgående voldgiftsaftale i forbrugerforhold, jf. lovudkastets § 6, stk. 2, vil retten skulle vejlede om adgangen til at påberåbe sig voldgiftsaftalens ugyldighed.⁵⁶

Lovudkastets § 38 indeholder frister mv. for søgsmål om danske voldgiftskendelsers ugyldighed i overensstemmelse med modellovens art. 34. Endvidere foreslog arbejdsgruppen, at hvis en voldgiftskendelse tilsidesættes, så forbliver voldgiftsaftalen virksom mellem parterne, medmindre parterne aftaler andet, jf. lovudkastets § 38, stk. 5. Modelloven indeholder ikke en sådan regel, der er inspireret af norsk ret.⁵⁷ Advokatrådets arbejdsgruppe anførte over for Retsplejerådet, at ordene "eller andet følger af afgørelsen om tilsidesættelse" bør tilfø-

⁵⁵⁾ Jf. L 127, s. 39.

⁵⁶⁾ Jf. L 127, s. 103.

⁵⁷⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 205-206.

jes i slutningen af bestemmelsen, og henviste i den forbindelse til den tilsvarende bestemmelse i den norske voldgiftslov.⁵⁸

Justitsministeriet fulgte anbefalingerne fra arbejdsgruppen, jf. voldgiftslovens § 37, stk. 4-6 med den ændring, at fristen på 90 dage blev ændret til tre måneder.

14. Anerkendelse og fuldbyrdelse af danske kendelser

Lovudkastets § 39 angår direkte fuldbyrdelse af danske voldgiftskendelser, men anvendes i medfør af lovudkastets § 40, stk. 2, også på fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser. Efter lovudkastets § 39, stk. 1, kan voldgiftskendelser fuldbyrdes efter retsplejelovens regler om fuldbyrdelse af domme, og fuldbyrdesfristen regnes fra det tidspunkt, hvor voldgiftskendelsen blev afsagt. Efter stk. 4 kan voldgiftsrettens afgørelse om sagsomkostninger, jf. lovudkastets § 35, fuldbyrdes efter retsplejelovens regler om fuldbyrdelse af sagsomkostninger. Lovudkastets § 35 omfatter dels voldgiftsrettens honorar, dels voldgiftsrettens omkostninger, dels sagsomkostninger, som en part er blevet pålagt at betale til en anden part.

Retsplejerådet bemærkede, at lovudkastet ikke indeholder nogen udtrykkelig regel om, at danske voldgiftskendelser har bindende virkning (retskraft) her i landet. Det samme er tilfældet for den gældende voldgiftslov. Derimod er den norske voldgiftslov og modelloven udformet således, at der er én fælles regel om anerkendelse og fuldbyrdelse af alle voldgiftskendelser uanset oprindelsesland.⁵⁹ I konsekvens heraf udformede Justitsministeriet voldgiftslovens § 38, stk. 1 således, at det udtrykkeligt fremgår af lovteksten, at en voldgiftskendelse afsagt i Danmark eller udlandet har bindende virkning her i landet.

Advokatrådets arbejdsgruppe havde også foreslået, at den frist på 90 dage, der blev foreslået for at anlægge retssag med henblik på at få erklæret en voldgiftskendelse ugyldig, jf. lovudkastets § 38, stk. 1, samtidig skulle være en frist for at fremsætte indsigelser mod fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse, jf. udkastets § 45, stk. 4. Arbejdsgruppen anførte over for Retsplejerådet, at dette forslag havde til formål at forhindre omgåelse af fristen for anlæg af ugyldighedssøgsmål. Hermed tvinges en part til at anlægge ugyldighedssøgsmål inden fristens udløb, således at ugyldighedsspørgsmålet afklares inden en eventuel tvangsfuldbyrdelse af voldgiftskendelsen. Selv om den foreslåede løsning ikke findes i andre lande, var det arbejdsgruppens opfattelse, at løsningen er hen-

⁵⁸⁾ Jf. L 127, s. 102.

⁵⁹⁾ Jf. L 127, s. 104.

sigtsmæssig. Gruppen anførte også, at formålet er at undgå, at rekvisitus gemmer sine indsigelser til tvangsfuldbyrdesstadiet.⁶⁰ Dette princip anvendes i betydelig udstrækning inden for EF-domskonventionen og ligger bag retsplejeloens fristregler om appel af domme samt fogedrettens begrænsede prøvelsesadgang i sager om fuldbyrdelse af domme.⁶¹

Retsplejerådet fandt, at arbejdsgruppens forslag umiddelbart var logisk nok; hvis voldgiftskendelsen ikke kan erklæres ugyldig, når de 90 dage er gået, hvorfor skulle den så kunne nægtes fuldbyrdet? Imidlertid vurderede Rådet, at en sådan sidestilling af frister for sagsanlæg med påstand om ugyldighed og frister for indsigelse mod fuldbyrdelse havde så mange uhensigtsmæssige, og til dels uacceptable, konsekvenser, at Rådet ikke kunne anbefale en sådan ordning. Retsplejerådet mente, at en sådan ordning ikke findes i andre lande, at retssager om gyldigheden af en voldgiftskendelse er væsensforskellige fra tvister om fuldbyrdelse (eller anerkendelse) af en voldgiftskendelse, at en sådan frist for indsigelser mod fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse ville føre til, at danske domstole ville skulle fuldbyrde selv voldgiftskendelser, som strider mod grundlæggende danske retsprincipper (ordre public), eller som har afgjort en tvist, der efter sin art ikke kan afgøres ved voldgift, og at lovudkastets konkrete udformning rejste en række tvivlsspørgsmål navnlig om forholdet mellem den foreslåede indsigelsesfrist og fogedrettens mulighed for at henvise rekvisenten til almindelig rettergang.⁶²

Henset til Retsplejerådets betænkeligheder ved den foreslåede løsning samt til formålet med lovudkastet havde Advokatrådets arbejdsgruppe imidlertid ikke indvendinger mod, at fristreglen i lovudkastets § 45, stk. 4, udgik. Retsplejerådet anbefalede derfor denne løsning, som Justitsministeriet herefter foreslog, jf. voldgiftslovens § 39.⁶³

15. Anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser

Lovudkastets §§ 40 og 41 angår anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser. I forhold til 1972-lovens system ret foreslog Advokatrådets arbejdsgruppe to indskrænkninger i, hvilke voldgiftskendelser der anerkendes. Dels blev det foreslået, at kun kendelser, der er afsagt i et land, der har tiltrådt New York-konventionen, skal anerkendes, dels at kun kendelser i handelsforhold skal anerkendes. Begrundelsen for disse indskrænkninger var, at det måtte

⁶⁰⁾ Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 216.

⁶¹⁾ Jf. L 127, s. 108.

⁶²⁾ Jf. L 127, s. 108-109.

⁶³⁾ Jf. L 127, s. 109.

anses for uhensigtsmæssigt med en så åben holdning som efter gældende ret, og at langt de fleste voldgiftskendelser, der begæres anerkendt i Danmark, kommer fra et land, der har tiltrådt New York-konventionen. Arbejdsgruppen lagde også vægt på, at en tilsvarende retsstilling gælder for civile domme.⁶⁴

Retsplejerådet bemærkede hertil, at efter modelloven anerkendes og fuldbyrdes alle voldgiftskendelser i handelsforhold, også kendelser fra lande, der ikke har tiltrådt New York-konventionen. Det samme er tilfældet efter den svenske og den norske voldgiftslov. Endvidere bemærkede Rådet, at lovudkastets regler om anerkendelse af voldgiftsaftaler, jf. § 2, stk. 2, og § 7, ikke er begrænset til handelsforhold eller til lande, der har tiltrådt New York-konventionen. Rådet fandt derfor, at lovudkastet ville føre til, at en retssag i Danmark skal afvises, så længe en voldgiftssag om et ikke-handelsforhold verserer i udlandet, og så længe en voldgiftssag om et handelsforhold verserer i et ikke-konventionsland, selv om voldgiftsrettens kendelse efter lovudkastet ikke vil skulle eller kunne anerkendes og fuldbyrdes i Danmark. Retsplejerådet fandt endvidere, at der ikke nødvendigvis er sammenhæng mellem reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske domme og reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser. Rådet anførte, at Sverige og Norge således har samme grundholdning til anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme som Danmark, men anerkender og fuldbyrder voldgiftskendelser fra alle verdens lande. Rådet tilføjede, at voldgiftskendelser kun kan sidestilles med et meget begrænset udsnit af udenlandske domme, nemlig domme, hvor parterne har aftalt værneting i det pågældende land.⁶⁵

Advokatrådets arbejdsgruppe tilkendegav, at man ikke havde større betænkeligheder ved en videreførelse af den dagældende retstilstand, hvorfor Retsplejerådet foreslog, at reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse skulle gælde alle voldgiftskendelser, dvs. uanset om kendelsen er afsagt i et land, der har tiltrådt New York-konventionen og uanset om den angår et handelsretligt forhold eller ej.⁶⁶

Justitsministeriet fulgte Retsplejerådets anbefaling, jf. voldgiftslovens § 38, stk. 1, der er uden begrænsninger. Danmark fremstår hermed som et af de mest anerkendelsesvenlige lande i verden.⁶⁷

⁶⁴) Jf. L 127, s. 106 og nærmere Reform af voldgiftsloven, s. 140 og 208-209.

⁶⁵) Jf. L 127, s. 106.

⁶⁶) Jf. L 127, s. 106 og 113 (§ 1, stk. 5).

⁶⁷) Jf. L 127, s. 43. På denne baggrund kunne det overvejes, om Danmark burde trække sine forbehold under New York-konventionen tilbage (handelsforhold og gensidighed). Imidlertid kan en fastholdelse af forbeholdene have sine fordele. Hæves forbeholdet om handelsforhold, kan Danmark ikke bevare de nye regler for forbrugeraftaler, jf. voldgiftslovens § 7, stk. 2 og § 16, stk. 4, 2. pkt. Hæves forbeholdet om gensidighed, kan Danmark ikke uden at krænke New York-konventionen ændre voldgiftslovens § 38, stk. 1.

16. Anerkendelse og fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler

Et andet spørgsmål, hvor Retsplejerådet ikke ville følge en anbefaling fra Advokatrådets arbejdsgruppe, var foreløbige retsmidler. Efter lovudkastets § 39, stk. 5, kan voldgiftsrettens kendelse om iværksættelse af foreløbige retsmidler, jf. lovudkastets § 15, fuldbyrdes efter retsplejelovens regler om fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler. Retten kan uanset voldgiftsrettens bestemmelse om sikkerhedsstillelse, jf. udkastets § 15, 2. pkt., kræve sikkerhedsstillelse eller supplerende sikkerhedsstillelse af den part, som kræver det foreløbige retsskridt fuldbyrdet. Udkastets § 15, der kan fraviges ved aftale, indeholder ikke en definition eller angivelse af de foreløbige retsmidler, voldgiftsretten kan iværksætte.

Arbejdsgruppens nyskabende forslag om tvangsfuldbyrdelse af voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler skulle ses i lyset af den igangværende revision af modellovens bestemmelser om voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler. Arbejdsgruppen valgte derfor en løsning, der er begrundet i navnlig procesøkonomiske overvejelser og hensynet til voldgiftens effektivitet.⁶⁸ Forslaget var også inspireret af den engelske voldgiftslov og de tyske regler om, at domstolene skønsmæssigt kan tillægge voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler eksigibilitet. I de tyske regler er denne adgang dog udtrykkeligt begrænset til tilfælde, hvor der ikke allerede er indgivet anmodning til domstolene om iværksættelse af et tilsvarende foreløbigt retsmiddel. I bemærkningerne til lovudkastet anførte arbejdsgruppen, at voldgiftsretten næppe er begrænset til at kunne anvende de foreløbige retsmidler, der findes i lex arbitri (de processuelle regler for voldgiftsrettens sagsbehandling) eller de regler, tvisten materielt skal afgøres efter, og at en voldgiftsret med sæde i Danmark således udover arrest og forbud f.eks. også kan udstede kendelser om foreløbig betaling og bevissikring.⁶⁹

Retsplejerådet var meget kritisk over for den foreslåede regel og bemærkede, at hverken modelloven, den norske eller den svenske voldgiftslov indeholder regler om fuldbyrdelse af voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler. Rådet fandt, at lovudkastets § 39, stk. 5, om tvangsfuldbyrdelse af voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler rejste en række processuelle tvivlsspørgsmål, f.eks. hvorledes et sådant retsskridt fuldbyrdes.⁷⁰ De rejste tvivlsspørgsmål synes ikke at være så vanskelige, som Retsplejerådet giver indtryk af.

⁶⁸) Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 180-181 og 208.

⁶⁹) Jf. Reform af voldgiftsloven, s. 181.

⁷⁰) Jf. nærmere L 127, s. 104-105.

Da Retsplejerådets modstand mod de foreslåede bestemmelser var meget stærk, tilkendegav Advokatrådets arbejdsgruppe over for Retsplejerådet, at spørgsmålet om fuldbyrdelse af voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler isoleret set kunne afvente resultatet af forhandlingerne i UNCITRAL på dette område. Arbejdsgruppen lagde i den forbindelse afgørende vægt på, at formålet med lovudkastet var at få en moderne dansk voldgiftslov, hvorfor forslaget om tvangsfuldbyrdelse af voldgiftsrettens foreløbige retsmidler kunne udgå af lovudkastet.⁷¹

Retsplejerådet anbefalede på den baggrund, at lovudkastets § 39, stk. 5, om tvangsfuldbyrdelse af voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler udgik, hvilket Justitsministeriet tiltrådte, jf. voldgiftslovens § 38.⁷²

17. Processuelle bestemmelser

Advokatrådets arbejdsgruppe foreslog nye regler om domstolenes saglige og stedlige kompetence for sager om voldgift, jf. nærmere lovudkastets kap. 10. Sø- og Handelsretten skulle således have enekompetence til at behandle sager, hvor domstolene skal bistå voldgiftsretter med udpegning af voldgiftsdommere, jf. udkastets § 9, stk. 3, om behandling af indsigelser mod en voldgiftsdommer, jf. § 11, stk. 2, ophør af voldgiftsdommerhvervet, jf. § 12, stk. 1, aføgelse af voldgiftsrettens kompetence, jf. § 14, stk. 3, om behandling af indsigelser mod en sagkyndig, jf. § 25, stk. 3 og prøvelse af voldgiftsrettens honorarfastsættelse, jf. § 35, stk. 6. Endvidere foreslog arbejdsgruppen, at Sø- og Handelsretten skulle have eksklusiv kompetence til at afgøre ugyldigheds-søgsmål, jf. udkastets § 44. Derimod skulle begæring om tvangsfuldbyrdelse fortsat indgives til fogedretterne, jf. lovudkastets § 45, ligesom anmodning til domstolene om bevisoptagelse skulle ske efter de gældende regler. Arbejdsgruppen foreslog også som noget nyt, at Sø- og Handelsretten skulle være ap-pelinstans for fogedretternes afgørelser om tvangsfuldbyrdelse af voldgiftskendelser, jf. lovudkastets § 45, stk. 5.

Retsplejerådet var ikke positivt indstillet over for de foreslåede ændringer. Rådet fandt ikke grundlag for at fravige retsplejelovens almindelige regler om saglig og stedlig kompetence i sager om danske voldgiftskendelsers ugyldighed, da de almindelige procesregler i det omfang, det er praktisk muligt, burde fastholdes også på områder, der i visse henseender er undergivet en særlig lovgivning.⁷³ Retsplejerådet fandt også forslaget om at tillægge Sø- og Handels-

⁷¹⁾ Jf. L 127, s. 105.

⁷²⁾ Jf. L 127, s. 44 og 105.

⁷³⁾ Jf. L 127, s. 109, hvor der henvises til FT 1971-72, tillæg A, sp. 905.

retten en større kompetence i sager om danske voldgiftskendelsers ugyldighed, end der følger af retsplejelovens almindelige regler, uhensigtsmæssigt, navnlig fordi Rådet har foreslået en helt ny instansordning i civile sager, hvor Sø- og Handelsretten, under navn af Handelsretten, får en væsentlig ændret stilling, der navnlig er karakteriseret ved, at Handelsrettens kompetence skal koncentreres omkring internationale og principielle sager. Endelig kunne Retsplejerådet ikke tiltræde, at Sø- og Handelsretten skulle være appelinstans for fogedrettens afgørelser om tvangsfuldbyrdelse.⁷⁴

På denne baggrund foreslog Retsplejerådet, at lovudkastets § 44 udgik og blev erstattet af en regel om, at hvis der ikke efter retsplejelovens regler er værneting for en sag om en dansk voldgiftskendelses ugyldighed, kan sagen anlægges i København. Rådet anbefalede også at bevare de gældende regler om appel mv., da der er efter Retsplejerådets opfattelse intet grundlag var for at tillægge Sø- og Handelsretten kompetence i appelsager.⁷⁵

Advokatrådets arbejdsgruppe anførte over for Retsplejerådet, at formålet med lovudkastet var at få en moderne voldgiftslov på baggrund af modelloven. Lovudkastets regler om domstolenes stedlige og saglige kompetence samt særlig kompetence for Sø- og Handelsrettens mv. var derfor uden betydning for indførelsen af en moderne dansk voldgiftslov. Arbejdsgruppen kunne således uden videre støtte Retsplejerådets forslag om at bevare de gældende kompetenceregler og den foreslåede ændring af lovudkastets § 44.⁷⁶

Justitsministeriet fulgte Retsplejerådets anbefalinger, hvorfor de tidligere kompetenceregler er videreført i voldgiftsloven, jf. § 5, stk. 1, § 37, stk. 1, 2. pkt. og § 38, stk. 1.

18. Præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen

Lovudkastet fra Advokatrådet indeholdt ikke en bestemmelse om domstolenes mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen i forbindelse med en sag om bistand til en voldgiftsret. Da det imidlertid blev antaget, at den dagældende voldgiftslovs § 3 gav domstolene mulighed for at yde bistand til gennemførelse af en voldgiftssag gennem forelæggelse af relevante præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen, overvejede Retsplejerådet, hvorvidt en udtrykkelig bestemmelse herom burde indsættes i den nye voldgiftslov.⁷⁷

⁷⁴⁾ Jf. L 127, s. 109.

⁷⁵⁾ Jf. L 127, s. 107-109.

⁷⁶⁾ Jf. L 127, s. 107-110.

⁷⁷⁾ Jf. Jakob Juul og Peter Fauerholdt Thommesen, Voldgiftsret, s. 208-210.

Retsplejerådet påpegede, at den norske voldgiftslov indeholder en sådan regel for så vidt angår forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EFTA-domstolen om fortolkningen af EØS-aftalen mv.

Advokatrådets arbejdsgruppe anførte over for Retsplejerådet, at arbejdsgruppen valgte ikke at foreslå regler om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen, da domstolens mulighed for at stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen reguleres direkte af EF-traktatens art. 234 og således allerede eksisterer i gældende ret. Arbejdsgruppen vurderede derfor, at der ikke var behov for en regel herom i lovudkastet. Arbejdsgruppen lagde også lagt på, at en sådan regel hverken findes i den svenske, tyske eller engelske voldgiftslov.⁷⁸

Retsplejerådet bemærkede hertil, at der ikke foreligger afgørelser fra EF-domstolen om, hvorvidt EF-traktatens art. 234 skal fortolkes således, at medlemsstaternes domstole uafhængig af de enkelte medlemsstaters voldgiftslove efter anmodning fra en voldgiftsret i relevant omfang bistår voldgiftsretten gennem forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen. På det foreliggende grundlag forekom det derfor Retsplejerådet sikrest, hvis man ønskede, at sådan bistand skal kunne ydes, at medtage en udtrykkelig regel herom i voldgiftsloven.⁷⁹

Justitsministeriet var enig med Retsplejerådet, jf. voldgiftslovens § 27, stk. 2:

Stk. 2. Skønner voldgiftsretten, at en afgørelse af et EU-retligt spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin kendelse, kan voldgiftsretten anmode domstolene om at anmode De Europæiske Fællesskabers Domstol om at afgøre spørgsmålet.

Justitsministeriet begrundede behovet for den udtrykkelige hjemmel således:⁸⁰

”Justitsministeriet har i den forbindelse navnlig lagt vægt på, at EU-retlige spørgsmål på forskellig måde kan opstå under en voldgiftssag, og da en privat voldgiftsret som udgangspunkt ikke selv kan forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen i medfør af EF-traktatens art. 234, bør der være mulighed for, at domstolene efter anmodning fra voldgiftsretten kan gøre det. EF-domstolen fastslog i sag 102/81 Nordsee, at den ikke havde kompetence til at træffe afgørelse om fortolkningen af de præjudicielle spørgsmål, der i denne sag var forelagt af en privat voldgiftsret. EF-domstolen henviste bl.a. til, at myndighederne i den pågældende medlemsstat (Tyskland) ikke havde været inddraget ved valget af voldgift og ikke havde pligt til af egen drift at medvirke ved sagens behandling for voldgiftsretten. EF-domstolen fandt, at forbindelsen mellem den foreliggende voldgiftssag og den almindelige retsplejeordning i den pågældende

⁷⁸⁾ Jf. L 127, s. 110. Modelloven indeholder i sagens natur ikke en regel om domstolens mulighed for forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen.

⁷⁹⁾ Jf. L 127, s. 110.

⁸⁰⁾ Jf. L 127, s. 46-47.

medlemsstat ikke var tilstrækkelig snæver til, at voldgiftsretten kunne anses som en "ret i en medlemsstat" i EF-traktatens art. 177's (nu art. 234's) forstand. Det har formentlig også spillet ind, at det ved anvendelsen af art. 234 bør sikres, at der er tale om fornuftige og nødvendige anmodninger, og at der ikke sker misbrug af forelæggelsesadgangen til indhentelse af præjudicielle afgørelser af rent akademisk interesse, jf. således generaladvokatens forslag til afgørelse side 1122 f."

Voldgiftslovens § 27, stk. 2 indebærer, at en voldgiftsret i en voldgiftssag, der finder sted i Danmark, kan anmode domstolene om at anmode EF-domstolen om en præjudiciel afgørelse, hvorefter domstolene tager stilling til, om voldgiftsrettens anmodning bør imødekommes. Det må efter Justitsministeriets opfattelse antages, at der hermed foreligger en tilstrækkelig forbindelse mellem voldgiftsretten og den almindelige danske retsplejeordning til, at EF-traktatens art. 234 kan anvendes.⁸¹ Det vil således være domstolene, ikke voldgiftsretten, der træffer den endelige afgørelse om, hvorvidt en afgørelse af et EU-retligt spørgsmål er nødvendig, for at voldgiftsretten kan træffe sin afgørelse. Det vil også være domstolene, der i givet fald træffer den endelige afgørelse om formuleringen af præjudicielle spørgsmål.

19. Tavshedspligt

Retsplejerådet fandt, at det kunne overvejes at indsætte udtrykkelige og deklaratoriske regler om tavshedspligt i forbindelse med voldgift. Rådet henviste til, at den norske voldgiftslov klargør retstilstanden ved en regel om, at der ikke er tavshedspligt, medmindre parterne har aftalt det.

Advokatrådets arbejdsgruppe svarede hertil, at der efter arbejdsgruppens opfattelse i praksis ikke er behov for lovbestemte regler om tavshedspligt i forbindelse med voldgift. Arbejdsgruppen understregede også, at hverken modellen eller den svenske, tyske eller engelske voldgiftslov indeholder regler om tavshedspligt. Arbejdsgruppen fandt endvidere, at lovregler om tavshedspligt ikke er i overensstemmelse med dansk voldgiftstradition. Arbejdsgruppen kunne derfor ikke støtte eventuelle forslag til regler om tavshedspligt.

Retsplejerådet bemærkede hertil, at en dækkende regulering af tavshedspligt i forbindelse med voldgift ville kræve dybtgående og tidkrævende overvejelser. Rådet havde derfor ikke bemærkninger til, at man ud fra et eventuelt ønske om en hurtig gennemførelse af en ny voldgiftslov undlod at lovregulere spørgsmål om tavshedspligt i forbindelse med voldgift.⁸²

⁸¹⁾ Jf. L 127, s. 47.

⁸²⁾ Jf. L 127, s. 110.

Justitsministeriet fandt ikke grundlag for at medtage regler i voldgiftsloven om tavshedspligt i forbindelse med voldgift. Ministeriet lagde navnlig vægt på, at en dækkende lovregulering af tavshedspligt i forbindelse med voldgift ville kræve grundige overvejelser, og at Retsplejerådet efter drøftelse med Advokatrådets arbejdsgruppe ikke havde bemærkninger til, at der ikke blev medtaget regler om tavshedspligt i voldgiftsloven. Justitsministeriet bemærkede også, at parterne ved en konkret udformet individuel aftale, ved vedtagelse af voldgiftsregler i et standardregelsæt eller ved vedtagelse af institutionel voldgift vil kunne aftale, om og i givet fald i hvilket omfang der skal gælde tavshedspligt i forbindelse med en given voldgiftssag.⁸³

20. Perspektiver

Indholdet af voldgiftsreformen og lovgivningsprocessen bag reformen indeholder navnlig to interessante perspektiver.

For det første er det klart, at den danske voldgiftssektor med reformen har fået nye og store muligheder for udvikling og udbygning. Det legislative grundlag for at tiltrække flere internationale voldgiftssager til Danmark er nu skabt. Det er herefter op til voldgiftssektoren at udnytte denne mulighed.

De to største voldgiftsinstitutioner, Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed og Det Danske Voldgiftsinstitut, bør overveje at etablere en fælles arbejdsgruppe, der skal fokusere på, hvorledes de muligheder, voldgiftsreformen giver voldgiftssektoren, bedst udnyttes. Dette kan ske i samarbejde med andre interessenter, f.eks. Dansk Industri. En mulighed kunne være en fusion mellem de to voldgiftsinstitutter, således at der skabes en slagkraftig konkurrent til de store, anerkendte voldgiftsinstitutioner i Sverige, Frankrig og Storbritannien.

En anden mulighed, der rummer meget interessante perspektiver, kunne være etableringen af et fælles nordisk voldgiftsinstitut, da både Norge, Sverige og Finland i lighed med Danmark er modellovlande. Dette vil i endnu højere grad forbedre mulighederne for at tiltrække internationale voldgiftssager til denne region og give mange fordele for de involverede institutioner.⁸⁴

For det andet viser lovgivningsprocessen i forbindelse med reformen, at en interesseorganisation kan få betydelig indflydelse på lovgivningen.⁸⁵ I dette til-

⁸³⁾ Jf. L. 127, s. 47.

⁸⁴⁾ Jf. Peter Arnt Nielsen, Advokaten 10/2005, s. 38.

⁸⁵⁾ Jf. Sys Rovsing Koch og Peter Arnt Nielsen, Advokaten 2005, s. 147-149.

fælde var der tale om en interesseorganisation, der identificerede et område, hvor en reform trængte sig på. Interesseorganisationen identificerede imidlertid ikke kun behovet, men gik også aktivt ind i forarbejdet for reformen ved at udarbejde en redegørelse opbygget som en betænkning. Herved blev der skabt et grundlag for reformovervejelserne, der ikke kun afspejler et sagligt højt niveau, men også sikrer, at reformen er forankret hos de direkte brugere af voldgift.

Denne interaktion mellem Retsplejerådet, Justitsministeriet og interesseorganisationen var forudsætningen for en voldgiftslov af høj faglig standard, hvor samspillet mellem kompetence og behov resulterede i en lov, der både er visionært, praktisk og tidssvarende. Med reformen er Danmark kommet helt i front på voldgiftsområdet som følge af den i lovgivningsmæssig henseende spændende proces.

Samspillet mellem lovgiver og interesseorganisationer er ikke nyt. Det nye er, at denne proces blev iværksat af Advokatrådet og den viser, at man under de rette omstændigheder faktisk kan påvirke retsudviklingen, herunder udarbejdelsen af lovforslag, ganske meget. En sådan proces kræver ikke kun ”græsrodsaktivitet”, men også politisk vilje og fremsynethed.

Arbejdsgiveransvaret i arbejdsmiljøretten -

med særlig henblik på det i 2005 fremsatte forslag til lempelse af arbejdsgiveransvaret og skærpelse af ansvaret for ansatte

Ruth Nielsen

1. Indledning

I Danmark benyttes en kombination af forskellige sanktioner ved overtrædelse af arbejdsmiljøloven (AML): straf baseret på subjektivt (AML § 82) og objektivt (AML §§ 83 og 86) arbejdsgiveransvar og subjektivt ansvar for almindelige ansatte, arbejdsledere, virksomhedsledere mfl (AML § 82), lovpligtig arbejdsskadesikring baseret på objektivt ansvar, privatretlig erstatningsansvar baseret på strengt culpaansvar, arbejdsstandsning ved farligt arbejde, dels efter Arbejdstilsynets afgørelse (AML § 77, stk 2), dels ved de ansattes egen foranstaltning (Normens regel om liv, ære og velfærd og AML §§ 17a-17c). Straf kan benyttes ved næsten alle overtrædelser af arbejdsmiljølovgivningen, mens erstatning og arbejdsskadesikring kun kan benyttes, når der er sket en personskade.

Den 14. juli 2004 sendte beskæftigelsesministeriet et udkast til forslag til ændring af AML i høring.¹ Forslaget blev med små ændringer fremsat for Folketinget den 5. oktober 2005.²

¹⁾ Den tekst, der blev sendt i høring kan ses på <http://hoeringsportalen.dk/>. Høringssvarene kan ses på Folketingets hjemmeside på [http://www.folketinget.dk/ Samling/20051/lovforslag/ L14/bilag/1/index.htm](http://www.folketinget.dk/Samling/20051/lovforslag/L14/bilag/1/index.htm).

²⁾ L 14, www.folketinget.dk/Samling/20051/lovforslag/L14/index.htm

Forslaget indeholder først og fremmest to nye bestemmelser - AML § 83, stk 3 og AML § 82, stk 3 - der indebærer, at arbejdsgiveren på visse betingelser fritages for objektivt strafansvar i fem opregnede tilfælde af egen skyld fra de ansattes side (manglende brug af personlige værnemidler mv), og at straffen for de ansatte i disse situationer skærpes.

I denne artikel behandles først og fremmest det strafferetlige aspekt, men også kort spørgsmålet, om den foreslåede lempelse af arbejdsgiverens strafansvar i tilfælde af de ansattes egen skyld kan antages at få betydning for, hvad der fremover vil gælde om egen skyld i sager om erstatning og arbejdskader.

I bemærkningerne til lovforslaget siges det,³ at det ikke indeholder EU-retlige aspekter. Det er ikke rigtigt. Et af de problematiske aspekter ved forslaget er dets forhold til rammedirektivet om arbejdsmiljø,⁴ navnlig dettes art 5, stk 4, der foreskriver objektivt arbejdsgiveransvar med visse lempelsesmuligheder, og art 5, stk 3, der bestemmer, at arbejdstagernes forpligtelser med hensyn til sikkerhed og sundhed under arbejdet ikke berører princippet om arbejdsgiverens ansvar.

I implementeringsrapporten fra 2004⁵ vedrørende bla rammedirektivet om arbejdsmiljø antog Kommissionen, at dansk ret var tilstrækkelig til at opfylde de undersøgte arbejdsmiljødirektiver. Man kan spørge, om denne vurdering også vil holde efter vedtagelse af den foreslåede lempelse af det objektive hæftelsesansvar for arbejdsgivere.

2. Generelt om strafsanktionen i arbejdsmiljøretten

Alle de fysiske personer (arbejdsgivere, almindelige ansatte, ansatte arbejdsledere, ansatte virksomhedsledere mfl⁶), der skal overholde AML kan straffes for uagtsomme og forsætlige overtrædelser af en række bestemmelser i AML efter AML § 82.

Arbejdsgivere, der er fysiske personer, kan desuden pålægges objektivt hæftelsesansvar efter AML § 83.

³⁾ I pkt 8 i de almindelige bemærkninger til forslaget.

⁴⁾ 89/391/EØF.

⁵⁾ KOM(2004)62, Meddelelse fra Kommissionen om den praktiske gennemførelse af bestemmelserne i direktiverne for sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen (89/391 (rammedirektiv), 89/654 (arbejdsstedet), 89/655 (arbejdsudstyr), 89/656 (personlige værnemidler), 90/269 (manuel håndtering af byrder) og 90/270 (skærmterminaler).

⁶⁾ AML hjemler også straf for leverandører, planlæggere mv, men de har ingen betydning for de problemer, der behandles i denne artikel.

Arbejdsgivere, der er juridiske personer, fx aktieselskaber eller staten eller kommuner, kan straffes med bøde efter AML § 86, jf straffelovens kap 5, der hjemler objektivt hæftelsesansvar af samme type som ansvaret efter AML § 83.

Strafansvaret efter AML §§ 82, 83 og 86 omfatter næsten alle indholdsmæssige (materielle) regler i AML. Straf er ligeledes hjemlet i næsten alle de bekendtgørelser, der fastsætter udfyldende regler på arbejdsmiljørådet.

2.1. Arbejdsgiveres ansvar

2.1.1. Små enkeltmandejede virksomheder (AML §§ 82 og 83) og selskaber mv (AML § 86, jf straffelovens kap 5)

Det primære ansvarssubjekt i arbejdsmiljøretten er *arbejdsgiveren*.

Arbejdsgiveren kan enten være en fysisk person, der driver en lille enkeltmandsejet virksomhed, fx en håndværksmester, der på én gang er ejer af en virksomhed og arbejdsgiver i denne, eller en juridisk person mv, fx et aktieselskab, hvor ledelsesfunktionerne varetages af ansatte virksomhedsledere og ansatte arbejdsledere.

Små arbejdsgivere, der er fysiske personer, er omfattet af AML § 82 om subjektivt ansvar og AML § 83 om objektivt ansvar.

AML § 86 bestemmer, at der kan pålægges selskaber mv (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel. Efter straffelovens § 26 omfatter bestemmelser om strafansvar for selskaber mv, medmindre andet er bestemt, enhver juridisk person, herunder aktie-, anparts- og andelsselskaber, interessentskaber, foreninger, fonde, boer, kommuner og statslige myndigheder.

Endvidere omfatter bestemmelserne om selskaber mv enkeltmandsvirksomheder, for så vidt disse navnlig under hensyn til deres størrelse og organisation kan sidestilles med de foran nævnte selskaber. Store arbejdsgivere, der er fysiske personer, går således efter reglerne om selskaber mv.

2.1.2. *Subjektivt ansvar (AML § 82)*

Det er det sædvanlige i den strafferetlige særlovgivning,⁷ at der er strafansvar for såvel forsætlig som uagtsom overtrædelse, jf straffelovens § 19. Hvis arbejdsgivere fritages for objektivt ansvar i visse tilfælde, vil de herefter kun være strafansvarlige, hvis de kan straffes efter AML § 82, hvilket forudsætter, at arbejdsgiveren er en fysisk person, og at han har handlet forsættligt eller uagtsomt.

2.1.3. *Objektivt hæftelsesansvar (AML §§ 83 og 86 og en række straffebestemmelser i bekendtgørelser)*

Der gælder for arbejdsgivere et særlig strengt ansvar, idet disse ifølge AML § 83 og § 86 har objektivt hæftelsesansvar. Det indebærer, at arbejdsgiveren kan straffes med bøde, selv om overtrædelsen ikke kan tilregnes arbejdsgiveren som forsætlig eller uagtsom. Det er en betingelse for bødeansvaret, at overtrædelsen kan tilregnes en eller flere til virksomheden knyttede personer (almindelige ansatte, ansatte ledere) eller virksomheden som sådan.

Det er ikke en betingelse, at en bestemt person kan gøres ansvarlig for den pågældende overtrædelse. Strafansvaret dækker således også såkaldte anonyme eller kumulative overtrædelser. Anonyme overtrædelser omfatter overtrædelser, hvor det af omstændighederne fremgår, at en person inden for virksomheden har begået et tilregneligt forhold, men hvor det er vanskeligt eller umuligt at finde frem til denne person. Kumulative overtrædelser omfatter overtrædelser, der består i en flerhed af handlinger eller undladelser inden for virksomheden, begået af flere personer, der hver for sig er straffri på grund af en ringe andel eller ringe uagtsomhed i det strafbare resultat, men hvor disse andele tilsammen resulterer i overtrædelsen.

Ud over AML findes der en række bekendtgørelser, der hver på deres område foreskriver objektivt hæftelsesansvar for arbejdsgivere.

2.1.4. *Art 5, stk 3 og 4 i rammedirektivet om arbejdsmiljø*

Rammedirektivet indeholder i art 5, stk 3 og 4 nogle særregler af betydning for sanktionsspørgsmålet, således at der på arbejdsmiljøområdet ikke blot gælder de generelle EU-retlige krav til sanktionerne,⁸ men også nogle mere specifikke krav.

⁷⁾ Den strafferetlige særlovgivning omfatter de straffebestemmelser, der findes andre steder i lovgivningen end i straffeloven.

⁸⁾ Se om disse Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU Ret Kbhvn 2005 kap 5.

Rammedirektivet fastslår ikke eksplicit, at der skal være objektivt arbejdsgiveransvar, men indeholder i direktivets generelle bestemmelse i art 5, stk 4 følgende regel:

4. Dette direktiv udgør ikke en hindring for så vidt angår medlemsstaternes mulighed for at vedtage fritagelse for eller nedsættelse af arbejdsgivernes ansvar for forhold, der skyldes omstændigheder, som de ikke har indflydelse på, og som er usædvanlige og uforudseelige, eller begivenheder, som er ualmindelige, og konsekvenserne af disse omstændigheder eller begivenheder ikke kunne have været afværget selv med den største omhu.

Medlemsstaterne er ikke pligtige at udnytte den i første afsnit omhandlede mulighed.

I implementeringsrapporten⁹ vedrørende bla rammedirektivet om arbejdsmiljø konstateres, at de medlemsstater, der har haft størst gavn af EU lovgivningen med hensyn til modernisering af deres arbejdsmiljølovgivning, understreger følgende innovative aspekter i rammedirektivet (min kursivering): '..... princippet om arbejdsgiverens objektive ansvar,...'.

Victoria Howes¹⁰ beskriver EU reglen om arbejdsgiveres arbejdsmiljøansvar på følgende måde (min kursivering):

Member States are allowed to exclude or limit employer's responsibility only in the situations stipulated in Article 5 (4) of the Framework Directive:

'... where occurrences are due to unusual and unforeseeable circumstances, beyond the employer's control or to exceptional events, the consequences of which could not have been avoided despite the exercise of all due care'.

Rammedirektivet kræver således objektivt arbejdsgiveransvaransvar med visse lempelsesmuligheder. Det spillerum, direktivet giver medlemslandene, er at de kan vælge rent objektivt ansvar - som Danmark har gjort i de nugældende regler om objektivt strafansvar for små arbejdsgivere i AML § 83, for selskaber mv i AML § 86 og inden for loven om arbejdsskadesikring (ASL) - eller de kan vælge objektivt ansvar, hvor arbejdsgiverne fritages for ansvar på de snævre betingelser, der er angivet i rammedirektivets art 5, stk 4.

Rammedirektivet tilbyder derimod ikke medlemsstaterne den valgmulighed, at de kan bruge culpa-reglen evt suppleret med lidt skærpselser, hvis disse skærps-

⁹⁾ KOM(2004)62 p 6.

¹⁰⁾ Howes, Victoria: Health and Safety Regulatory Framework - A Comparative Perspective, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2003 p 85.

elser ikke er tilstrækkelige til at nå op på et lige så strengt ansvar for arbejdsgiverne som objektivt ansvar med de i rammedirektivets art 5, stk 4 tilladte lempelser.

Hvis det objektive arbejdsgiveransvar som foreslået afskaffes i visse situationer, vil dansk ret derfor kun opfylde EU-kravene, hvis fortolkningen af AML § 82 i forhold til arbejdsgivere fremover strammes og bestemmelsen fortolkes direktivkonformt, så den kommer til at foreskrive lige så strengt ansvar som rammedirektivets art 5, stk 4.

Art 5, stk 3 i rammedirektivet om arbejdsmiljø bestemmer, at arbejdstagernes forpligtelser med hensyn til sikkerhed og sundhed under arbejdet ikke berører princippet om arbejdsgiverens ansvar. Idéen i lovforslaget er vel nærmest det modsatte af det, der står i direktivets art 5, stk 3, nemlig at fritage arbejdsgiveren for objektivt ansvar pga arbejdstagernes forpligtelser. Hvis fortolkningen af AML § 82 bringes på højde med rammedirektivets art 5, stk 4, vil det imidlertid være tilstrækkeligt til at direktivets krav er opfyldt.

2.2. Ansatte ledelsespersoner

I 1990 blev der indsat en bestemmelse i AML § 23 om virksomhedsledere mfl, hvorefter lovens bestemmelser om arbejdsgiverens pligter også gælder for den, som leder eller deltager i ledelsen af virksomheden. Bestemmelsen omfatter fx direktører og bestyrelsesmedlemmer.

Ved arbejdsleder forstås efter AML § 24 den, hvis arbejde udelukkende eller i det væsentlige består i på arbejdsgiverens vegne at lede eller føre tilsyn med arbejdet i en virksomhed eller en del deraf. Arbejdsledere blev selvstændige ansvarssubjekter i arbejderbeskyttelsesloven ved en lovændring i 1971. I den nugældende arbejdsmiljølov findes reglerne om arbejdslederens ansvar i AML §§ 24-26.

2.3. Almindelige ansatte

Der blev indført strafansvar for almindelige ansattes overtrædelse af arbejdsmiljøregler ved arbejderbeskyttelsesloven af 1954. I den nugældende arbejdsmiljølov findes reglerne i AML §§ 27-29.

2.4. Administrative bødeforlæg

Virksomheden kan få en administrativ bøde,¹¹ hvis der er tale om grove materielle overtrædelser af tydelige og alment velkendte områder af arbejdsmiljøloven. Arbejdstilsynet udsteder kun administrative bøder, hvis overtrædelsen er klar og ukompliceret og ikke beror på et skøn. Bekendtgørelsen om anvendelse af administrative bødeforelæg ved overtrædelse af arbejdsmiljølovgivningen indeholder følgende en bestemmelse om, at ansattes og arbejdsleders grove og selvstændige overtrædelser af materielle regler kan afgøres ved administrativt bødeforelæg, når handlingen eller undladelsen, der udgør overtrædelsen, er foretaget af den pågældende på et eller flere af følgende områder: 1) undladelse af at anvende beskyttelsesudstyr eller andre beskyttelsesforanstaltninger, 2) undladelse af at bruge udsugningsforanstaltninger, herunder procesventilation (punktudsugning), eller hvis udsugningen sættes ud af funktion og 3) manglende brug af nødvendige personlige værnemidler. Som det fremgår er de tre situationer, der er særligt nævnt i ændringsforslaget til AML §§ 82 og 83, stk 3 nr 1) - 3), allerede omfattet af bekendtgørelsen om anvendelse af administrative bødeforelæg ved overtrædelse af arbejdsmiljølovgivningen.

Efter praksis er bødeniveauet 1.000 kr for ansatte og fra 20.000 kr og opefter for arbejdsgivere.¹²

3. Forslaget om lempelse af arbejdsgiveransvaret

3.1. Den foreslåede lovtekst

Forslaget om lempelse af arbejdsgiveransvaret går ud på at indsætte et nyt stk 3 i AML §83 vedrørende små enkeltmandsejede virksomheder, hvor arbejdsgiveren er en fysisk person, og at foretage en tilsvarende ændring af AML § 86 vedrørende arbejdsgivere, der er selskaber mv. I AML § 83 indsættes som stk 3:

Stk 3. I det omfang arbejdsgiveren har opfyldt sine pligter efter lovens kapitel 4, kan arbejdsgiveren ikke pålægges bødeansvar, hvis ansatte overtræder lovgivningens krav om

- 1) anvendelse af personlige værnemidler,
- 2) anvendelse af udsugningsforanstaltninger,
- 3) anvendelse af beskyttelsesudstyr eller sikkerhedsforanstaltninger,
- 4) anvendelse af forsvarlige arbejdsmetoder eller
- 5) certifikater til kran og gaffeltruck.

¹¹⁾ Se nærmere AML § 82a og bkg nr 107 af 2002 om anvendelse af administrative bødeforelæg ved overtrædelse af arbejdsmiljølovgivningen.

¹²⁾ Se om straffniveauet Nielsen, Ruth: Arbejdsmiljøret, Kbhvn 2004 s 208 ff.

I AML § 86 indsættes som 2. pkt: '§ 83, stk 3, finder tilsvarende anvendelse.'

I høringsrunden blev lovforslaget generelt budt varmt velkommen fra arbejdsgiverside, mens det blev mødt med stærk kritik fra lønmodtagerorganisationerne. I det følgende diskuteres en række argumenter for og mod forslaget.

3.2. Betragtninger om rimelighed, retfærdighed og lignende

Baggrunden for lovforslaget er ifølge bemærkningerne til det, at regeringen ikke finder det rimeligt, at arbejdsgivere, der har gjort alt, hvad der er muligt for at sikre et sikkert arbejdsmiljø, skal straffes i tilfælde, hvor det alene er de ansatte, der overtræder reglerne.

3.2.1. Straffelovrådet betænkeligheder ved objektivt ansvar for små arbejdsgivere, der er fysiske personer

Forslaget falder for så vidt angår lempelsen af ansvaret for arbejdsgivere, der er fysiske personer, fx små håndværksmestre, i tråd med Straffelovrådets bemærkninger i betænkningen om juridiske personers bødeansvar,¹³ hvor det anføres:

Straffelovrådet finder, at der er alvorlige betænkeligheder ved et strafansvar for enkeltpersoner, hvem det hverken kan tilregnes som forsætligt eller som uagtsomt, at der er realiseret en lovovertrædelse. Det er i strid med principielle forestillinger om retfærdighed og rimelighed i strafanvendelsen at straffe en person for en overtrædelse begået af ham selv eller andre, som ikke kan bebrejdes den pågældende.

Ovennævnte betænkning dannede grundlag for de nugældende regler i straffelovens kap 5, om ansvar for selskaber mv, se om AML § 86 foran. Straffelovrådet gik således ind for objektivt hæftelsesansvar for selskaber mv, herunder store enkeltmandsejede arbejdsgivere, der er fysiske personer.

Hvis man ville følge Straffelovrådet, burde der sondres mellem de arbejdsgivere, der er omfattet af AML § 83 (små arbejdsgivere, der er fysiske personer) og dem, der er omfattet af AML § 86 (selskaber mv).

¹³⁾ Straffelovrådets betænkning nr 1289/1995 om juridiske personers bødeansvar s 145.

3.2.2. Er objektivt arbejdsgiveransvar foreneligt med menneskerettighederne og EU-retten?

Det anføres undertiden som et argument imod objektivt arbejdsgiveransvar, at det skulle stride mod menneskerettighederne at pålægge straf uden skyld. Rettigheder, der er sikret ved Den europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), udgør en integreret del af EU-retten.¹⁴ Hvis det er rigtigt, at objektivt arbejdsgiveransvar strider mod EMRK, vil det dermed også stride mod EU-retten.

Dette spørgsmål har været forelagt EU-Domstolen¹⁵ og danske domstole (Vestre Landsret og Højesteret)¹⁶ i Hansen og Søn-sagen, ligesom Den europæiske Menneskerettighedsdomstol har taget stilling til det i Salabiaku-sagen, hvor den antog, at kontraherende stater under visse betingelser kan kriminalisere et simpelt eller objektivt faktum som sådan uden hensyn til, om det er resultat af forsæt eller uagtsomhed.¹⁷ Hansen og Søn-sagen handlede om en vognmand, hvis chauffør havde overtrådt køre-hviletidsreglerne, hvorefter vognmanden fik en bøde, hvilket han anså for en krænkelse af menneskerettighederne. Generaladvokat van Gerven diskutererede i Hansen og Søn-sagen indgående forholdet mellem objektivt ansvar og menneskerettigheder. EU-Domstolen accepterede, at Danmark har lov til at benytte objektivt strafansvar for arbejdsgivere. Vestre Landsret afsagde dom i Hansen og Søn-sagen den 18. oktober 1991 og antog, at objektivt ansvar ikke er i strid med EMRK. Højesteret stadfæstede landsretsdommen.

Svaret på spørgsmålet, om objektivt arbejdsgiveransvar er foreneligt med menneskerettighederne og EU-retten, er således efter gældende ret klart ja.

3.3. Øget retssikkerhed og motivation for arbejdsgiverne

FA (Finanssektorens Arbejdsgiverforening) anførte i sit høringssvar, at lempelsen af arbejdsgiveransvaret vil give virksomhederne større retssikkerhed. DA (Dansk Arbejdsgiverforening) fremhævede, at de nugældende regler virker demotiverende på arbejdsgiverne, og at lovudkastet vil bidrage til at skabe bred respekt og opbakning til straffereglerne på arbejdsmiljøområdet hos arbejdsgiverne.

¹⁴⁾ Se nærmere Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbhvn 2005 kap 2.

¹⁵⁾ Sag C-326/88, Anklagemyndigheden mod Hansen og Søn I/S, Saml 1990 s 2911.

¹⁶⁾ Se U 1995.9 H.

¹⁷⁾ Salabiaku v France præmis 27, på HUDOC på <http://www.echr.coe.int/echr>.

3.4. Sammenligning med andre retsområder og andre lande

FA anførte under høringen, at lempelsen af arbejdsgiveransvaret vil bidrage til, at retstilstanden på arbejdsmiljøområdet kommer til at svare til, hvad der gælder på andre områder.

Det er kun delvis sandt. Det er formentlig rigtigt for så vidt angår det objektive individualansvar for små arbejdsgivere, der er fysiske personer, efter AML § 83. Det er derimod ikke korrekt, når det gælder ansvaret for selskaber mv efter AML § 86.

Der er objektivt hæftelsesansvar for virksomheder, der drives som selskaber mv på en række områder, fx også vedrørende det ydre miljø. Hvis en virksomhed, der er et selskab mv, forgifter miljøet uden for virksomheden ved, at en ansat begår en fejl, er der objektivt hæftelsesansvar for virksomheden.¹⁸ Hvis derimod giften kun når ud i arbejdslokaler inden i virksomheden, og fejlen udelukkende er begået af en ansat, der fx fejlbetjener et udsugningsanlæg, indebærer lovforslaget at virksomheden skal være straffri. Konsekvensen af lovforslaget bliver således, at det strafferetlige værn mod forgiftning af ansatte, der færdes inde på virksomheden, bliver svagere end det strafferetlige værn mod forgiftning af fx frøer, der lever i et vandhul uden for virksomheden.

LO fremhæver i sit høringssvar, at lovforslaget er meget vidtrækkende, da det bryder med et helt generelt princip i den danske lovgivning, om at man straffer virksomheden, hvis der er noget at bebrejde en medarbejder i virksomheden. Arbejdsmiljøloven henviser i dag til de generelle regler i straffeloven om virksomhedsansvar. Det er derfor uoverskueligt, hvilken konsekvens lovforslaget vil få for andre retsområder, som også indeholder strafferegler med et virksomhedsansvar. Det er ikke acceptabelt at arbejdsgivere fremover har et lempet ansvar, når det gælder arbejdsmiljøreglerne i forhold til fx markedsføringsloven, skattelovgivningen og reglerne om flyselskabers ansvar.

DA anførte i sit høringssvar, at retstilstanden på arbejdsmiljøområdet med forslaget bringes mere i overensstemmelse med retstilstanden i de lande, som Danmark normalt sammenligner sig med. Det er formentlig rigtigt for så vidt angår det objektive individualansvar for små arbejdsgivere, der er fysiske personer, efter AML § 83. Det er derimod ikke korrekt, når det gælder ansvaret for selskaber mv efter AML § 86. Der gælder også noget, der ligner objektivt hæftelsesansvar for virksomheder i selskabsform mv, i de andre nordiske lande.¹⁹

¹⁸⁾ Se miljølovens § 110, stk 4.

¹⁹⁾ Se oversigten i Straffelovrådets betænkning 1289/1995 om juridiske personers bødeansvar.

3.5. Fra klar til uklar regel

Det nugældende objektive hæftelsesansvar medfører, at arbejdsgiveren som altovervejende hovedregel kan idømmes en bøde, når der er sket overtrædelse af arbejdsmiljølovgivningen i virksomheden.

Den foreslåede regel er betydeligt mere uklar både med hensyn til, hvad der juridisk ligger i reglen, og med hensyn til de bevismæssige situationer, der kan opstå, når strafansvar for arbejdsgiveren er afhængig af, at det kan påvises, at overtrædelsen skyldes arbejdsgiverens forsætlige eller uagtsomme handling og ikke en fejl begået af en anden til virksomheden knyttet person (almindelig ansat, ansat arbejdsleder eller ansat virksomhedsleder).

3.5.1. Lavt præcisionsniveau. Ingen liste over hvilke bestemmelser om objektivt arbejdsgiveransvar i bekendtgørelser, der tænkes ændret som følge af lovændringen

Som nævnt foran er objektivt hæftelsesansvar for arbejdsgivere foreskrevet i en række bekendtgørelser. De fem punkter, der er remset op i forslaget til AML § 83, stk 3 er ud over i selve loven også belagt med objektivt arbejdsgiveransvar i flere bekendtgørelser.

Præcis hvor mange bekendtgørelser, det drejer sig om, er det vanskeligt at sige. Hvis man slår op på Arbejdstilsynets hjemmeside²⁰ under bekendtgørelser og søger på ordene 'ikke kan tilregnes arbejdsgiveren', der er et standardudtryk i bestemmelser om objektivt arbejdsgiveransvar, finder man 58 eksempler på bekendtgørelser, der hjemler objektivt hæftelsesansvar for arbejdsgivere. Det gælder bla flere bekendtgørelser, der handler om nogle af de emner, der specifikt reguleres i ændringsforslaget, fx personlige værnemidler²¹ og kranfører- og truckførercertifikater.²²

Det må formentlig være meningen at ændre/ophæve disse straffebestemmelser, så der bliver overensstemmelse mellem AML og de bekendtgørelser, der er udstedt i medfør af den. Forslaget indeholder imidlertid ingen liste over, hvilke af de nugældende bestemmelser om objektivt hæftelsesansvar for arbejdsgivere i bekendtgørelser, der efter beskæftigelsesministeriets opfattelse skal ændres eller ophæves som følge af lovændringen, og hvilke der skal bevares uændret. Det er relativt nemt at identificere de relevante bekendtgørelse i

²⁰⁾ www.at.dk.

²¹⁾ Se § 16, stk 2 og 3 i Arbejdstilsynets bekendtgørelse nr 746 af 28. august 1992 med senere ændringer.

²²⁾ Se § 10, stk 2 og 3 i Arbejdstilsynets bekendtgørelse nr 673 af 30. juni 2005 om førercertifikater til kraner og gaffeltrucks mv.

forhold til personlige værnemidler og kranfører- og truckførercertifikater, men det er mindre klart, præcis hvad man har i tankerne, når man taler om lovgivningens krav om anvendelse af udsagningsforanstaltninger, beskyttelsesudstyr eller sikkerhedsforanstaltninger og af forsvarlige arbejdsmetoder.

3.5.2. *Hvad vil det sige, at arbejdsgiveren har opfyldt sine pligter efter kap 4?*

Lovforslaget er blevet tydeliggjort en smule i høringsprocessen, idet det i det for Folketinget fremsatte forslag - til forskel fra høringsudkastet - fremgår af bemærkningerne, at arbejdsgivere, der ikke har udarbejdet APV (arbejdsplads-vurdering) eller etableret sikkerhedsorganisation, ikke skal anses for at have opfyldt sine pligter efter kap 4 i AML. I de generelle bemærkninger siges det, at lovforslaget indebærer, at arbejdsgivere i fremtiden ikke skal pålægges et bødeansvar, såfremt

- arbejdsgiveren på overtrædelsestidspunktet har gjort alt for at sikre, at arbejdet *kan* (min kursivering) udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarligt,
- arbejdsgiveren fyldestgørende har instrueret den ansatte og effektivt ført tilsyn med arbejdet, og
- de ansatte har tilsidesat arbejdsgiverens instruktioner, fx har undladt at bruge det sikkerhedsudstyr, der er stillet til rådighed for arbejdet.

Rammedirektivet om arbejdsmiljø kræver som nævnt i art 5, stk 4, at arbejdsgiverne kun kan fritages for ansvar for forhold, der skyldes omstændigheder, som de ikke har indflydelse på, og som er usædvanlige og uforudseelige, eller begivenheder, som er ualmindelige, og konsekvenserne af disse omstændigheder eller begivenheder ikke kunne have været afværget selv med den største omhu.²³

De foreslåede bestemmelser i AML § 83, stk 3 og AML § 86 skal fortolkes direktivkonformt.²⁴ Lovforslaget synes at stille lavere krav til arbejdsgiveren end rammedirektivet om arbejdsmiljø. Efter lovforslaget er det tilsyneladende nok, at arbejdsgiveren har gjort det muligt at overholde arbejdsmiljøreglerne og har opfyldt sin instruktions- og tilsynspligt. Efter direktivet kræves det, at overtrædelserne skal ligge uden for arbejdsgiverens kontrolsfære eller skyldes ekceptionelle omstændigheder, hvis følger ikke kunne have været afværget selv med den største omhu.

²³⁾ På engelsk: unusual and unforeseeable circumstances, beyond the employers' control, or to exceptional events, the consequences of which could not have been avoided despite the exercise of all due care.

²⁴⁾ Se om art 5, stk 4 i rammedirektivet Nielsen, Ruth: Arbejdsmiljøret, Kbhvn 2004 kap 5.

Det forekommer tvivlsomt, om EU-Domstolen vil acceptere, at de fem forhold, der efter lovforslaget fører til straffrihed for arbejdsgiveren, kan anses for at ligge uden for dennes kontrolsfære eller kan anses for ualmindelige (på engelsk *exceptional events*). Det kan ikke være tilstrækkeligt, at arbejdsgiveren har gjort det muligt at arbejdet kan udføres forsvarligt. Arbejdsgiveren bør vide, at fejl (også fra de ansattes side) forekommer, og kan efter direktivet kun fritages for ansvar, hvis fejlene er uden for hans kontrolsfære og han ikke kunne have afværget dem eller deres følger, hvis han havde vist den største omhu.

Den største omhu, som er kravniveauet i direktivet, omfatter formentlig mere end instruktion og tilsyn, som er de eneste krav til arbejdsgiveren, der nævnes i det danske lovforslag. En arbejdsgiver kan fx også vise omhu ved udvælgelse af ledelsespersoner og ved udvælgelse af, hvilke ansatte, der udfører hvilke arbejdsfunktioner, ved valg af lønincitamenter og andre incitamenter og i det hele ved at udvikle en sikkerhedskultur som en del af virksomhedskulturen. En grund til, at ansatte ikke benytter personlige værnemidler mv, kan fx være, at arbejdet kan udføres hurtigere ved at overtræde arbejdsmiljøreglerne end ved at overholde dem, og at arbejdsgiveren lønmæssigt belønner, dvs giver et incitament til, overtrædelse af arbejdsmiljøreglerne. En sådan arbejdsgiver har formentlig ikke vist den største omhu i rammedirektivets forstand.

3.5.3. Hvem er de ansatte i AML § 83, stk 3?

Som det fremgår af afsnit 2.1 er der flere slags ansatte, der er pligts subjekter i AML, dels almindelige ansatte, der har pligter efter AML §§ 27-29, dels arbejdsledere, der har pligter efter AML §§ 24-26 og endelig ansatte virksomhedsledere, der efter AML § 23 har samme forpligtelser som arbejdsgiveren, dog ikke objektivt ansvar.

Forslaget skal formentlig forstås sådan, at det kun er almindelige ansattes tilsidesættelse af deres pligter efter AML § 27-29, der kan fritage arbejdsgiveren for objektivt hæftelsesansvar, mens arbejdsgiveren fortsat skal have objektivt hæftelsesansvar for ansatte ledere (arbejdsledere og/eller virksomhedsledere). Grænsen mellem en almindelig arbejder og en arbejdsleder er imidlertid temmelig uklar i arbejdsmiljøretten.²⁵

²⁵⁾

Se nærmere Nielsen, Ruth: Arbejdsmiljøret, Kbhvn 2004 s 199.

3.5.4. Hvornår overtræder de ansatte lovgivningens krav om forsvarlige arbejdsmetoder?

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget omfatter den foreslåede bestemmelse åbenbart uforsvarlige arbejdsmetoder, hvor ansatte tilsidesætter krav om anvendelse af forsvarlige arbejdsmetoder, i medfør navnlig af reglerne om arbejdets udførelse, anvendelse af tekniske hjælpemidler, herunder at tekniske hjælpemidler anvendes efter deres hensigt og anvendelse af stoffer og materialer, der er foreskrevet med henblik på at sikre, at det pågældende arbejde kan udføres arbejdsmiljømæssigt forsvarligt. Anvendelse af bestemmelsen forudsætter, at ansatte er blevet instrueret om den korrekte forsvarlige arbejdsmetode. Overtrædelserne kan angå:

- Uforsvarlig gaffeltruckkørsel, hvor den ansatte har certifikat.
- Manuel håndtering af tunge byrder, hvor tekniske hjælpemidler forefindes.
- Uforsvarlig stabling/læsning, således at der opstår risiko for væltning.
- Uforsvarlige personløft med kran, hvor den ansatte har certifikat.
- Forkert anvendt anhugningsgrej, fx tovestropper i stedet for kæder.
- Overbelastning af elevator.
- Anvendelse af teknisk hjælpemiddel, der er uegnet til arbejdet.
- Risiko for sammenstyrtning ved jordarbejde som følge af manglende afstivning, manglende anlæg mv.
- Overtrædelser af forbud, eksempelvis forbud mod brug af byggehejs til persontransport.
- Svejsearbejde på lukkede tønder, som indeholder rester af antændelige væsker.
- Arbejde uden at elektrisk spænding er afbrudt.
- Uforsvarligt arbejde med stoffer og materialer der fx har høj akut giftighed.

Det er en bred og diffust afgrænset regel, der kan give anledning til mange fortolkningsproblemer.

3.5.5. Certifikater til andet end kraner og gaffeltruck

I bemærkningerne til lovforslaget siges det, at den foreslåede § 82, stk 3, nr 5 omfatter ansatte, der fører gaffeltruck eller kran uden at være i besiddelse af lovpligtigt gaffeltruckfører- eller kranførercertifikat. Anvendelse af bestemmelsen forudsætter, at ansatte udtrykkeligt er blevet instrueret om ikke at føre gaffeltruck eller kran uden certifikat.

Førercertifikater til kraner og gaffeltrucks mv er reguleret i en bekendtgørelse fra Arbejdstilsynet, der som nævnt indeholder selvstændig hjemmel for objektivt arbejdsgiveransvar. Den handler ud over om kraner og gaffeltrucks også om andre typer maskiner, fx gaffelstablere og teleskoplæssere. Meningen med

den foreslåede regel i AML § 83, stk 3 nr 5) er formentlig, at alle overtrædelser fra de ansattes side af certifikatbekendtgørelsen skal medføre ansvarsfrihed for arbejdsgiveren, hvis han har opfyldt sine forpligtelser efter kap 4 i AML. Det kunne siges klarere, fx ved at henvise til certifikatbekendtgørelsen, evt i bemærkningerne.

3.6. Procesøkonomiske hensyn

Det må antages, at gennemførelse af forslaget vil medføre større offentlige udgifter end den nuvældende regel, der er billig i drift. Politidirektøren i København anførte i sit høringssvar, at de nugældende regler har medført, at en lang række af arbejdsmiljøsagerne er afgjort med bødeforelæg, idet arbejdsgiver har været klar over, at der ikke har været mulighed for at undgå bøden. Deri har været en meget stor procesøkonomisk besparelse. Det må med den foreslåede ændring påregnes, at anklagemyndigheden og domstolene vil få en væsentlig ekstra arbejdsbyrde med at rejse tiltale og føre disse sager i retten. Hun udtalte herefter:²⁶

Jeg kan derfor ikke tilslutte mig bemærkningerne til lovforslaget om, at de foreslåede ændringer ikke vil medføre økonomiske konsekvenser for det offentlige.

Under hensyn til dette høringssvar blev der i det for Folketinget fremsatte lovforslag indsat en bemærkning om, at de foreslåede ændringer i strafansvaret i arbejdsmiljøsager vil kunne have visse mindre ressourcemæssige konsekvenser for politiet og anklagemyndigheden. Eventuelle merudgifter for politiet og anklagemyndigheden som følge af lovforslaget vil blive afholdt inden for de eksisterende bevillingsmæssige rammer.

3.7. Skjult skyld

Formålet med det objektive ansvar i arbejdsmiljøretten har traditionelt været dels at ramme skjult skyld,²⁷ dels ud fra præventive hensyn at skabe incitamenter for arbejdsgiveren til afværgeforanstaltninger, fx tilsyn og omhyggelig udvælgelse af ansatte, der udfører farlige arbejdsfunktioner.

²⁶⁾ Se høringssvarene på <http://www.folketinget.dk/Samling/20051/lovforslag/L14/bilag/1/index.htm>.

²⁷⁾ Folketingstidende 1975-76, Tillæg A s 164.

3.7.1. Anonyme og kumulative overtrædelser

Ifølge de generelle bemærkninger til lovforslaget²⁸ forudsættes bestemmelsen om begrænsning af strafansvar for arbejdsgivere at skulle finde anvendelse på de overtrædelser af arbejdsmiljølovgivningen, hvor arbejdet kunne udføres fuldt forsvarligt af den ansatte, men hvor den ansatte, på trods af arbejdsgiverens opfyldelse af sine forpligtelser efter arbejdsmiljølovens kap 4, udfører arbejdet i strid med arbejdsmiljølovgivningen. Herefter tilføjes:

Dette gælder også for anonyme og kumulative overtrædelser.

Det er således meningen, at arbejdsgiveren også skal være ansvarsfri i tilfælde af anonyme og kumulative overtrædelser. I disse tilfælde ved man ikke, om det er en almindelig ansat, eller en ansat ledelsesperson eller måske arbejdsgiveren personligt, der har begået fejlen. Når anonyme fejl kan medføre ansvarsfrihed for arbejdsgiveren, bliver der store muligheder for at skjule skyld fra dennes eller ledelsespersoners side.

3.7.2. 'Handler i porten', falske forklaringer mv

Politidirektøren i København pegede i sit høringssvar på, at det må forventes, at mange ansatte vil støtte en arbejdsgivers udsagn om, at arbejdsgiveren i det pågældende tilfælde har gjort alt, hvad der kan forlanges, og at det alene var den ansatte selv, der tilsidesatte instruktionerne. Det må i den forbindelse tages i betragtning, at den ansatte kan være nervøs for at miste sit job, og at en eventuel bøde til den ansatte, eventuelt betalt af arbejdsgiveren, er betydelig lavere, end den bøde arbejdsgiveren kan forvente ved en selvstændig domfældelse.

Arbejdsgiveren vil typisk stå til en bøde på fra 20.000 kr og opefter, mens den ansatte i givet fald vil få en bøde på 1.000 - 2.500 kr afhængig af skyldgraden. det kan også give mulighed for handler mellem arbejdsgiveren og den ansatte.

3.8. Nedsættelse af arbejdsgiverens økonomisk driftsrisiko

Objektivt arbejdsgiveransvar i arbejdsmiljøretten er ment som en økonomisk driftsrisiko, der i det offentliges interesse pålægges virksomheder til fremme af en særlig påkrævet agtpågivenhed. Domspraksis er på linie hermed. Anklagemyndigheden gjorde også i Hansen og Søn-sagen, se om denne foran. dette argument gældende.

²⁸⁾

www.folketinget.dk/Samling/20051/lovforslag/L14/index.htm pkt 2.1.2.

Når virksomhederne fritages for denne økonomiske driftsrisiko, sker der en svækkelse af det økonomiske incitament til at sikre arbejdsmiljøet.

3.9. Svækkelse af arbejdsmiljøreglernes præventive virkning

Den samlede virkning af det foran anførte må formodes at blive en svækkelse af arbejdsmiljøreglernes præventive virkning. Incitamenterne for arbejdsgiveren til afværgeforanstaltninger, fx tilsyn, omhyggelig udvælgelse af ansatte, der udfører farlige arbejdsfunktioner, og mere generelt udvikling af en sikkerhedskultur på virksomheden svækkes.

4. Forslaget om skærpelse af ansattes strafansvar

Der foreslås indsat et nyt § 82, stk 3 med følgende indhold:

Stk.3. Ved straffens udmåling efter stk 1, nr 1, skal det, i det omfang arbejdsgiveren har opfyldt sine pligter efter lovens kapitel 4, betragtes som en skærpende omstændighed, at ansatte forsætligt eller groft uagtsomt overtræder lovgivningens krav om

- 1) anvendelse af personlige værnemidler,
- 2) anvendelse af udsagningsforanstaltninger,
- 3) anvendelse af beskyttelsesudstyr eller sikkerhedsforanstaltninger,
- 4) anvendelse af forsvarlige arbejdsmetoder eller
- 5) certifikater til kran og gaffeltruck.

Forslaget flytter ikke ved, hvad de ansatte kan straffes for, men der sker en skærpelse af strafudmålingen. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget at bødeniveauet for ansatte i de situationer, der er omfattet af den foreslåede AML § 82, stk 3 ønskes hævet til 2.500 kr. Som nævnt er bødeniveauet for ansatte i dag 1.000 kr.

Forslaget lægger også op til en ændret tiltalepraksis overfor ansatte. I dag er det kun de tre første områder, hvor der gives bøder. Med forslaget er det meningen, at der skal ske en udvidelse med de to sidste. Anvendelse af forsvarlige arbejdsmetoder er som foran omtalt den mest uklare, og det er svært at vurdere, hvor meget man vil bruge den.

5. Arbejdsskadesikring

Efter Arbejdsskadesikringslovens (ASL) §14 kan krav på erstatning for tab af erhvervsevne og godtgørelse for varigt mén nedsættes eller helt bortfalde, hvis

den tilskadekomne forsætligt eller ved retsstridig handling eller undladelse har fremkaldt eller væsentligt bidraget til arbejdsskadens indtræden.

Efter rammedirektivet om arbejdsmiljø art 5, stk 3 berører arbejdstagernes forpligtelser med hensyn til sikkerhed og sundhed under arbejdet som nævnt ikke princippet om arbejdsgiverens ansvar. ASL § 14 skal fortolkes i overensstemmelse med rammedirektivet. ILO konvention nr 102 om minimumsnormer for social tryghed bestemmer i art 69, at

A benefit to which a person protected would otherwise be entitled in compliance with any of Parts II to X of this Convention may be suspended to such extent as may be prescribed

- (e) where the contingency has been caused by a criminal offence committed by the person concerned;
- (f) where the contingency has been caused by the wilful misconduct of the person concerned;

Det er formentlig forudsat i ILO-konventionen, at der skal være tale om mere alvorlige forbrydelser end de bøder til ansatte, lovforslaget handler om. Under alle omstændigheder er det ikke tilsigtet, at lovforslaget skal medføre nogen ændring af reglerne om arbejdsskader, og en skærpelse ville formentlig stride mod art 5, stk 3 i rammedirektivet om arbejdsmiljø. Det kan derfor ikke antages, at lovforslaget vil medføre nogen ændring af reglerne om arbejdsskader.

6. Arbejdsgiveres erstatningsansvar

Der har været ydret tvivl, om forslaget vil medføre, at egen skylds vurderinger i erstatningssager bliver ændret, fordi arbejdsgiveren fritages for objektivi hæftelsesansvar, og om ansattes erstatningsansvar bliver skærpet i takt med at bødeniveauet sættes op fra 1.000 til 2.5000 kr.

6.1. Skadelidtes egen skyld

ASL opregner udtømmende ydelserne efter loven. Andre tabsposter kan ikke dækkes efter ASL, men muligvis under en civilretlig erstatningssag. De poster, der ikke kan dækkes af arbejdsskadesikringen, men som i givet fald må søges dækket gennem en erstatningssag, en skadelidt arbejdstager anlægger mod arbejdsgiveren, er navnlig svie og smerte og tabt arbejdsfortjeneste i perioden indtil et evt varigt erhvervsevnetab kan vurderes, samt erstatning for andre tingsbeskadigelser end ødelagte hjælpemidler, fx ødelagt tøj, mobiltelefon mv.

I en erstatningssag tillægges det efter praksis stor betydning, om den skadelidte selv burde have undgået skaden. Som eksempel kan nævnes en sag om en faglært murer med 43 års erfaring.²⁹ I januar 1997 skulle hans sjak opmure nogle vindueshuller, og mureren og en anden murer, der sammen udførte arbejdet, transporterede derfor i løbet af 1-2 dage 200-300 liter mørtel op i 1. sals højde ad en godt 1 meter bred trappe. Mens mureren bar 2 spande med mørtel op ad trappen, fik han et knæk i ryggen, som førte til diskusprolaps. Han rejste krav mod arbejdsgiveren om erstatning for erhvervsevnetab, tabt arbejdsfortjeneste mm. Han gjorde gældende, at arbejdets tilrettelæggelse og arbejdsstedets indretning ikke var sikkerhedsmæssigt fuldt forsvarlig, navnlig fordi der ikke var anvendt hejs, og at instruktion og tilsyn havde været utilstrækkelig, navnlig med hensyn til mængden af mørtel, der blev båret. Højesteret udtalte, at det på baggrund af opgavens karakter og omfang ikke var uforsvarligt, at arbejdet blev tilrettelagt, således at transporten skulle ske manuelt. Det var endvidere ikke uforsvarligt, at arbejdsgiveren overlod det til en erfaren murer at udføre den enkle og sædvanlige opgave uden særskilt instruktion eller tilsyn. Arbejdsgiveren blev derfor frifundet.

Der er således allerede praksis for for arbejdsgiveren ganske lempelege egen skyldsvurderinger. Denne praksis kan næppe ventes ændret pga lovforslaget.

6.2. Ansattes erstatningsansvar

Erstatningsansvarsloven (EAL) § 23 indeholder en generel regel om lempelse af arbejdstageres erstatningsansvar. Erstatning, som en arbejdsgiver har måttet udrede som følge af en arbejdstagers uforsvarlige adfærd, kan kun kræves betalt af denne i det omfang, det findes rimeligt under hensyn til den udviste skyld, arbejdstagerens stilling og omstændighederne i øvrigt. Arbejdstagerens erstatningsansvar over for skadelidte kan nedsættes eller bortfalde, hvis det findes rimeligt under hensyn til de foran nævnte omstændigheder og til skadelidtes interesse. Erstatning, som arbejdstageren har måttet udrede, kan denne kræve betalt af arbejdsgiveren i det omfang, ansvaret endeligt skal påhvile arbejdsgiveren efter foran nævnte regel.

EAL § 19 bestemmer, at der ikke erstatningsansvar i det omfang en skade er dækket af en tingsforsikring eller en driftstabsforsikring. Har en arbejdstager forvoldt en skade, der er dækket af en tingsforsikring, en driftstabsforsikring eller arbejdsgiverens ansvarsforsikring, ifalder arbejdstageren ikke erstatningsansvar, medmindre skaden er forvoldt forsætligt eller ved grov uagtsomhed.

²⁹⁾ U 2004.3040H.

Den omstændighed, at bødeniveauet for ansatte ønskes hævet ved lovforslaget, vil efter min vurdering ikke medføre strengere erstatningsansvar for de ansatte.

EU's antidumpingpraksis mod varer med oprindelse i Kina

Henrik Andersen

1. Indledning

Kina er blevet en af de nye store magtfaktorer inden for verdenshandelen. Siden Kinas åbning mod vesten sidst i 70'erne¹ har der været en stadigt stigende import i EU af varer fra Kina². Den stigende import i EU er dog ikke omkostningsfri for visse EU-producenter, der føler sig truet af den billigere kinesiske produktion.

EU anvender derfor en række handelspolitiske værø for at imødegå kravet fra EU-producenterne om begrænsning i importen af kinesiske produkter. Det er for nyligt set i den meget medieomtalte tekstil-sag, hvor EU Kommissionen i første omgang indførte beskyttelsesforanstaltninger ved at opstille kvotebegrænsninger i indførslen af tekstiler fra Kina, men som dog senere udvidede kvoten³.

¹⁾ Efter Mao Zedongs død i 1976 blev der indført en række økonomiske reformer og åbnet op mod vesten. Se generelt Kjeld Erik Brødsgaard, *Kina Efter Deng*, Gyldendal, 1997.

²⁾ EU Trade Statistics på http://europa.eu.int/comm/trade-issues/bilateral/countries/china/index_en.htm, hvor den betydelige fremgang i handelen med Kina og de direkte investeringer, som virksomheder fra EU foretager i Kina, fremgår.

³⁾ Se Kommissionens forordning (EF) nr. 1084/2005 af 8. juli 2005 om ændring af bilag II, III og V til Rådets forordning (EØF) nr. 3030/93 om den fælles ordning for indførsel af visse tekstilvarer med oprindelse i tredjelande.

Af særlig interesse er EU's antidumpingbehandling af kinesiske producenter, idet der anvendes særregler mod netop kinesiske producenter i forhold til producenter fra andre lande.

I denne artikel beskrives det, hvilken antidumpingbehandling, som varer med oprindelse i Kina, er underlagt. Der vil indledningsvist være en meget overordnet definition af dumping. Dernæst vil der være en kort beskrivelse af de almindelige antidumpingregler i EU. Slutteligt vil der være en gennemgang af de særlige antidumpingregler, der anvendes på varer med kinesisk oprindelse.

2. En overordnet definition af dumping

Traditionelt set henviser retslitteraturen⁴ til økonomen Jacob Viners klassiske definition af dumping som "price discrimination between national markets".⁵ Definitionen dækker derved situationer, hvor en vare bliver solgt til en pris på det nationale marked og til en anden pris på eksportmarkedet.⁶ Hvis en producent i f.eks. USA⁷ sælger en vare på hjemmemarkedet til en pris svarende til 5 euro, men eksporterer den samme vare ind i EU til en pris på 3 euro, vil den pågældende virksomhed dumpe prisen med 2 euro.

En sådan markedsadfærd kan af politiske og økonomiske årsager være uønsket af importlandet, hvis det f.eks. bevirker, at den nationale produktion bliver udkonkurreret – med en eventuel deraf stigende arbejdsløshed til følge. Samtidig er der en risiko for, at eksportvirksomheden, hvis producenterne i importlandet udkonkurreres, får monopolstatus på markedet og efterfølgende sætter prisen på den pågældende vare op.⁸ På den anden side kan billige importvarer være

⁴⁾ Se f.eks. Wenxi Li's doktordisputats, *Anti-Dumping Law of WTO/GATT and EC – Gradual Evolution of Anti-Dumping Law in Global Economic Integration*, Lund Universitet, 2001, s. 17-18, og Gabrielle Marceau, *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free-trade Areas*, Clarendon Press – Oxford, 1994, s. 11.

⁵⁾ Se Jacob Viner, *Dumping – A Problem In International Trade*, University of Chicago press, 1923, s. 3.

⁶⁾ Definitionen omfatter imidlertid også såkaldt *reverse dumping*, dvs. situationer, hvor eksportprisen er højere end hjemmemarkedsprisen. Denne situation er imidlertid ikke relevant i forhold til nærværende artikel.

⁷⁾ Kina kan ikke anvendes som eksempel her, idet der gælder særlige antidumpingregler for Kina.

⁸⁾ Man anvender ofte udtrykket "predatory pricing" for en sådan adfærd. Se f.eks. Kim Lundgaard Hansen, Lars Kjølbye og Henrik Saugmandsgaard Øe, *EU-konkurrenceretten*, GADJURA, 1998, s. 159.

en fordel for køberne, evt. mellemproduktionsled, der anvender den pågældende dumpede importvare⁹ i sin produktion.

Definitionen af dumping er siden hen blevet udvidet til også at omfatte "sales below cost of production"¹⁰, hvilket er en følge af den udvikling, der har været i antidumpingreguleringen¹¹ til også at omfatte denne type adfærd. Derved kan dumping forekomme i situationer, hvor der ikke prisdiskrimineres mellem nationale markeder, men blot sælges til ens priser under produktionsomkostninger på både hjemme- og eksportmarkedet.

3. Generelt om antidumpingreglerne

På folkeretligt niveau er antidumpingområdet reguleret i WTO¹², jf. art. VI i GATT¹³ 1994¹⁴ og den såkaldte antidumpingaftale¹⁵, der mere specifikt angår de konkrete procedurer og metoder for konstatering af dumping, som WTO medlemmerne, herunder EU¹⁶, skal overholde i forbindelse med anvendelse af de nationale antidumpingregler.¹⁷ Der vil ikke i nærværende artikel blive taget stilling til, hvorvidt EU overholder sine forpligtelser i forhold til WTO, men udelukkende blive beskrevet EU's regler.

I EU har Rådet med hjemmel i TEF¹⁸ art. 133 udstedt den såkaldte grundforordning 384/96¹⁹, der er den femte i rækken af grundforordninger, siden anti-

⁹) Det er typisk goder, der indgår som led i produktionen, der er dumpede, f.eks. trichlorisocyanursyre, kalcium metal og furfuraldehyde. Der ses dog også tilfælde på færdigvarer, hvor der som eksempel på kinesiske varer, hvorpå EU har pålagt antidumpingtold, kan nævnes cykler, ringbind og tandbørster.

¹⁰) Se Wenxi Li (2001), (nævnt i note 4), s.18 og Gabrielle Marceau (1994), (nævnt i note 4), s. 11.

¹¹) Se f.eks. for EU's vedkommende art. 2, stk. 4 Rådets forordning (EF) nr. 384/96 af 22. december 1995 om beskyttelse mod dumpingimport fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Fællesskab

¹²) World Trade Organization.

¹³) General Agreement on Tariffs and Trade.

¹⁴) Art. VI var oprindeligt i GATT 1947, men er overført i uændret form til GATT 1994.

¹⁵) Agreement on Implementation of Article VI of GATT 1994.

¹⁶) EU har været medlem af WTO siden 1995 og er derfor selvstændigt retssubjekt i WTO. Se i øvrigt Espersen, Ole; Frederik Harhoff og Ole Spiermann, *Folkeret*, Christian Ejlers' Forlag, 2003, s. 56 ff.

¹⁷) Når der i den forbindelse anvendes udtrykket "nationalt", anses EU som en nation.

¹⁸) Traktaten om oprettelse af det Europæiske Fællesskab

¹⁹) Rådets forordning (EF) nr. 384/96 af 22. december 1995 om beskyttelse mod dumpingimport fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Fællesskab.

dumpingområdet første gang i 1968 blev reguleret i EU.²⁰ Grundforordningen indeholder dels processuelle regler for Kommissionen og Rådet i forbindelse med antidumpingundersøgelsen, og dels regler for konstatering af dumping.

Rådet kan pålægge dumpede varer en antidumpingtold. Det forudsætter dels, at der forekommer dumping, og at producenterne i EU lider skade som følge af dumping²¹. Derudover skal det være i Fællesskabets interesse²², at en sådan antidumpingtold bliver pålagt de omtvistede varer. Hvis der er flere virksomheder, der dumper sammenlignelige varer, vil antidumpingtolden blive udregnet specifikt i forhold til den pågældende virksomhed.²³

I forbindelse med den traditionelle vurdering af, om der forekommer dumping, vil der ske en sammenligning af den formodede dumpende virksomheds normale pris på hjemmemarkedet og eksportprisen. Hvis den *normale værdi*, dvs. hjemmemarkedsprisen²⁴, er *højere end eksportprisen*, er det et udtryk for dumping. Forskellen mellem den normale værdi og eksportprisen betegnes *antidumpingmargenen*²⁵, og er udgangspunktet for beregningen af antidumpingtolden, der maksimalt kan udgøre antidumpingmargenen.²⁶

Afgørelser om antidumpingtold udstedes af Rådet i form af forordninger.²⁷ Det er Kommissionen, der foretager de nærmere antidumpingundersøgelser og

²⁰⁾ De foregående grundforordninger er Rådets forordning (EØF) nr. 459/68 af 5. april 1968 om beskyttelse mod dumping, præmier, eller subventioner fra lande, der ikke tilhører Det europæiske økonomiske Fællesskab; Rådets forordning (EØF) nr. 3017/79 af 20. december 1979 om beskyttelse mod dumpingimport eller subsidieret import fra lande, der ikke er medlemmer af Det europæiske økonomiske Fællesskab; Rådets forordning (EØF) nr. 2176/84 af 23. juli 1984 om beskyttelse mod dumpingimport eller subsidieret import fra lande, der ikke er medlemmer af Det europæiske økonomiske Fællesskab; Rådets forordning (EØF) nr. 2423/88 af 11. juli 1988 om beskyttelse mod dumpingimport eller subsidieret import fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab; og Rådets forordning (EF) nr. 3283/94 af 22. december 1994 om beskyttelse mod dumpingimport fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Fællesskab. For en gennemgang af antidumpingudviklingen i EU kan anbefales Wenxi Li's doktordisputats, *Anti-Dumping Law of WTO/GATT and EC – Gradual Evolution of Anti-Dumping Law in Global Economic Integration*, Lund Universitet, 2001.

²¹⁾ Jf. art. 1, stk. 1, i grundforordningen.

²²⁾ Jf. art. 21 i grundforordningen.

²³⁾ Jf. art. 9, stk. 5, i grundforordningen.

²⁴⁾ Herunder falder også situationer, hvor en virksomhed på hjemmemarkedet sælger under produktionsomkostninger, der i antidumpingproceduren vil blive opjusteret, jf. art. 2, stk. 4 i grundforordningen.

²⁵⁾ Jf. art. 2, stk. 11 i grundforordningen.

²⁶⁾ Jf. art. 9, stk. 4 i grundforordningen. Det vil i den forbindelse bl.a. blive vurderet, hvor omfattende skaden pga. dumping er hos producenterne i Fællesskabet. Se om konstatering af skade, art. 3, i grundforordningen.

²⁷⁾ Art. 14 i antidumpingforordningen.

stiller forslag til Rådet om udstedelse af antidumpingforordninger, hvis antidumpingbetingelserne er opfyldt. Dog har Kommissionen kompetence til at udstede forordninger om midlertidig antidumpingtold på indførte varer, efter at Kommissionen har indledt en antidumpingprocedure, hvis det bl.a. positivt kan fastslås, at dumping forekommer, og industrien lider skade.²⁸ I den forbindelse skal de berørte virksomheder stille en garanti for den midlertidige told som betingelse for, at varerne kan være i fri omsætning i EU²⁹. Den midlertidige forordning har virkning, indtil Rådet har truffet afgørelse om en endelig antidumpingtold skal pålægges de omtvistede varer, dog maksimalt 9 måneder.³⁰ Rådet beslutter i forbindelse med forordningen om endelig told, om den midlertidige told skal opkræves. Selv om Rådet ikke indfører en endelig antidumpingtold på de omtvistede varer, kan Rådet alligevel opkræve den midlertidige told.³¹

Rådets og Kommissionens forordninger om antidumpingtold kan prøves ved Retten i Første Instans og EF-domstolen, jf. TEF art. 230. Det følger dog af fast retspraksis, at Rådet og Kommissionen har et vidt skøn i antidumpingsager. Domstolskontrollen er begrænset til en prøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder, som er lagt til grund, er materielt rigtige samt, om der foreligger en åbenbar fejl i vurderingen af de faktiske omstændigheder, eller om der er begået magtfordrejning.³²

4. Antidumpingreglerne over for varer fra Kina

Kina bliver i antidumpingsammenhæng anset som et land uden markedsøkonomi³³, idet det antages at prisen fastsættes af staten og ikke via markedsme-

²⁸) Jf. hertil art. 7, stk. 1, og art. 14 i grundforordningen. Rådet kan dog med kvalificeret flertal omgøre Kommissionens afgørelse, jf. art. 7, stk. 6.

²⁹) Jf. art. 7, stk. 3, i grundforordningen.

³⁰) Art. 7, stk. 7, i grundforordningen.

³¹) Se hertil art. 10, stk. 2 i grundforordningen.

³²) Se præmis 19 i sag 240/84, NTN Tokyo Bearing Co. Ltd. M.fl. mod Rådet, dom af 7. maj 1987, Saml. 1987, s. 1809, præmis 12 i sag C-16/90, Detlef Noelle, der driver virksomhed under firmanavnet "Eugen Noelle" mod Hauptzollamt Bremen-Freihafen, præ. afg. af 22. oktober 1991, Saml. 1991, s. I-5163 og præmisserne 48 og 49 i Shanghai Te-raoka Electronic Co. Ltd mod Rådet, sag T-35/01, dom af 28. oktober 2004, endnu utrykt i Saml.

³³) Se art. 2, stk. 7, litra b i grundforordningen. Tidligere var Kina placeret på en liste af lande uden markedsøkonomi i Rådets forordning (EF) nr. 519/94 af 7. marts 1994 om den fælles ordning for indførsel fra visse tredjelande og ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1765/82, nr. 1766/82 og nr. 3420/83. Dette blev dog ændret ved Rådets Forordning (EF) Nr. 905/98 af 27. april 1998 om ændring af forordning (EF) nr. 384/96 om beskyttelse mod dumpingimport fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Fællesskab. Til trods for ordlyden i art. 2, stk. 7, litra b, må Kina fortsat anses som et

kanismerne. Derved vil prisen på hjemmemarkedet ikke være pålidelig, og der må derfor søges andre metoder til vurdering af, om dumping er forekommet.

Det følger af grundforordningens art. 2, stk. 7, at ved indførslen af varer fra et land uden markedsøkonomi fastsættes hjemmemarkedsprisen, dvs. den normale værdi, på grundlag af prisen eller den beregnede værdi i et egnet tredjeland. Der vil derfor – i modsætning til de almindelige antidumpingregler – ikke være en sammenligning mellem hjemmemarkedsprisen og eksportprisen. Derimod sammenlignes hjemmemarkedsprisen på en lignende vare fra en virksomhed i et referenceland med eksportprisen fra den kinesiske virksomhed. Derved vil dumping – alt andet lige – forekomme i en situation, hvor der er en kinesisk virksomhed, der sælger en vare på hjemmemarkedet til en pris svarende til 3 euro og eksporterer samme vare til EU-importører til en pris på 3 euro, men hvor en virksomhed i referencelandet, f.eks. USA, sælger samme eller lignende vare til 5 euro på markedet i USA. Derved vil den kinesiske virksomhed kunne blive pålagt en antidumpingtold på 2 euro.

Hvis der er flere kinesiske eksportører af samme eller lignende varer, vil disse – i modsætning til traditionel antidumpingbehandling – blive pålagt samme antidumpingtold, jf. art. 9, stk. 5, i grundforordningen. Denne generelle antidumpingtold anvendes over for lande uden markedsøkonomi lande for at sikre, at staten i et sådant land ikke kan omgå tolden ved at eksportere varerne ind i EU fra en virksomhed med en lav antidumpingtoldsats.

I den oprindelige grundforordning fra 1968,³⁴ var der ikke sondret mellem markedsøkonomiske lande og lande uden markedsøkonomi. Det var først i 1979, at udtrykket "lande uden markedsøkonomi" første gang blev indskrevet i EU-antidumpingreglerne i en ændringsforordning til grundforordningen fra 1968.³⁵

Det er dog aldrig lykkedes Rådet at få fastlagt en egentlig definition af, hvad et land uden markedsøkonomi er.³⁶ Der er heller ikke opstillet kriterier herfor i

land uden markedsøkonomi, idet det er op til de kinesiske eksportører at påvise, at de handler ud fra markedsøkonomiske principper.

³⁴⁾ Rådets forordning (EØF) nr. 459/68 af 5. april 1968 om beskyttelse mod dumping, præmier, eller subventioner fra lande, der ikke tilhører Det europæiske økonomiske Fællesskab.

³⁵⁾ Se art. 1 i Rådets forordning (EØF) nr. 1681/79 af 1. august om ændring af forordning (EØF) nr. 459/68 af 5. april 1968 om beskyttelse mod dumping, præmier, eller subventioner fra lande, der ikke tilhører Det europæiske økonomiske Fællesskab.

³⁶⁾ Derimod har amerikanerne opstillet nærmere kriterier til at teste graden af markedsøkonomi i 1930 Tariff Act, jf. hertil David Wall, Peter Holmes, Jeremy Kempton og Richard Grant, *China's Market Economy – Implications for the World Trading System*, Royal Institute of International Affairs, 1. udgave, 1998, s. 6.

betragtningerne i antidumpingforordningerne. Der kan dog hentes noget vejledning i de kriterier i grundforordningens art. 2, stk. 7, litra c, som Rådet har opstillet til kinesiske virksomheder, der kan opnå markedsøkonomisk behandling, jf. mere herom i afsnittet nedenfor om markedsøkonomisk behandling. EF-domstolen har i to tilfælde – i forbindelse med formålsfortolkning af art. 2, stk. 7³⁷⁾ i grundforordningen – konstateret, at i et land uden markedsøkonomi er priser og omkostninger ikke et resultat af markedskræfternes spil.³⁸⁾

4.1. Markedsøkonomisk behandling

Som led i Kinas optagelse i WTO har EU måttet åbne op for, at virksomheder fra Kina kan opnå markedsøkonomisk behandling. Det følger direkte af den associeringsaftale der er indgået mellem WTO og Kina.³⁹⁾ Ved markedsøkonomisk behandling forstås, at en virksomheds antidumpingmargin udregnes på baggrund af hjemmemarkedsprisen og eksportprisen, dvs. der ikke anvendes en referencevirksomhed fra et tredjeland. Derudover vil der til forskel fra den ikke-markedsøkonomiske behandling blive udregnet en specifik antidumping-told for den dumpende virksomhed.

Ved ændringsforordning 905/98⁴⁰⁾ har Rådet derfor indført muligheden for, at virksomheder beliggende i Kina kan opnå markedsøkonomisk behandling,⁴¹⁾ jf. art. 2, stk. 7, litra b og c. Det forudsætter efter litra b, at den pågældende virksomhed, der skriftligt skal anmode om markedsøkonomisk behandling, kan påvise, at den opererer på markedsøkonomiske vilkår.

Der er i art. 2, stk. 7, litra c, opstillet fem markedsøkonomiske kriterier i den ændrede bestemmelse, der skal være opfyldt, for at en virksomhed fra Kina kan opnå markedsøkonomisk behandling: 1) Virksomhedens pris- og omkostningsbeslutninger skal ske som reaktion på markedets signaler – uden statslig indgriben, 2) virksomhedens regnskabsforskrifter skal være i overensstemmel-

³⁷⁾ Dengang art. 2, stk. 5.

³⁸⁾ Se præmis 29 i de forenede sager 294/86 og 77/87, *Technintorg mod Kommissionen*, dom af 5. oktober 1988, Saml. 1988, s. 6077, og præmis 26 i de forenede sager 305/86 og 160/87, *Neotype Techmasheexport GMBH mod Kommissionen og Rådet*, dom af 11. juli 1990, Saml. 1990, s. I-2945.

³⁹⁾ Jf. Art. 15 i Accession of the People's Republic of China, decision of 10 November 2001, WT/L/432. Se nærmere om fortolkning af denne bestemmelse i Michael Lennard, *Interpreting China's Accession Protocol: a case study of anti-dumping*, artikel trykt i "China and the World Trading System, redigeret af Deborah Z. Cass m.fl., Cambridge University Press, 2003.

⁴⁰⁾ Rådets Forordning (EF) Nr. 905/98 af 27. april 1998 om ændring af forordning (EF) nr. 384/96 om beskyttelse mod dumpingimport fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Fællesskab.

⁴¹⁾ Jf. art. 1, der ændrer grundforordningens art. 2, stk. 7.

se med kontrollerede internationale regnskabsstandarde, 3) virksomhedens produktionsomkostninger og økonomiske situation må ikke være påvirket af efterdønninger fra det tidligere ikke-markedsøkonomiske system, 4) der skal være egnede love om konkurs og ejendomsret, der giver retlig sikkerhed, og 5) valutaomregninger skal finde sted til markedskurs.

Alle fem kriterier skal være opfyldt af den pågældende virksomhed, for at markedsøkonomisk behandling kan opnås.

Der vil i det følgende være en kort gennemgang af de fem kriterier.

4.1.1. Virksomhedernes beslutninger om priser og omkostninger skal træffes som reaktion på markedssignaler og uden nogen omfattende statslig indgriben

Det første kriterium har ofte givet anledning til vanskeligheder for de kinesiske eksportører. Der har derfor udviklet sig en omfattende praksis i Rådets og Kommissionens forordninger angående dette kriterium. Desuden har Retten i Første Instans i et enkelt tilfælde taget stilling til Rådets og Kommissionens anvendelse af kriteriet.

Der vil i det følgende være en oversigt praksis på området.

Hjemlandspriser

Rådet har i sin praksis fastslået, at salg på det nationale marked til *ensartede priser* kan være et udtryk for central priskontrol fra staten.⁴² Derudover vil salg til *tabsgivende priser* på hjemmemarkedet over en længere periode også være et udtryk for, at virksomheden ikke opererer på markedsøkonomiske vilkår.⁴³

I *Shanghai Teraoka-sagen*⁴⁴ var en kinesisk virksomhed, Shanghai Teraoka, blevet afvist markedsøkonomisk behandling af Rådet. Shanghai Teraoka, hvis nationale salg af elektroniske vægte skete til ensartede priser og med tab, anlagde sag ved Retten og hævdede, at markedsøkonomiske virksomheder ofte sælger med tab.⁴⁵ Retten fastslog hertil, at det i sig selv ikke ændrer ved, "at en sådan praksis *kan* anses for et indicium for – navnlig når der foreligger andre indicier såsom ensartede priser og salgsrestriktioner – at en erhvervsdrivende ikke har opfyldt den første betingelse i grundforordningens artikel 2,

⁴²⁾ Se f.eks. betragtning 46 i Rådets forordning (EF) nr. 2605/2000 af 27. november 2000 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af visse elektroniske vægte med oprindelse i Folkerepublikken Kina, Republikken Korea og Taiwan

⁴³⁾ Se betragtning 46 i Rådets forordning (EF) nr. 2605/2000 (nævnt i note 42),

⁴⁴⁾ Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd mod Rådet, sag T-35/01, dom af 28. oktober 2004, Saml. 2004, endnu utrykt i Saml.

⁴⁵⁾ Jf. præmis 74.

stk. 7, litra C)“⁴⁶ (min kursivering). Desuden gjorde Shanghai Teraoka gældende, at Rådet havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn i sin beregning af hjemmemarkedsfortjenesten/tabet, idet Rådet havde fratrasket de subventioner, som virksomheden modtog, hvilket viste et større tab end virksomhedens egne beregninger. Retten tilsluttede sig Rådets beregningsmetode. Derudover konstaterede Retten, at virksomheden i sit samlede regnskab opnåede fortjenester ved salg af en type vægte i Kina, hvorimod den type vægt, der blev eksporteret til EU skete med tab på hjemmemarkedet. Retten konkluderede på den baggrund, at Shanghai Teraoka ikke havde godtgjort, at Rådet havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn.⁴⁷

Det må på baggrund af Rettens udtalelser i sagen antages, at salg med tab ikke i sig selv betyder, at en virksomhed ikke opererer på markedsøkonomiske vilkår, såfremt virksomheden kan godtgøre, at salget med tab er en adfærd, der er en almindelig følge af de markedsøkonomiske vilkår. Det kan f.eks. tænkes, såfremt en virksomhed i Kina ønsker at træde ind på det kinesiske marked, at den i en periode vil sælge med tab på hjemmemarkedet.

Eksportpriser

En kinesisk virksomhed skal derudover *selvstændigt kunne fastsætte eksportprisen* på produktet. Såfremt en virksomhed indgår aftaler med en gruppe af virksomheder, der sælger et tilsvarende produkt, om at fastsætte en mindstepris for eksport⁴⁸, vil markedsøkonomisk behandling ikke kunne imødekommes af Rådet.⁴⁹

Begrænsninger i salg

Det følger desuden af Rådets og Kommissionens forordninger, at *salg på hjemmemarkedet ikke må være omfattet af restriktioner*. Som eksempler herpå

⁴⁶) Præmis 83.

⁴⁷ Se præmisserne 86-93.

⁴⁸) Set ud fra et konkurrenceretligt perspektiv vil sådanne prisaftaler kunne være i strid med EU's konkurrenceregler i TEF art. 81, hvor den mere markedsøkonomiske begrundelse vil være, at fastlæggelse af mindstepriser vil medføre kunstigt høje priser til ulempe for forbrugeren. Dog virker argumentet ikke helt så overbevisende, hvis man antager et antidumpingperspektiv – med en antagelse om, at det er en fordel for producenterne i importlandet at eksportprisen er høj – idet en mindstepris på eksporten i sagens natur bevirker, at eksportprisen netop ikke kan blive lavere end den aftalte mindstepris, hvorved skaden på industrien i importlandet kan blive noget mere begrænset end hvis aftalen havde vedrørt en maksimumpris på eksporten.

⁴⁹) Se betragtning 15 i Rådets forordning (EF) nr. 215/2002 af 28. januar 2002 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af ferromolybden med oprindelse i Folkerepublikken Kina. Der er imidlertid anlagt sag ved Retten, sag T-138/02, mod Rådet om annullering af forordningen, idet Kommissionen i første omgang havde tildelt den sagsøgende virksomhed markedsøkonomisk behandling, men som blev tilbagekaldt uden at der blev foretaget en fornyet undersøgelse af, hvorvidt de fem kriterier var overholdt.

kan nævnes tilfælde, hvor virksomheden ikke fuldstændigt frit kan bestemme, om og i hvilket omfang salg skal ske på hjemmemarkedet⁵⁰, og tilfælde, hvor salg på hjemmemarkedet er decideret forbudt af staten.⁵¹ Desuden vil krav om *opfyldelse af en bestemt eksportkvotient* være udtryk for et ikke-markedsøkonomisk vilkår. Det vil f.eks. være tilfældet, hvis eksportvirksomheden er underlagt et eksportkontingentsystem.⁵²

I den oven for nævnte *Shanghai Teraoka-sag*⁵³ udtalte Retten sig nærmere om begrænsninger i virksomhedens salg. Det fulgte af kinesisk lov, at ved ansøgning om stiftelse af et 100 % udenlandsk ejet selskab i Kina – Shanghai Teraoka var 100 % ejet af en japansk virksomhed – skulle der indgås en aftale mellem den pågældende virksomhed og de lokale myndigheder, hvor bl.a. kvotienten til salg på det kinesiske marked og salg til eksport skulle angives. Virksomheden kunne i den forbindelse ikke dokumentere over for Retten, at den ikke selvstændigt kunne fastsætte kvotienter for salg på hjemmemarkedet og eksportmarkedet.⁵⁴ Desuden konstaterede Retten, at i perioden mellem 1996 og slutningen af undersøgelsesperioden⁵⁵ udgjorde salget af elektroniske vægte på hjemmemarkedet konstant 57-60 %, hvilket der sammenholdt med det tabsgivende hjemmemarkedssalg og subsidier fra Staten var en indikation på, at salgskvotienten på hjemmemarkedet og eksportmarkedet ikke var et resultat af markedskræfterne⁵⁶. På den baggrund havde Shanghai Teraoka ikke godtgjort over for Retten, at den selv frit kunne bestemme salget på hjemmemarkedet og eksportmarkedet.⁵⁷

Det må heraf følge, at det ikke nødvendigvis påvirker vurderingen om markedsøkonomisk behandling, om virksomheden er 100 % ejet af en virksomhed fra et land med markedsøkonomi. Det forhold, at virksomheden – selv om den er udenlandsk ejet – har indgået aftaler med de kinesiske myndigheder om

⁵⁰⁾ Se betragtning 46 i Rådets forordning (EF) nr. 2605/2000 (nævnt i note 42).

⁵¹⁾ Se betragtning 14 i Kommissionens forordning (EF) nr. 967/2000 af 8. maj 2000 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af hårbørster med oprindelse i Folkerepublikken Kina, Republiken Korea, Taiwan og Thailand og om afslutning af proceduren vedrørende importen af hårbørster med oprindelse i Hongkong

⁵²⁾ Se betragtningerne 31-33 i Rådets forordning (EF) nr. 1095/2005 af 12. juli 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af cykler med oprindelse i Vietnam og om ændring af forordning (EF) nr. 1524/2000 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af cykler med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

⁵³⁾ Se note 32.

⁵⁴⁾ Præmisserne 94-102.

⁵⁵⁾ Dvs. den periode, hvor Kommissionen undersøger om der forekommer dumping og om den nationale industri lider skade, jf. art. 6, i grundforordningen. I den konkrete sag strakte undersøgelsesperioden sig fra 1. september 1998 til og med 31. august 1999.

⁵⁶⁾ Præmisserne 105-107.

⁵⁷⁾ Præmis 109.

kvotienter for salg, sammenholdt med salg med tab, er i sig selv tilstrækkeligt som indikation på, at de markedsøkonomiske kriterier ikke er opfyldt.

Ingen omfattende statslig indgriben

Den kinesiske stat må ikke kunne udøve overvejende indflydelse på virksomhedens beslutninger. Derfor vil der i aktieselskaber, hvor Staten er medaktionær, være krav til at vedtægterne sikrer selskabets beslutningsbeføjelser uden statslig medvirken. Hvis sådanne *vedtægter ikke overholdes* af selskabet, eller *vedtægterne nemt kan ændres* af selskabet selv, kan det være et indicium for, at Staten kan have indflydelse på selskabets dispositioner i en sådan grad, at markedsøkonomisk behandling ikke kan tildeles.⁵⁸

Imidlertid har Kommissionen i forbindelse med udstedelse af en midlertidig antidumpingtold fastslået, at til trods for at 40 % af aktierne er ejet af et stats-ejet selskab, vil markedsøkonomisk behandling kunne tilkendes, hvis der er tilstrækkelige kontrolforanstaltninger til at sikre, at den statsejede virksomhed ikke får stor indflydelse på den anmodende virksomheds drift.⁵⁹ Det må derfor antages, at det ikke er afgørende, om staten ejer en stor del af virksomheden, så længe beslutningerne tages selvstændigt af virksomheden og beslutningsprocessen ikke let kan ændres.

Derudover vil markedsøkonomisk behandling næppe kunne tildeles, hvis et selskab er overvejende statsejet og bestyrelsesformanden i selskabet er udpeget af en statslig enhed.⁶⁰

Desuden er markedsøkonomisk behandling blevet afvist, hvis virksomhedens *ejerforhold er uklare*, f.eks. i et aktieselskab, hvor aktiehaverne ikke kan identificeres.⁶¹ Derudover kan *statslig indflydelse på virksomhedens forretningsmæssige beslutninger* være til hinder for markedsøkonomisk behandling.⁶²

⁵⁸⁾ Se f.eks. betragtning 33 i Kommissionens forordning (EF) nr. 862/2005 af 7. juni 2005 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af polytetrafluorethylen (PTFE) i granulatform med oprindelse i Rusland og Folkerepublikken Kina.

⁵⁹⁾ Jf. betragtning 15 i Kommissionens forordning (EF) nr. 255/2001 af 7. februar 2001 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af kompaktlysstofrør med indbygget elektrisk drosselspole (CFL-i) med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

⁶⁰⁾ Jf. betragtning 22 i Rådets forordning (EF) nr. 950/2001 af 14. maj 2001 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af visse typer folie af aluminium med oprindelse i Folkerepublikken Kina og Rusland.

Rådet afviste i betragtning 23 en argumentation fra det pågældende selskab om, at det var den amerikanske joint venture-partner, som var eneansvarlig for forvaltningen af operationerne. Dette var ikke tilstrækkeligt, idet bestyrelsesformanden var udpeget af et statsligt organ.

⁶¹⁾ Se hertil betragtning 7 i Rådets forordning (EF) nr. 1175/2005 af 18. juli 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af bariumcarbonat med oprindelse i Folkerepublikken Kina, hvor der bl.a.

Det er dog ikke tilstrækkeligt blot at vurdere ejerforholdene hos den virksomhed, der er genstand for antidumpingundersøgelsen. Virksomhedens leverandører kan desuden have betydning for, om virksomheden er under statslig indflydelse. Det ses i de tilfælde, *hvor en af virksomhedens hovedleverandører er statsejet*. I sådanne tilfælde kan markedsøkonomisk behandling blive afvist.⁶³

4.1.2. virksomhedens regnskabsforskrifter skal være i overensstemmelse med kontrollerede internationale regnskabsstandarder

Betingelsen om at anvende internationalt anerkendte regnskabsstandarder skal sikre, at virksomheden kan fremvise et retvisende billede af virksomhedens finansielle dispositioner. Således må der f.eks. ikke kunne dækkes over salg med tab, hvor Staten kompenserer virksomhedens tab.

I Kommissionens forordning (EF) nr. 306/2004⁶⁴ fastslog Kommissionen i overordnede vendinger: "Generelt er det imidlertid værd at bemærke, at kravet om, at regnskaber revideres i henhold til internationale standarder for regnskabsføring, har til formål at vurdere regnskabernes pålidelighed, især med hensyn til de af selskabet bogførte indtægter, omkostninger og fortjenester, da hovedparten af kontrolbesøg i forbindelse med antidumpingsager netop består i at kontrollere disse tre punkter".⁶⁵ Rådet tilsluttede sig Kommissionens synspunkt i Rådets forordning (EF) nr. 1467/2004.⁶⁶

Afviselser i regnskaberne – og som ikke kan forklares tilfredsstillende af den anmodende virksomhed – vil medføre afvisning af anmodningen om markeds-

henvises til betragtning 20 i Kommissionens forordning (EF) nr. 145/2005 af 28. januar 2005 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af bariumcarbonat med oprindelse i Folkerepublikken Kina

⁶²⁾ Se betragtning 16 i Kommissionens forordning (EF) nr. 255/2001 (nævnt i note 59).

⁶³⁾ Se betragtning 22 i Rådets forordning (EF) nr. 1487/2005 af 12. september 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af visse færdigforarbejdede stoffer af endeløse polyesterfibre med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

⁶⁴⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 306/2004 af 19. februar 2004 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af poly(ethylenterephthalat) med oprindelse i Australien, Folkerepublikken Kina og Pakistan.

⁶⁵⁾ Betragtning 68.

⁶⁶⁾ Betragtning 38 i Rådets forordning (EF) nr. 1467/2004 af 13. august 2004 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af poly(ethylenterephthalat) med oprindelse i Australien og Folkerepublikken Kina og om afslutning af antidumpingproceduren vedrørende importen af poly(ethylenterephthalat) med oprindelse i Pakistan og frigivelse af de beløb, for hvilke der er stillet sikkerhed i form af midlertidig told.

økonomisk behandling.⁶⁷ Det samme gør sig gældende ved *ukorrekt bogføring*.⁶⁸ Desuden vil en *revisors manglende påtegning af uklarheder* i regnskabet være et udtryk for, at internationale regnskabsstandarder ikke overholdes.⁶⁹

Der kan desuden nævnes situationer, hvor det ikke er blevet opført i regnskaberne, at selskabet låner penge i banken og låner dem videre til en af sine aktionærer.⁷⁰

Det andet markedsøkonomiske kriterium har ofte bevirket, at markedsøkonomisk behandling er blevet afvist.⁷¹

4.1.3. Virksomhedens produktionsomkostninger og økonomiske situation må ikke være påvirket af efterdonninger fra det tidligere ikke-markedsøkonomiske system.

Der må ikke være overført forvridninger fra det ikke-markedsøkonomiske system til de kinesiske virksomheder, der opererer på markedsøkonomiske vilkår.

⁶⁷⁾ Se f.eks. betragtning 26 i Kommissionens forordning (EF) nr. 781/2003 af 7. maj 2003 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af furfurylalkohol med oprindelse i Folkerepublikken Kina

⁶⁸⁾ Se betragtning 17 i Rådets forordning (EF) nr. 1174/2005 af 18. juli 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af håndbetjente palletucks og væsentlige dele dertil med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

⁶⁹⁾ Se betragtning 16 i Rådets forordning (EF) nr. 1174/2005 (nævnt i note 68).

⁷⁰⁾ Se betragtning 16 i Rådets forordning (EF) nr. 1631/2005 af 3. oktober 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af trichlorisocyanursyre med oprindelse i Folkerepublikken Kina og Amerikas Forenede Stater med henvisning til betragtning 56 i Kommissionens forordning (EF) nr. 538/2005 af 7. april 2005 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af trichlorisocyanursyre med oprindelse i Folkerepublikken Kina og Amerikas Forenede Stater.

⁷¹⁾ Se f.eks. betragtning 17 i Rådets forordning (EF) nr. 1487/2005 af 12. september 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af visse færdigforarbejdede stoffer af endeløse polyesterfibre med oprindelse i Folkerepublikken Kina, betragtning 37 i Rådets forordning (EF) nr. 1212/2005 af 25. juli 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af visse former for støbegods med oprindelse i Folkerepublikken Kina og betragtning 54 i Rådets forordning (EF) nr. 428/2005 af 10. marts 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af korte syntetiske fibre af polyester med oprindelse i Folkerepublikken Kina og Saudi-Arabien, om ændring af Rådets forordning (EF) nr. 2852/2000 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af korte syntetiske fibre af polyester med oprindelse i Republikken Korea og om afslutning af antidumpingproceduren vedrørende importen af sådanne varer med oprindelse i Taiwan.

Det er f.eks. tilfældet, hvis en virksomhed slipper for at betale for bestemte afgifter til de lokale myndigheder, og at dette forhold ikke kan forklares tilfredsstillende.⁷²

Derudover kan forvridninger fra det ikke-markedsøkonomiske system komme til udtryk, hvis der forekommer vilkårlige vurderinger af en virksomheds aktiver, eller hvis en virksomhed er involveret i byttehandler.⁷³

4.1.4. Egnede love om konkurs og ejendomsret

I en velfungerende markedsøkonomi er det nødvendigt, at kreditor ved hjælp af retsordenen kan søge fyldestgørelse over for den debitor, der ikke betaler sin gæld. F.eks. kan konkursmuligheden ved debtors insolvens sikre, at alle kreditorer bliver tilgodeset, og at debitor ikke får mulighed for at foretage dispositioner med sin formue til ulempe for kreditorerne. Hvis der ikke eksisterede en konkursmulighed, ville en virksomhed uden frygt herfor kunne foretage alle mulige (og umulige) dispositioner uden at agere ud fra almindelige markedsøkonomiske principper.⁷⁴ Konkursmuligheden er derfor en nødvendighed.

I Kina er der vedtaget en konkurslov på nationalt plan⁷⁵, men det synes ikke altid lige klart, hvilke virksomheder der er underlagt konkursloven og hvilke der ikke er. Det skal dog siges, at i antidumpingbehandlingen ved EU's institutioner, er det sjældent dette kriterium, som de kinesiske virksomheder ikke opfylder. Det giver derfor ikke anledning til de store problemer i praksis.⁷⁶

⁷²⁾ Se betragtning 20 i Rådets forordning (EF) nr. 1942/2004 af 2. november 2004 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af okoumé-krydsfiner med oprindelse i Folkerepublikken Kina med henvisning til betragtning 31 i Kommissionens forordning (EF) nr. 988/2004 af 17. maj 2004 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på import af okoumé-krydsfiner med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

⁷³⁾ Se betragtning 22 i Kommissionens forordning (EF) nr. 1612/2001 af 3. august 2001 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af ferromolybden med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

⁷⁴⁾ F.eks. kunne virksomheden vælge ikke at betale sine leverandører og konstant sælge sine produkter langt under produktionsomkostningerne.

⁷⁵⁾ Law of The People's Republic of China on Enterprise Bankruptcy, Adopted at the 18th Meeting of the Standing Committee of the Sixth National People's Congress and promulgated by Order No. 45 of the President of the People's Republic of China on December 2, 1986, for trial implementation three full months after the Law on Industrial Enterprises with Ownership by the Whole People comes into effect.

⁷⁶⁾ Det er oftest de to første kriterier, der ikke er overholdt af de anmodende virksomheder, og som derfor medfører afvisning af markedsøkonomisk behandling.

I Rådets forordning 1942/2004⁷⁷, hvor flere virksomheder havde anmodet om markedsøkonomisk behandling, var der en virksomhed, der blev afvist, bl.a. da den ikke forekom at være underlagt den nationale konkurslov. Rådet henviste⁷⁸ i den forbindelse til Kommissionens forordning (EF) nr. 988/2004 om midlertidig told⁷⁹, betragtning 32, hvoraf Kommissionen havde konstateret: ”Under kontrolbesøget blev det imidlertid bemærket, at i et bestemt regnskabsår var tabene højere end kapitalen. Det blev derfor konkluderet, at *mens virksomheden måske i teorien var omfattet af konkurslovgivningen, så var det ikke tilfældet i praksis, da virksomheden under disse omstændigheder burde have været begæret konkurs*” (min kursivering).

4.1.5. valutaomregninger skal finde sted til markedskurs

Det femte kriterium har ikke i praksis givet anledning til problemer for kinesiske virksomheder ved Rådets og Kommissionens vurdering af om de markedsøkonomiske betingelser har været opfyldt.

4.1.6. Afsluttende bemærkninger

Det må formodes, at i år 2016 vil Kina blive anset som en markedsøkonomi af EU, hvorved alle dumpede varer fra Kina skal igennem den traditionelle antidumpingbehandling. Det følger af den tidligere omtalte associeringsaftale i WTO regi, der er indgået med Kina⁸⁰.

Det må derfor forventes, at EU vil anerkende Kina som en markedsøkonomi. Spørgsmålet er imidlertid om det vil ske på et tidligere tidspunkt end 2016. F.eks. har Australien indgået en frihandelsaftale med Kina, hvor Kina behandles som en markedsøkonomi i antidumpingsammenhænge.⁸¹ Derved ser man en åbning fra andre markedsøkonomiske lande⁸² for Kina som markedsøkonomi.

⁷⁷⁾ Rådets forordning (EF) nr. 1942/2004 af 2. november 2004 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af okoumé-krydsfiner med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

⁷⁸⁾ Jf. betragtning 20.

⁷⁹⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 988/2004 af 17. maj 2004 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på import af okoumé-krydsfiner med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

⁸⁰⁾ Jf. dennes art.

⁸¹⁾ Se http://www.dfat.gov.au/geo/china/fta/facts/market_economy.html, der er hjemmeside for Department of Foreign Trade and Affairs i Australien.

⁸²⁾ Australien bliver anset som markedsøkonomi i EU:

4.2. Individuel behandling

Hvis en kinesisk eksportør ikke opfylder betingelserne for markedsøkonomisk behandling, er der dog mulighed for at opnå individuel behandling. Ved individuel behandling bliver antidumpingtolden udregnet specifikt til den enkelte eksportør. Derved undgår den pågældende eksportør at få pålagt den generelle told. Typisk vil en individuel antidumpingtold være lavere end den generelle.⁸³

Det var dog ikke før 1991, at Rådet for første gang⁸⁴ anvendte individuelle dumpingmarginer på varer fra Kina i *farvefjernsynsmodtagere med lille billedskærm-sagen*.⁸⁵ Sagen drejede sig om to kinesisk-japanske joint ventures, der var beliggende i Kina. Oprindeligt havde Kommissionen ved indførslen af en midlertidig antidumpingtold⁸⁶ givet individuel behandling til 5 virksomheder, herunder de to joint ventures.⁸⁷ Kommissionen anbefalede dog Rådet – og som Rådet tilsluttede sig – ved indførslen af den endelige antidumpingtold, at anvende en generel antidumpingtold på alle virksomhederne med undtagelse af de to joint ventures, idet de øvrige kinesiske eksportører ikke fremstod med tilpas uafhængighed i forhold til hinanden og var underlagt handelskammerets⁸⁸ strenge kontrol. De to kinesisk-japanske joint ventures havde derimod en tilpas grad af forretningsmæssig uafhængighed og kunne desuden udføre en del af overskuddet ud af den Kinesiske Folkerepublik.⁸⁹

⁸³⁾ Se som eksempler herpå af nyere afgørelser art. 1, stk. 2 i Rådets forordning (EF) nr. 1631/2005 af 3. oktober 2005 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af trichlorisocyanursyre med oprindelse i Folkerepublikken Kina og Amerikas Forende Stater; art. 1, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 2074/2004 af 29. november 2004 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af visse ringmekanismer med oprindelse i Folkerepublikken Kina. Se også af ældre afgørelser art. 1, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 2093/91 af 15. juli 1991 om indførsel af en endelig antidumpingtold på importen af farvefjernsynsmodtagere med lille billedskærm med oprindelse i Hongkong og Den Kinesiske Folkerepublik og om endelig opkrævning af den midlertidige antidumpingtold.

⁸⁴⁾ Jf. hertil Van Bael og Bellis, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, CCH Europe, 2005, s. 148. Se også Donghui Fu, *EC Anti-Dumping Law and Individual Treatment Policy*, Journal of World Trade, vol. 31, nr. 1, 1997, s. 81.

⁸⁵⁾ Rådets forordning (EØF) nr. 2093/91 af 15. juli 1991 om indførsel af en endelig antidumpingtold på importen af farvefjernsynsmodtagere med lille billedskærm med oprindelse i Hongkong og Den Kinesiske Folkerepublik og om endelig opkrævning af den midlertidige antidumpingtold.

⁸⁶⁾ Kommissionens forordning (EØF) nr. 129/91 af 11. januar 1991 om indførelse af en midlertidig antidumpingtold på importen af farvefjernsynsmodtagere med lille billedskærm med oprindelse i Hongkong og Den Kinesiske Folkerepublik

⁸⁷⁾ Jf. betragtning 28.

⁸⁸⁾ The China Commercial Chamber of Audio-Video Products Exporters

⁸⁹⁾ Se betragtning 19 og 20.

4.2.1. Hjemmelsspørgsmålet

Anvendelsen af en generel toldsats, der dækkede en stat, i stedet for individuelle satser var dog ikke klart udtrykt i de tidligere grundforordninger, og det medførte et par sager ved Retten, hvor det måtte nærmere afklares, om der var hjemmel i grundforordningen til at pålægge generelle toldsats, eller om alle eksportører fra Kina skulle have en specifikt udregnet antidumpingtold.

Den første sag, *Climax paper-sagen*⁹⁰, vedrørte en i Hong Kong beliggende eksportør af fotoalbum, Climax Paper Converters, der var blevet pålagt en for Kina generel antidumpingtold⁹¹. Retten skulle i første omgang tage stilling til, hvorvidt den daværende grundforordning⁹² forbød en generel antidumpingtold for et land, idet forordningen ikke indeholdt en bestemmelse herom. Derimod fulgte det af forordningens art. 13, at ved forordninger om antidumpingtold skulle størrelsen og arten af tolden anføres og om muligt navnet på leverandøren. Retten udtalte, at "[d]et må nødvendigvis konstateres, at det ikke er muligt at anføre navnet på hver leverandør, hvis det, for at undgå risikoen for omgåelse af antidumpingtolden, er nødvendigt at indføre en enkelt told for et helt land. Dette er navnlig tilfældet, når fællesskabsinstitutionerne, med hensyn til et statshandelsland, efter at have undersøgt de pågældende eksportørers forhold, ikke er overbevist om, at disse eksportører handler uafhængigt i forhold til staten"⁹³ (min kursivering). Retten fandt i det efterfølgende, at det fulgte af den daværende grundforordnings ånd, at fællesskabsinstitutionerne ikke i hvert tilfælde er forpligtet til at indføre en individuel antidumpingtold, og at "[g]rundforordningens ånd overlader fællesskabsinstitutionerne et vidt skøn ved afgørelsen af, hvornår den mest passende løsning er at give de berørte eksportører individuel behandling."⁹⁴

I *Shanghai Bicycle-sagen*⁹⁵ måtte Retten atter tage stilling til spørgsmålet om hjemmel i grundforordningen til at indføre en generel told for et land. Retten refererede i det store hele til sin afgørelse i *Climax paper-sagen* og fastslog at

⁹⁰⁾ Sag T-155/94, Climax Papers Converters Ltd mod Rådet, dom afsagt af Retten i Første Instans, den 18. september 1996, Saml. 1996, s. II-873.

⁹¹⁾ Rådets forordning (EF) nr. 3664/93 af 22. december 1993 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen til Fællesskabet af fotoalbum, indbundne som bøger, med oprindelse i Den Kinesiske Folkerepublik og om endelig opkrævning af den midlertidige antidumpingtold.

⁹²⁾ Rådets forordning (EØF) nr. 2423/88.

⁹³⁾ Dommens præmis 94.

⁹⁴⁾ Dommens præmis 95.

⁹⁵⁾ Sag T-170/94, Shanghai Bicycle Corporation mod Rådet, dom af 25. september 1997, Saml. 1997, s. II-1383.

det ikke er i strid med grundforordningen at anvende sådanne generelle toldsatser på virksomheder fra Kina.⁹⁶

4.2.2. Den ny grundforordning

Ved indførslen af den nye grundforordning i 1996 er det derimod indført i art. 9, stk. 5, at "[i] forordningen om indførelse af tolden anføres tolden for hver enkelt leverandør, eller, hvis dette ikke er praktisk muligt og i almindelighed i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 2, stk. 7, det pågældende leverandør-land" (min kursivering).

Derved er der nu klar hjemmel til at anvende en generel told over for eksportører beliggende i Kina, idet Kina er et sådant tilfælde som omhandlet i art. 2, stk. 7.

4.2.3. Kriterier for individuel behandling

Selv om der blev givet præcis hjemmel i den ny grundforordning til at anvende generel antidumpingtold på varer fra lande uden markedsøkonomi, blev der ikke opstillet kriterier for individuel behandling. Det beroede på institutionernes skønsmæssigt opstillede kriterier. Kommissionens og Rådets praksis synes ikke altid at være lige klar og entydig. I *Shanghai Bicycle-sagen*⁹⁷ måtte Retten tage stilling til Rådets afvisning af individuel behandling. Rådet havde i den anfægtede forordning⁹⁸ indledningsvist konstateret, at selv om der i tidligere tilfælde var blevet givet visse eksportører individuel behandling, måtte man være mere forsigtig i den konkrete sag.⁹⁹ Herefter anførte Rådet en række grunde, der manede til forsigtighed, bl.a. at der ikke i grundforordningen var noget krav om individuel behandling, og at det var vanskeligt at vurdere, om et selskab handlede uafhængigt af den kinesiske stat på et permanent grundlag, samt at de love og institutioner, der er nødvendige, for at en markedsøkonomi kan fungere, ikke var tilstrækkeligt udviklede.¹⁰⁰ Retten tilsluttede sig fuldstændigt Rådets synspunkter. På den baggrund havde den sagsøgende virksomhed fra Kina ikke godtgjort, at den handlede fuldstændigt uafhængigt af den kinesiske stat.¹⁰¹

⁹⁶⁾ Se præmisserne 100-108.

⁹⁷⁾ Nævnt i note 95

⁹⁸⁾ Rådets forordning (EØF) nr. 2474/93 af 8. september 1993 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen til Fællesskabet af cykler med oprindelse i Den Kinesiske Folkerepublik og om endelig opkrævning af den midlertidige antidumpingtold.

⁹⁹⁾ Betragtning 16.

¹⁰⁰⁾ Betragtningerne 17-22.

¹⁰¹⁾ Se præmisserne 111-115.

Der synes således at være en skærpelse af kravene til opnåelse af individuel behandling i forhold til den tidligere omtalte *farvefjernsynsmodtagere med lille billedskærm-sag*¹⁰², idet der med *Shanghai Bicycle-sagen* lægges stor vægt på, at den kinesiske stat generelt har stor indflydelse på det økonomiske liv.

Den skærpede kurs blev fulgt af Rådet i den efterfølgende periode.¹⁰³ I 2002 blev der endelig opstillet klare kriterier for individuel behandling af virksomheder fra lande uden markedsøkonomi i Rådets ændringsforordning nr. 1972/2002 til grundforordningen.¹⁰⁴ Der blev som tillæg til art. 9, stk. 5 indført følgende:

“Hvor artikel 2, stk. 7, litra a), finder anvendelse, skal en individuel told imidlertid anføres for de eksportører, som på grundlag af behørigt dokumenterede påstande kan påvise

- a) at eksportører, som er helt eller delvist udenlandsk ejede selskaber eller joint ventures, frit kan tilbageføre kapital og fortjeneste
- b) at eksportpriser og -mængder og salgsbetingelser fastsættes frit
- c) at størstedelen af aktierne tilhører private. Statslige tjenestemænd i bestyrelsen eller i ledende managementstillinger skal være i klart mindretal, eller det skal påvises, at selskabet er tilstrækkelig uafhængigt af statslig indgriben
- d) at valutaomregninger foretages til markedskursen, og
- e) at statens indgriben ikke er af en sådan art, at der er mulighed for omgåelse af foranstaltningerne, hvis der fastsættes forskellige toldsatser for individuelle eksportører.”¹⁰⁵

Der synes således at være kommet en lempelse af de krav, der blev stillet af Rådet og endeligt afgjort af Retten i *Shanghai Bicycle-sagen*. Rådet kan derfor ikke begrunde et afslag om individuel behandling med, at det ikke er et kodificeret krav. Derudover er de generelle udtalelser om vanskeligheden ved at kontrollere, om Staten har indflydelse, ikke afgørende, hvis den pågældende eksportør er i stand til at påvise over for Rådet, at den handler uafhængigt af den kinesiske stat.

¹⁰²⁾ Rådets forordning (EØF) nr. 2093/91 (nævnt i note 85).

¹⁰³⁾ Se Van Bael og Bellis (nævnt i note 84), s. 148-149.

¹⁰⁴⁾ Rådets forordning (EF) nr. 1972/2002 af 5. november 2002 om ændring af forordning (EF) nr. 384/96 om beskyttelse mod dumpingimport fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Fællesskab

¹⁰⁵⁾ Jf. art. 1, stk. 6 i ændringsforordningen.

Hvis man sammenholder kriterierne om markedsøkonomisk behandling og individuel behandling fremstår nogle grundlæggende forskelle. Ved markedsøkonomisk behandling skal alle priser – både hjemmemarkedspris og eksportpris – kunne fastsættes af virksomheden uden statens indblanding. Det er derimod ikke et krav ved individuel behandling, hvor det afgørende er fastsættelsen af eksportprisen, der skal kunne ske frit af virksomheden. Ved individuel behandling er der heller ikke et krav til regnskabsstandarderne. Det skal naturligvis ses i lyset af de forskellige formål, som de to typer af behandling tjener. Markedsøkonomisk behandling er en sammenligning af hjemmemarkedspris og eksportpris med individuel toldsats, hvorimod den individuelle behandling blot angår en individuel antidumpingtold frem for en generel.

4.3. Valg af referenceland

Såfremt en kinesisk virksomhed ikke opfylder de fem kriterier for markedsøkonomisk behandling, skal der findes et tredjeland som reference ved fastlæggelsen af den normale pris, dvs. hjemmemarkedsprisen. Det fremgår af ordlyden i art. 2, stk. 7, at den normale værdi fastsættes ”på grundlag af prisen eller den beregnede værdi i et land med markedsøkonomi eller prisen ved salg fra et sådant tredjeland til andre lande, herunder Fællesskabet, eller, hvis dette ikke er muligt, på ethvert andet rimeligt grundlag, herunder den pris, der faktisk er betalt eller skal betales i Fællesskabet for samme vare, om nødvendigt justeret for at indregne en rimelig fortjenstmargen”.

Det følger derudover af art. 2, stk. 7, at et ”*egnet tredjeland udvælges på en ikke urimelig måde* under skyldig hensyntagen til alle pålidelige oplysninger, der er fremlagt på tidspunktet for udvælgelsen” (min kursivering).

Der er således klar hjemmel til at vælge et referenceland. Spørgsmålet er dog, hvornår et sådant kan anses for egnet.

4.3.1. Uklare kriterier for valg af referenceland

Der er ikke i grundforordningen opstillet nogen vejledende kriterier for udvælgelse af et egnet referenceland. Det beror derfor i høj grad på Kommissionens og Rådets skøn at finde et egnet tredjeland.

På baggrund af Kommissionens og Rådets skønsebeføjelser ville det forekomme passende, hvis der i de konkrete forordningerne om midlertidig og endelig antidumpingtold var en nærmere begrundelse for og uddybning af valget af det pågældende referenceland – det forekommer imidlertid sjældent, at en klar begrundelse foreligger. Det er derfor yderst vanskeligt med udgangspunkt i for-

ordningerne at danne et nogenlunde billede af, hvilke kriterier EU's institutioner lægger til grund ved valget af referenceland.¹⁰⁶

I et enkelt tilfælde har EF-domstolen afvist Rådets valg af referenceland. I *Noelle-sagen*¹⁰⁷ var der blevet indført antidumpingtold på kinesiske malerpensler¹⁰⁸, hvor Sri Lanka var blevet valgt som referenceland til fastsættelsen af den normale værdi for pensler. Imidlertid blev det både i forbindelse med Rådets forordning om indførelse af den endelige antidumpingtold¹⁰⁹ og under retssagen gjort gældende af de kinesiske eksportører og importørerne i EU, at Sri Lanka ikke var egnet som referenceland. De i Sri Lanka producerede pensler var flade, mens den kinesiske produktion både vedrørte runde, flade og radiatorpensler. Derudover var der i Sri Lanka kun to producenter, mens der var ca. 150 i Kina. Kommissionen hævdede derimod, at disse forhold var uden betydning, eftersom det var virksomhedernes produktionsomkostninger, der var afgørende for fastlæggelsen af den normale værdi. Ifølge Kommissionen var der i begge lande tale om små og mellemstore virksomheder, hvor der anvendes menneskelig arbejdskraft til lave lønninger.¹¹⁰ EF-domstolen bemærkede indledningsvist, at EU-institutionerne har et vidtgående skøn og at domstolsprøvelsen er begrænset. Den bemærkede herefter generelt om valget af referencelands: "Hvad navnlig angår valget af referenceland, skal det undersøges, om institutionerne har undladt at tage hensyn til omstændigheder, som er væsentlige for at fastslå, om det valgte land er egnet, og om oplysningerne i sagen er blevet bedømt med den omhu, som kræves, for at normalværdien kan anses for fastsat på en hensigtsmæssig og ikke-urimelig måde" (min kursivering).¹¹¹

EF-domstolen bemærkede hertil, at hverken Kommissionen eller Rådet havde dokumenteret at produktionsmetoderne i Kina og Sri Lanka – menneskelig arbejdskraft til lav løn – var sammenlignelige.¹¹² Derudover gjorde sagsøger i

¹⁰⁶⁾ Se dog eventuelt Van Bael og Bellis (nævnt i note 84), der opstiller nogle af de faktorer, som EU institutionerne lægger til grund ved valget af et egnet tredjeland. Forfatterne fremfører dog ligeledes kritik mod institutionerne i EU for deres manglende begrundelser, jf. s. 133-136.

¹⁰⁷⁾ Sag C-16/90, Detlef Noelle, der driver virksomhed under firmanavnet "Eugen Noelle" mod Hauptzollamt Bremen-Freihafen, præ. afg. af 22. oktober 1991, Saml. 1991, s. I-5163.

¹⁰⁸⁾ Ved Rådets forordning (EØF) nr. 725/89 af 20. marts 1989 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af pensler og børster til maling, kalkning, lakering o.lign. med oprindelse i Den Kinesiske Folkerepublik og om endelig opkrævning af den midlertidige antidumpingtold, der er pålagt denne import.

¹⁰⁹⁾ Se betragtning 17 i den omtvistede forordning

¹¹⁰⁾ Præmisserne 14-19.

¹¹¹⁾ Jf. præmis 13.

¹¹²⁾ Præmis 23.

sagen gældende, at producenter i Sri Lanka skulle importere træ og svinebørster til penslerne, hvorimod de kinesiske repræsenterede 85 % af verdensmarkedet for svinebørster – et forhold, som Kommissionen afviste. Under henvisning til Rådets antidumpingpraksis¹¹³ fastslog EF-domstolen, at sammenligneligheden af adgang til råvarer skal tages i betragtning.¹¹⁴ Derudover påviste sagsøger i sagen, at de srilankanske producenters priser var højere end EU-producenternes! Med baggrund i alle disse forhold sammenholdt med det faktum, at Kommissionen kun havde ydet en yderst begrænset indsats i bestræbelser på at få oplysninger om prisforhold i Taiwan, der var blevet foreslået af de kinesiske eksportører og EU importører som referenceland, bevirkede, at den anfægtede forordning blev kendt ugyldig af EF-domstolen.¹¹⁵

Som det ses af dommen, stilles der således krav til Kommissionen og Rådet om at tage hensyn til faktiske forhold, der er væsentlige ved vurderingen af, om et tredjeland er egnet som referenceland. Derudover skal de oplysninger, der vedrører de potentielle referencelande vurderes omhyggeligt. Derved må EU-institutionerne nødvendigvis tage andre potentielle referencelande i betragtning og foretage en nøje vurdering, hvilket af de potentielle referencelande, der er bedst egnet som sammenligningsgrundlag i den konkrete sag.¹¹⁶

I *Rotexchemi-sagene*¹¹⁷ var importen af kinesisk kaliumpermanganat blevet pålagt en antidumpingtold, hvor USA blev anvendt som referenceland ved fastsættelsen af den normale værdi. Der var imidlertid kun en enkelt producent af kaliumpermanganat i USA, der således ikke havde noget lokalt konkurrence. EF-domstolen henviste til de generelle udtalelser i Noelle-sagens præmis 13 og slog derefter fast, at til trods for at der kun var en enkelt producent i referencelandet, "ikke i sig selv udelukker, at priserne fremkommer som et resultat af en reel konkurrence, når en sådan konkurrence lige vel kan være et resultat af en betydelig import fra andre lande, når der ikke er priskontrol".¹¹⁸ Dernæst tog EF-domstolen stilling til, om Rådet og Kommissionen havde foretaget en tilstrækkelig undersøgelse af alternative referencelande – Indien og Brasilien. Hertil konstaterede EF-domstolen, at Rådet og Kommissionen på

¹¹³⁾ Der blev henvist til Rådets forordning (EØF) nr. 407/80 af 18. februar 1980 om indførelse af en endelig antidumpingtold for en bestemt type natriumkarbonat med oprindelse i Sovjetunionen.

¹¹⁴⁾ Præmis 26.

¹¹⁵⁾ Præmisserne 37-38.

¹¹⁶⁾ Om end der ikke kan stilles krav af de kinesiske eksportører om, at Kommissionen og Rådet skal tage alle foreslåede referencelande i betragtning, jf. hertil præmis 21 i Sag C-26/96 Rotexchemie International Handels GmbH & Co. Mod Hauptzollamt Hamburg-Waltershof, præ. afg. af 29. maj 1997, Saml. 1997, s. I-2817.

¹¹⁷⁾ Sag C-26/96 (nævnt i note 116).

¹¹⁸⁾ Præmis 15.

overbevisende måde havde argumenteret for, hvorfor disse lande ikke kunne anvendes som reference. Uden nærmere uddybning af forholdene i Brasilien blev det fastslået, at eksporten af kaliumpermanganat fra Indien var så beskedent, at det ikke ville være repræsentativt til at kunne anvendes som sammenligningsgrundlag. Der var derfor kun en mulighed tilbage som referenceland – USA.¹¹⁹

Dommen giver et klart billede af, at det ikke kan afvises, at priser i lande med kun en enkelt producent kan være fremkommet ved konkurrence, hvis der findes import sted. Imidlertid er spørgsmålet, om EF-domstolen ville have afvist USA som referenceland, hvis der ikke havde været nogen form for import. Der kan dog ikke med baggrund i disse to domme opstilles nogen klare retningslinier for valget af referencelande.

4.3.2. Implikationer af muligheden for markedsøkonomisk behandling

Efter Rådet i 1998 indførte muligheden for, at kinesiske eksportører kan opnå markedsøkonomisk behandling er et nyt problem dukket op. Det drejer sig om de tilfælde, hvor der ved antidumpingprocedure gives markedsøkonomisk behandling til nogle kinesiske producenter, mens andre ikke opfylder betingelserne herfor og derfor får fastsat hjemmemarkedsprisen på baggrund af prisen fra en producent fra et land med en markedsøkonomi. I sådanne tilfælde vil de producenter, der ikke opnår den markedsøkonomiske behandling hævde, at sammenligningsgrundlaget for den normale pris må være den hjemmemarkedspris, som tages af de virksomheder, der opnår markedsøkonomisk behandling.

I forbindelse med Rådets forordning (EF) nr. 1470/2001¹²⁰, hvor der blev indført en endelig antidumpingtold på kompaktlysstofrør, havde to kinesiske producenter opnået markedsøkonomisk behandling. For de øvrige producenter blev Mexico valgt som egnet referenceland. I den forbindelse foreslog nogle af disse producenter, at den normale værdi blev baseret på de priser, som de to eksportører, der var indrømmet markedsøkonomisk behandling, anvendte på det kinesiske marked. Rådet afviste denne mulighed med henvisning til ordlyden i art. 2, stk. 7, hvorefter prisen fastsættes på grundlag af prisen eller den beregnede værdi i et tredjeland med markedsøkonomi.¹²¹

¹¹⁹⁾ Se præmis 23.

¹²⁰⁾ Rådets forordning (EF) nr. 1470/2001 af 16. juli 2001 om indførelse af en endelig antidumpingtold og endelig opkrævning af den midlertidige told på importen af kompaktlysstofrør med indbygget elektronisk drosselspole (CFL-i) med oprindelse i Folkerepublikken Kina.

¹²¹⁾ Se betragtning 11.

To kinesiske producenter, der ikke havde opnået markedsøkonomisk behandling, anlagde herefter sag an mod Rådet i *Changzhou/Zhejiang-sagen*.¹²² Begge producenter havde opnået individuel behandling, men gjorde i sagen gældende, at de producenter, der ikke opnår markedsøkonomisk behandling – men individuel behandling – bliver diskrimineret i forhold til de producenter, der opnår markedsøkonomisk behandling, idet deres normal værdi er lavere end den normale værdi, der fastsættes på grundlag af en producent i Mexico. Disse producenter er således dårligere stillet i konkurrencen med de producenter med markedsøkonomisk behandling.¹²³ Sagsøgerne gjorde desuden gældende, at formålet med valget af referenceland måtte være, "at nærme sig mest muligt den situation, der ville bestå i eksportlandet, såfremt der var tale om et land med markedsøkonomi".¹²⁴ Sagsøgerne foreslog derfor, at den normale værdi, som var fastsat for producenterne der var indrømmet opnået markedsøkonomisk behandling, var mere rimeligt som reference for de virksomheder, der ikke havde fået markedsøkonomisk behandling.

Rådet hævdede derimod, at det klart fulgte af ordlyden til art. 2, stk. 7, litra a, at den primære metode til at fastsætte den normale værdi for producenter fra lande uden markedsøkonomi, er at finde en virksomhed fra et egnet tredjeland. Kun hvis den primære metode ikke kan anvendes, må den sekundære metode – finde den normale værdi "på ethvert andet rimeligt grundlag" – anvendes på situationen.

Retten tilsluttede sig Rådets synspunkter og fastslog, at Kommissionen og Rådet kun kan "fravige anvendelsen af den generelle regel i grundforordningens artikel 2, stk. 7, litra a), for fastsættelse af den normale værdi for varer fra lande, der ikke har markedsøkonomi, og benytte et andet rimeligt grundlag i det tilfælde, hvor denne generelle regel ikke kan anvendes. Retten finder, at der kun kan foreligge en sådan umulighed, når de data, der kræves til fastsættelse af den normale værdi, ikke er til rådighed eller ikke er pålidelige. Den omstændighed, at det er nødvendigt at justere disse data for at tilpasse dem mest muligt til de vilkår, der ville gælde for kinesiske producenter, hvis Folkerepublikken Kina var et land med markedsøkonomi, godtgør ikke, at det var umuligt eller blot upassende at anvende data vedrørende Philips Mexicana" (min kursivering).¹²⁵

¹²²⁾ Sag T-255/01, Changzhou Hailong Electronics & Light Fixtures Co. Ltd og Zhejiang Yankon Group Co. Ltd mod Rådet for Den Europæiske Union, sag T-255/01, dom af 23. oktober 2003, Saml. 2003, s. II-04741.

¹²³⁾ Præmisserne 47-48.

¹²⁴⁾ Præmis 46.

¹²⁵⁾ Præmis 59.

Rettenns fortolkning af art. 2, stk. 7, litra a, forekommer rigtig, hvis man ser på selve opbygningen af bestemmelsen, hvor den primære metode først må forsøges, inden den sekundære kan benyttes. Retten uddyber imidlertid ikke, om data fra de kinesiske producenter, der havde opnået markedsøkonomisk behandling, kan anvendes, hvis den primære metode ikke kan benyttes. Det må fremtidig praksis vise.

Hvis man sammenholder *Changzhou/Zhejiang-sagen* med den ovennævnte *Rotexchemi-sag*¹²⁶ er det selvfølgelig interessant, om den sekundære metode ville finde anvendelse i *Rotexchemi-sagen*, såfremt den eneste repræsentative kandidat som reference havde været en monopolist, hvor der *ikke* ville være nogen import, og hvorved prisen på produktet ikke ville være et resultat af konkurrence.

5. Afsluttende bemærkninger

Som det ses af ovenstående beskrivelse er der en tendens i retning af større gennemskuelighed i antidumpingreglerne, der angår kinesiske produkter. Ved reglerne om markedsøkonomisk behandling er der opstillet kriterier, der skal opfyldes for at opnå en sådan behandling. Tilsvarende er der endelig blevet opstillet kriterier for individuel behandling. Derved mangler blot en noget større grad af gennemskuelighed ved udvælgelsen af referenceland for de virksomheder, der ikke opnår markedsøkonomisk behandling.

Det må dog forventes, at Kina senest i 2016 vil blive anset som en markedsøkonomi i antidumpingsager i EU. Det må dels være en følge af den tidligere nævnte WTO associeringsaftale med Kina, og dels som følge af de reformer, der finder sted i Kina med en større grad af åbenhed.¹²⁷ Derved vil producenter beliggende i Kina få foretaget en traditionel antidumpingbehandling, hvor den normale værdi sammenholdes med eksportprisen, og hvor antidumpingtolden er specifik i forhold til den enkelte eksportør.

¹²⁶⁾ Se note 117.

¹²⁷⁾ Af afgrænsningsmæssige årsager er markedsøkonomiske forhold i Kina ikke blevet berørt i denne artikel.

Erhvervsmæssig brug af internetdomæner

Kim Frost

Emnet

Et af de store og til dels uafklarede domænenavnsretlige spørgsmål er, hvor meget der skal til, før et internetdomæne bruges erhvervsmæssigt, således som det eksempelvis kræves efter varemærkelovens § 4, stk. 1. Artiklen indeholder en analyse af såvel dette kriterium som af kravet om erhvervsmæssig brug i almindelighed, og den nye bestemmelse i domænenavnslovens § 12 vurderes.

Artiklen har alene til hensigt at præsentere en række overordnede betragtninger om emnet, som forhåbentlig senere kan danne udgangspunkt for mere systematiske overvejelser.

1. Baggrund

Vigtigheden af at have det helt rigtige domænenavn bliver stadigt mere iøjnefaldende.¹ Virksomheder er undertiden villig til at betale endog særdeles betydelige beløb for at erhverve retten til et bestemt domænenavn.² Da der kun ek-

¹⁾ Om domænenavne generelt, se *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2005) s. 530ff. (navnlig s. 545ff.), *Mogens Koktvedgaard & Knud Wallberg: Varemærkeret – Varemærkeloven & Fællesmærkeloven med kommentarer, EF-varemærket og Madrid-Protokollen* (2004) s. 87f. med henvisninger, *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003), *Knud Wallberg & Lone Prehn: Domænenavnskonflikter i Danmark – en oversigt*, NIR 2003/2 s. 101ff. (med talrige henvisninger i note 2), *Kasper Heine m.fl.: Internetjura* (2002) s. 501ff., *Annette Andersen & Michael B. Elmer: Varemærkeret online*, UfR 2001 B s. 409ff. og *Lone Prehn: Domænenavnskonflikter – en oversigt*, UfR 2001 B s. 52ff.

²⁾ Sådanne sager ser, af naturlige årsager, sjældent dagens lys. Det er dog et velkendt fænomen i domænenavsbranchen, at handel – og undertiden ulovlig handel – med domænenavne forekommer. I en nylig sag havde Københavns Fondsbørs glemt at registrere

sisterer et begrænset antal velegnede domæner, vil der uundgåeligt være stor konkurrence om de bedste. Efter dansk domænenavnspraksis er udgangspunktet, at den, der først får registreret et domæne, har rettighederne hertil – først i tid, bedst i ret. I modsætning til, hvad der eksempelvis gælder for registrering af varemærker, foretages der således ikke nogen materiel prøvelse af, om registranten har ret til domænet. Umiddelbart skulle man derfor tro, at der skal noget særligt til, før et domæne overføres til en anden. Praksis viser imidlertid ikke noget entydigt billede, og det er – bortset fra de helt oplagte tilfælde – langt fra nogen enkel opgave at udtale sig med sikkerhed om gældende ret på domænenavnsområdet.

Den retlige regulering af domænenavne udgøres af en flerhed af retskilder, som gør det vanskeligt at skabe klarhed på området. Stilles man overfor en konflikt vedrørende et registreret domænenavn, må man som minimum – alt afhængig af sagens og parternes karakter – overveje følgende lovregler:

- Varemærkelovens § 4, stk. 1-2³
- Markedsføringslovens §§ 1 og 5⁴
- Aktieselskabslovens § 153, stk. 2-3⁵
- Anpartsselskabslovens § 2, stk. 2⁶
- Lov om erhvervsdrivende fondes § 4, stk. 2⁷
- Lov om erhvervsdrivende virksomheders § 6, stk. 2-3⁸

re domænenavnet for KFX-indexets afløser, OMXC20. En privatperson registrerede herefter domænet. Domænet er imidlertid nu overført til Københavns Fondsbørs. Skal man tro dagspressen, er overførelsen næppe sket vederlagsfrit, se hertil eksempelvis Jyllands-Postens omtale af sagen (<http://www.jp.dk/itogc/artikel.aid=3329082/>), hvoraf fremgår, at parterne er kommet frem til en løsning, som "... begge parter er tilfredse med." Heri kan man så lægge, hvad man vil.

- ³⁾ Lovbekendtgørelse 2001-08-30 nr. 782 som ændret ved L 2003-076-10 nr. 451. Se generelt om varemærkelovens § 4 *Mogens Koktvedgaard & Knud Wallberg: Varemærkeret – Varemærkeloven & Fællesmærkeloven med kommentarer, EF-varemærket og Madrid-Protokollen* (2004) s. 86ff.
- ⁴⁾ Lovbekendtgørelse 2000-07-17 nr. 699 som senest ændret ved L 2005-06-24 nr. 554. Se generelt om markedsføringslovens §§ 1 og 5 *Mogens Koktvedgaard (ved Caroline Heide-Jorgensen): Lærebog i konkurrenceret* (2005) s. 43ff. og s. 345ff. samt *Erling Borchert & Frank Boggild: Markedsføringsloven* (2001) s. 61ff. og s. 250ff. med henvisninger.
- ⁵⁾ Lovbekendtgørelse 2004-10-08 nr. 1001 som senest ændret ved L 2005-06-24 nr. 604. Se generelt om aktieselskabslovens § 153 *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret* (2004) s. 143ff.
- ⁶⁾ Lovbekendtgørelse 2002-01-09 nr. 10 som senest ændret ved L 2005-06-06 nr. 428. Se generelt om anpartsselskabslovens § 2 *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret* (2004) s. 143ff.
- ⁷⁾ Lovbekendtgørelse 2001-12-14 nr. 1062. Se generelt om lov om erhvervsdrivende fonde *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret* (2004) s. 102ff. med note 32.

- Navnelovens §§ 7 og 16⁹
- Domænenavslovens § 12¹⁰

Det er imidlertid ikke nødvendigvis tilstrækkeligt at tage disse lovregler i betragtning. Praksis fra *Klagenævnet for Domænenavne*¹¹ viser således, at nævnet undertiden afgør domænenavnsager under henvisning til *almindelige retsgrundsætninger*.¹² Denne retskilde er som bekendt ikke en af de mest præcise, og den anvendes da heller ikke i større udstrækning, men alene det forhold, at den rent faktisk kan konstateres bragt i anvendelse, illustrerer, at domænenavnstvist kan involvere komplicerede retlige overvejelser. Med vedtagelsen af domænenavsloven, er anvendelsesområdet for almindelige retsgrundsætninger dog indskrænket betragteligt – ja, læser man lovforarbejderne må man nærmest forvente, at det nu er slut med henvisninger til almindelige retsgrundsætninger som hjemmelsgrundlag.¹³

⁸⁾ Lovbekendtgørelse 2002-01-09 nr. 11. Se generelt om lov om erhvervsdrivendes virksomheder *Jytte Heje Mikkelsen*: Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar (1995), der i forhold til § 6 fortsat har betydning.

⁹⁾ Lov 1981-04-29 nr. 193 som senest ændret ved L 2005-06-24 nr. 542. Se generelt om navneloven *Mogens Koktvedgaard (ved Caroline Heide-Jørgensen)*: Lærebog i konkurrenceret (2005) s. 344 og 346.

¹⁰⁾ Lov 2005-06-24 nr. 598. Se generelt om domænenavslovens § 12 *Bet. Nr. 1450/2004* – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark s. 204ff. samt lovforslagets bemærkninger (L 165, Folketinget 2004-05 (2. samling), tilgængelige via folketingets hjemmeside, <http://www.ft.dk>).

¹¹⁾ <http://www.domaeneklager.dk>. Klagenævnets virksomhed er reguleret ved en særlig *forretningsorden*, vedtaget med hjemmel i punkt 5.1.d i DIFO's regelsæt (den gældende forretningsorden er dog fastsat med hjemmel i version 9 af DIFO's regelsæt; den nyeste – 10. – version af regelsættet er tilgængelig via DIFO's hjemmeside, www.difo.dk). Hjemlen til for klagenævnet at overføre, suspendere eller slette domæner, fremgår af forretningsordenens § 2, stk. 2, der har følgende ordlyd: "*Klagenævnet kan tage stilling til, om registreringen af domænenavnet skal slettes, suspenderes eller overføres til klageren eller en af klageren udpeget fysisk eller juridisk person.*"

¹²⁾ Se eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelse i *j.nr. 2000-118* ("pollefrasnave.dk") og *j.nr. 2000-225* ("teledenmark.dk"). Afgørelserne er nærmere omtalt nedenfor afsnit 2.4.

¹³⁾ Se således bemærkningerne til L 165, Folketinget 2004-05 (2. samling), § 12, stk. 1, hvor det blandt andet hedder, at "[d]et er hensigten med en regel om god skik på området for internet-domænenavne dels at give klagenævnet en klar lovgrundlag til at træffe afgørelser baseret på almindelige rimelighedsovervejelser i stedet for at skulle henvise til "almindelige retsgrundsætninger" mv., dels at tilvejebringe en særlig retlig platform for den fremtidige retsudvikling." Se også *Bet. Nr. 1450/2004* – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark s. 204ff. Om god skik-regler generelt, se *Sten Bonsing*: God skik-regler – Hvem bestemmer indholdet?, UfR 2004 B s. 1ff. og nærmere nedenfor afsnit 2.4, og (om god skik på det finansielle område) *Lennart Lynge Andersen og Nina Dietz Legind* "Bør en retlig (fej)etikette hindre en alsidig ankenævnsbehandling af privatkunder i de finansielle virksomheder? – om god skik-regler og ankenavn på det finansielle område, UfR 2005B s. 387 ff.

I visse tilfælde vil en domænenavnstvist involvere mere overordnede *menneskelige* overvejelser. Sat på spidsen kan en konkret tvist eksempelvis på den ene side involvere hensynet til en privatpersons ytringsfrihed via et domæne, som helt eller delvist inddrager en verdenskendt erhvervsvirksomheds varemærke eller andet forretningskendetegn, og på den anden side den pågældende virksomheds kendetegnsrettigheder. Selve inddragelsen forhindrer imidlertid ikke den pågældende privatperson i at fremkomme med sine ytringer andetsteds.¹⁴

Et af de områder, hvor der efterhånden forefindes en ganske betydelig praksis, vedrører den kommercielle udnyttelse af domænenavne, som helt eller delvist involverer andres varemærker eller andre forretningskendetegn. Bortset fra de klare tilfælde, jf. herom afsnit 2.2, er det ikke ganske klart, hvornår en brug af et domænenavn udgør erhvervsmæssig brug. I det følgende drøftes denne problemstilling nærmere.¹⁵

2. Det retlige udgangspunkt

2.1. Varemærkeloven, markedsføringsloven og domænenavsloven – Almene betragtninger

Det er en direkte følge af ordlyden i *varemærkelovens* § 4, stk. 1, at indehaveren af et varemærke kan forbyde andre uden indehaverens samtykke at gøre *erhvervsmæssig* brug af tegn, som er identiske eller forvekslelige med indehaverens varemærke.¹⁶ Varemærkelovens § 4, stk. 3, indeholder en nærmere angivelse af, hvad der navnlig skal anses for erhvervsmæssig brug. For så vidt angår *markedsføringsloven* fremgår det af dennes § 1, at den alene finder anvendelse i privat erhvervsvirksomhed og i offentlig virksomhed, som kan side-

¹⁴⁾ Se hertil *Bet.Nr. 1450/2004* – Betænkning om administrationen af domænenavne i Danmark, s. 174, hvor det blandt andet hedder, at "[v]ed inddragelse af et domænenavn fjernes alene muligheden for at ytre sig på Internettet gennem en bestemt adresse. Det vurderes derfor, at der ikke er et retligt problem i relation til grundlovens § 77."

¹⁵⁾ Domænenavnskonflikter vedrørende aktieselskabslovens § 153, stk. 2-3, anpartsselskabslovens § 2, stk. 2, lov om erhvervsdrivende fondes § 4, stk. 2, lov om erhvervsdrivende virksomheders § 6, stk. 2-3, og navnelovens §§ 7 og 16 inddrages alene i den udstrækning, disse er relevante for diskussionen af kommerciel udnyttelse. Grænserne mellem de enkelte regler vil ofte være flydende, og det er derfor ikke muligt i alle tilfælde at udskille enkeltafgørelser. Om emnet generelt, se henvisningerne i note 1.

¹⁶⁾ Varemærkelovens § 4, stk. 1, har følgende ordlyd: "Indehaveren af en varemærkeret kan forbyde andre, der ikke har dennes samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af tegn, hvis 1) tegnet er identisk med varemærket og de varer eller tjenesteydelser, for hvilke tegnet er taget i brug, er af samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er beskyttet, eller 2) tegnet er identisk med eller ligner varemærket og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art, såfremt der er risiko for forveksling, herunder at det antages, at der er en forbindelse med varemærket." Om bestemmelsen, se henvisningerne i note 3.

stilles hermed. Også anvendelsen af markedsføringsloven er således betinget af, at der er tale om erhvervsmæssig brug.¹⁷

Modsætningsvis gælder altså, at rent *private* handlinger ikke medfører en krænkelse af rettighedshaverens enerettigheder efter hverken varemærkeloven eller markedsføringsloven.¹⁸ Hensynet til private borgeres individuelle frihed tilsiger dette, idet omfanget af rettighedshaverens enerettigheder i modsat fald ville blive for byrdefuld. Domænenavnslovens § 12, stk. 1 stiller derimod ikke krav om, at der skal foreligge en erhvervsmæssig aktivitet, før domstolene eller klagenævnet kan gribe ind, jf. nærmere afsnit 2.4.

I modsætning til, hvad der gjaldt før domænenavnslovens vedtagelse, er der med andre ord nu direkte lovhjemmel til, at også domænenavnsregistranter, som udelukkende anvender et domænenavn til rent private formål, kan pålægges at overføre sit domæne til en person eller virksomhed, som i kraft af eksempelvis et registreret varemærke har en eneret til det pågældende varemærke. Der kan derfor med styrke argumenteres for, at diskussionen om, hvorvidt et domænenavn anvendes i kommercielt øjemed eller ej, ikke længere har den store betydning, allerede fordi et domænenavn nu altså kan kræves overført under henvisning til domænenavnslovens § 12, stk. 1, ganske uanset karakteren af den konkrete brug af domænenavnet.

Udover bestemmelsen i § 12, stk. 1, som altså er den generelle regel om god skik, er det i § 12, stk. 2, præciseret, at "registranter må ikke registrere og opretholde registreringer af internet-domænenavne alene med videresalg eller udlejning for øje." Bestemmelsen tager særlig sigte på *domænenavnspirateri*, se afsnit 2.3.2.

Det vil dog fortsat være således, at de specielle regler i varemærkeloven, markedsføringsloven, selskabslovene og navneloven har forrang for domænenavnslovens § 12. Dette følger allerede af *lex specialis*-princippet og er ydermere fastslået i *Bet.nr. 1450/2004* s. 208.¹⁹ Retsteknisk er det derfor nødvendigt indledningsvis at afklare, om et forhold er omfattet af eksempelvis varemærkeloven, før en anvendelse af domænenavnslovens § 12 kan finde sted. I praksis vil der selvsagt i vid udstrækning blive foretaget en samlet helhedsbedømmelse, men det ændrer ikke ved, at domænenavnslovens § 12 ikke har

¹⁷⁾ Jf. hertil Erling Borchert & Frank Boggild: Markedsføringsloven (2001) s. 66ff (om § 1).

¹⁸⁾ Private handlinger kan derimod være i modstrid med et af de øvrige retsgrundlag, anført i afsnit 1, herunder navnlig være i strid med almindelige retsgrundsætninger.

¹⁹⁾ Det hedder her blandt andet: "Det ligger ... også klart, at der ikke vil være noget behov for at citere reglen om god skik i det omfang, et forhold allerede er genstand for eksisterende regler ... Regler i anden lovgivning (herunder varemærkeloven, markedsføringsloven, personnavneloven, aktie- og anpartsselskabslovene samt lov om visse erhvervsdrivende virksomheder) vil derfor fortsat finde anvendelse."

gjort diskussionen af, om der foreligger en erhvervsmæssig brug af domænenavnet, overflødig.

Hertil kommer, at domænenavsloven ikke indeholder hjemmel til straf. Den rettighedshaver, som mener eksempelvis sin registrerede eller brugsbetingede varemærket gået for nær, vil derfor fortsat have en interesse i at søge forholdet henført under varemærkelovens § 4, eftersom forsætlige krænkelse efter varemærkelovens § 42 straffes med bøde – under særligt skærpende omstændigheder endog med fængsel i indtil 1 år.

Tilsvarende følger det af markedsføringslovens § 22, stk. 3, at forsætlige overtrædelser af markedsføringslovens § 5 straffes med bøde (medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning), hvorimod overtrædelse af markedsføringslovens § 1 ikke er forbundet med straf efter markedsføringslovens § 22. Allerede af denne grund vil det derfor være relevant at afgøre, om et forhold omfattes af markedsføringslovens § 1 eller § 5, hvorimod det ikke har den store praktiske betydning, om et forhold henføres under markedsføringslovens § 1 eller domænenavslovens § 12. Også her vil *lex specialis* dog tilsige, at domænenavslovens § 12 anvendes som hjemmelsgrundlag frem for markedsføringslovens § 1.

Endvidere bemærkes, at den, der får medhold i, at en domænenavsregistrering er i strid med god skik efter domænenavslovens § 12, ganske vist kan kræve erstatning efter almindelige regler, hvilket blandt andet indebærer, at han skal dokumentere et tab. Det samme gør sig ikke nødvendigvis gældende, hvis forholdet kan henføres til *lex specialis*-reglerne, sml. hertil varemærkelovens § 43, stk. 1, om "rimeligt vederlag", hvor der ikke stilles krav om dokumentation af tab.²⁰ Det vil derfor fortsat have interesse at afklare, om et forhold skal henføres under domænenavslovens § 12 eller en af *lex specialis*-reglerne.

2.2. Kommerciel udnyttelse – De klare tilfælde

2.2.1. Identiske og forvekslelige domæner – Velkendte varemærker

Registrerer en erhvervsvirksomhed et domænenavn, som er identisk med en anden erhvervsvirksomheds varemærke eller andet forretningskendetegn, og anvender den pågældende virksomhed (registranten) domænet til at markedsføre og/eller sælge *konkurrerende varer eller tjenesteydelser*, vil en sådan

²⁰⁾ Se generelt om varemærkeloven *Mogens Koktvedgaard & Knud Wallberg: Varemærkeret – Varemærkeloven & Fællesmærkeloven med kommentarer* (2004). Bestemmelserne i §§ 42-43 er omtalt på s. 278ff, henholdsvis s. 281ff.

brug i sig selv alt andet lige være tilstrækkelig til, at domænet efter begæring vil blive overført til rettighedshaveren.²¹

Det er i den forbindelse ikke afgørende, om registranten driver en økonomisk sund virksomhed med et betydeligt salg, eller om der alene omsættes ganske få varer eller tjenesteydelser. Afgørende er det alene, om den pågældende vare eller den pågældende tjeneste er i direkte konkurrence med det produkt eller den tjeneste, som rettighedshaveren har rettighederne til. Det er heller ikke afgørende, om registranten aktuelt driver forretning med konkurrerende varer eller tjenesteydelser. Det er tilstrækkeligt, at registranten har til *hensigt* at drive en sådan forretning.²²

Tilsvarende gælder i tilfælde, hvor registranten ikke har registreret et domænenavn, som er identisk med en rettighedshavers varemærke eller andet forretningskendetegn, men hvor domænenavnet er *forveksleligt* hermed.²³ I en række tilfælde har registranten mere eller mindre åbenlyst spekuleret i internetbrugernes fejlindtastninger ("typosquatting"), og også i disse tilfælde er udgangspunktet klart: princippet om først i tid, bedst i ret, fraviges, og domænet overføres, slettes eller suspenderes.²⁴

²¹⁾ Se hertil *U.2000.2300S* ("www.rolex.dk"; afgjort efter varemærkelovens § 4, stk. 1, nr. 1 såvel som markedsføringslovens §§ 1 og 5) og derudover eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelse i *j.nr. 2000-171* (registranten drev blandt andet forretning med salg af Burberry's produkter og anvendte i den forbindelse Burberry's varemærke som forretningskendetegn, herunder som domænenavn på sin hjemmeside; nævnet fandt, at registreringen af domænenavnet "www.burberry.dk" udgjorde en krænkelse af Burberry's rettigheder efter varemærkelovens § 4, og at domænenavnet derfor skulle overføres til Burberry; det var således ikke afgørende, at registranten efter det oplyste rent faktisk også solgte Burberry's produkter - afgørende var i stedet, at anvendelsen af kendetegnet "Burberry" kunne give forbrugerne det fejlagtige indtryk, at registranten var autoriseret, hvad han efter det oplyste ikke var). Se også *j. nr. 2000/111* ("volvodele.dk"), *j.nr. 2000/148* ("bridgestone.dk"), *j.nr. 2000/179* ("loyalty-management.dk"), *j.nr. 2000/205* ("ford-vojens.dk"), *j.nr. 231* ("novadancercenter.dk"), *j.nr. 318* ("Nettoparts"), *j.nr. 411* ("toyota-silkeborg.dk") og *j.nr. 563* ("ph-lampen.dk") samt *U.2001.432SH* (der blandt andet fastslog, at uberettiget brug af et varemærke i en URL-adresse var en selvstændig krænkelse). Om sidstnævnte dom og tidligere dansk fogedretspraksis, som er på linie med denne dom, se *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2005) s. 519. Som det fremgår af referatet af *j.nr. 2000-171*, var parterne i denne sag tidligere forretningspartnere. Registranten fortsatte imidlertid med brugen af domænet efter samarbejdets ophør, og i sådanne tilfælde vil den fortsatte brug i reglen blive anset for stridende mod varemærkelovens § 4, se i overensstemmelse hermed *Knud Wallberg & Lone Prehn: Domænenavnskonflikter i Danmark - en oversigt*, NIR 2003/2 s. 105.

²²⁾ Se hertil eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelser i *j.nr. 290* ("harleydavidson.dk") og *j.nr. 297* ("bodyshop.dk").

²³⁾ Se hertil eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelser i *j.nr. 308* ("tdcbu-tik.dk") og *j.nr. 354* ("tdcdk.dk").

²⁴⁾ Undertiden er det pågældende domæne i øvrigt ikke blevet anvendt i strid med varemærkeloven, og overførslen har da været hjemlet i (navnlig) almindelige retsgrundsætninger eller nu domænenavnslovens § 12, se hertil nedenfor afsnit 2.4. Anvendes domænet til erhvervsmæssige formål, citeres såvel varemærkelovens § 4, stk. 1 (eller

2.2.2. Velkendte varemærker

Er varemærket *velkendt* her i landet,²⁵ udstrækkes beskyttelsen af varemærkeindehaveren – som tilfældet er i den almindelige varemærkeret – yderligere.²⁶ Det er i disse tilfælde ikke nødvendigvis afgørende, om et domæne, som er identisk eller forveksleligt med et varemærke, anvendes erhvervsmæssigt inden for samme vareklasse. Også erhvervsmæssig anvendelse i andre vareklasser kan efter omstændighederne være i strid med varemærkeloven. Er det tilfældet, overføres domænet efter begæring.²⁷ Ser man bort fra de velkendte varemærker, kan en varemærkeindehaver, som ønsker at støtte ret på varemærke-

eventuelt varemærkelovens § 4, stk. 2, jf. straks i det følgende), som markedsføringslovens §§ 1 og 5 hyppigt. Se hertil eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelser i *j.nr.* 252-255 ("wwwnykredit.dk", "www-nykredit.dk", "nukkredit.dk", "wwwnybolig.dk" og "www-nybolig.dk"); Nykredit og Nybolig registreret som varemærker, der måtte anses for velkendte her i landet; registrantens domæner "wwwnykredit.dk", "www-nykredit.dk", "wwwnybolig.dk" og "www-nybolig.dk" anset for stridende mod varemærkelovens § 4, stk. 2 og markedsføringslovens § 1; "nukkredit.dk" var ikke i sig selv forvekslelig med "nykredit", men anset for illoyal markedsadfærd og følgelig fundet i strid med markedsføringslovens § 1). Se tilsvarende *j.nr.* 282-285 ("wwwbrf.dk", "wwwbrfkredit.dk", "www-brf.dk" og "www-brfkredit.dk"); lagt til grund, at "BRFKredit" er et velkendt varemærke her i landet), *j.nr.* 518-519 ("politken.dk" og "politken.dk"); lagt til grund, at "Politiken" er et velkendt varemærke her i landet) og *j.nr.* 642-643 ("biletnet.dk" og "billnet.dk"); lagt til grund, at "Billetnet" er et velkendt varemærke her i landet).

²⁵⁾ Jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, som har følgende ordlyd: "Uanset begrænsningen i stk. 1 til varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art kan varemærkeindehaveren dog forbyde brugen også for varer eller tjenesteydelser af anden art, hvis varemærket er velkendt her i landet og brugen ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé eller skade særpræget eller renomméet."

²⁶⁾ Se generelt om kriteriet "velkendt" *Mogens Koktvedgaard & Knud Wallberg: Varemærkeret – Varemærkeloven & Fællesmærkeloven med kommentarer, EF-varemærket og Madrid-Protokollen* (2004) s. 105ff. Som dér anført beror vurderingen af, om et varemærke er velkendt, ikke på den subjektive opfattelse hos en konkret person, men på, om varemærket er kendt hos en betydelig del af den offentlighed, der er relevant for det pågældende mærkes vare og tjenesteydelse (jf. EF-Domstolens dom i C-375/97).

²⁷⁾ Se hertil klagenævnet for domænenavnes afgørelse i eksempelvis *j.nr.* 309 ("www-tv2.dk"). Under det pågældende domæne var indsat en reklame for KontorService A/S, som tilbød telefonpasning mv., hvilket var en virksomhed, som ikke tilhørte samme vareklasse som TV-2's registrerede ord- og figurmærker, der var registreret i hhv. vareklasse 28, 38 og 41 samt 38. Bemærk, at sagen også vedrørte et tilfælde af typosquatting, idet "." efter www er erstattet med "-"). Se også *j.nr.* 2000/145 ("aol.dk"; AOL (antaget, at varemærket "aol" "...antagelig..." allerede i vinteren 1997 var velkendt her i landet "... i hvert fald i internetkredse." Domænet skulle efter registrantens oplysninger registreret med henblik på brug i forbindelse med et farmaceutisk præparat, men indklagede oplyste dog, at det var "op til klageren at afgøre, om domænet kunne overføres til klageren." Hertil kom, at domænet rent faktisk blev anvendt til at drive virksomhed med internetudbud mv., altså en virksomhed, som var i direkte konkurrence med varemærkeindehaverens. Nævnet anså på den baggrund registreringen for en åbenlys og grov krænkelse af varemærkeindehaverens varemærkeret, og overførte domænet. Om domænenavnspirateri, se afsnit 2.3.2).

loven, imidlertid som hovedregel alene forhindre tredjemands brug af identiske eller forvekslelige varemærker inden for samme vareklasse.

2.3. Kommerciel udnyttelse – De knapt så klare tilfælde

2.3.1. Registrering med henblik på videresalg (domænenavnsinspirati)

Egentligt *domænenavnsinspirati*, hvor en person registrerer et eller flere domænenavne, som eksempelvis indeholder (dele af) verdenskendte virksomheders varemærker, med henblik på økonomisk gevinst ved et salg, ses der ikke på med milde øjne hverken administrativt eller i retspraksis, og som den følgende fremstilling vil vise, er der adskillige eksempler på, at domænenavne i sådanne tilfælde er overført eller slettet. Er domænet registreret med henblik på *private* formål, er det omvendt ganske vanskeligt for den virksomhed, hvis registrerede varemærke eller andet forretningskendetegn er identisk eller forveksleligt med domænet, at forhindre den private brug eller få medhold i et krav om sletning eller overførelse.²⁸

Området for domænenavnsinspirati er et af de relativt få, hvor der er en vis *retspraksis*. Således fastslog Østre Landsret allerede i 2001,²⁹ at er registreringen af et domæne foretaget *med det formål* at tilbyde domænenavnet *til rettighedshaveren* (det være sig en varemærkeretsindehaver eller en anden rettighedshaver, i det følgende blot: rettighedshaveren) for en overpris, vil registreringen være i strid med markedsføringslovens § 1.

U.2001.6970: En person havde registreret en række domæner, hvori "Beologic" indgik, for at tilbyde dem til et aktieselskab med samme navn til overpris. Anset for stridende mod markedsføringslovens § 1.

Af dommen kan udledes en række fundamentale principper, som er blevet udbygget i efterfølgende praksis. For det første skal rettighedshaveren dokumentere, at domænet er registreret *med det formål* at sælge domænet *til overpris*. Da det er rettighedshaveren, som påstår, at registreringen strider mod hans rettigheder, er dette princip i god overensstemmelse med sædvanlige bevisbyrde-regler, men byrden kan unægtelig være tung at løfte. I den konkrete sag var der dog ingen tvivl om, at domænet var registreret med det formål at sælge det til overpris – det fremgik blandt andet af en artikel fra Politiken, som var fremlagt under sagen, at formålet med registrantens virksomhed var at registrere

²⁸⁾ Se hertil afsnit 2.3.5.

²⁹⁾ *U.2001.6970*. Dommen er omtalt af Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog (2003) s. 91. Det fremgår her, at byretten også havde fundet registrantens registrering i strid med almindelige retsgrundsætninger. Se også Mads Bryde Andersen: IT-retten (2005) s. 517f.

kendte firmanavne og varemærker for derefter at sælge dem til de rettighedshaverne for indtil flere hundrede tusinde kroner – og retten anså det da også for bevist.³⁰

Administrativ praksis fra klagenævnet for domænenavne har efterfølgende haft lejlighed til at behandle spørgsmålet. Ikke overraskende viser denne praksis, at der i vid udstækning anlægges en sandsynlighedsvurdering, idet registrantens egen udlægning af årsagen til registreringen ikke nødvendigvis lægges til grund.³¹ Se hertil eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelser i *j.nr. 2001/102* ("uefa.dk", se nærmere omtalen hos *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 93), *j.nr. 2000/190* ("ebay.dk", omtalt i *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 94), *j.nr. 2000/158* ("kraks.dk"; registranten havde ikke reageret på klagenavnets henvendelser, og sagen blev derfor afgjort på det foreliggende grundlag, herunder rettighedshaverens sagsfremstilling; klagenævnet "...antager..." herefter, at domænet alene var registreret med det formål at sælge det til rettighedshaveren; retsgrundlaget var markedsføringslovens § 1 og almindelige retsgrundsætninger) og *j.nr. 292* ("alm-brand.dk"; blandt andet gentagne salgstilbud gjorde, at klagenævnet fandt det "...nærliggende at antage...", at domænet var registreret med henblik på salg til overpris; registranten oplyste, at domænet skulle anvendes til en privat informationsside og debatforum om forsikringsselskabet Alm. Brand, hvilket klagenævnet altså ikke var overbevist om; retsgrundlaget var markedsføringslovens § 1 og almindelige retsgrundsætninger).³²

³⁰⁾ Problemet sættes imidlertid på spidsen i de tilfælde, hvor en registrant ikke direkte tilkendegiver, at rettighedshaveren kan købe domænet for en passende pris, men i stedet eksempelvis påstår, at domænet alene er registreret til brug for private formål. Her vil man dog ofte foretage en vurdering af, om det nu også kan være korrekt, og hvis det er korrekt, eventuelt overføre domænet med hjemmel i almindelige retsgrundsætninger eller nu domænenavnslovens § 12. Situationen kan også være den, at registranten ikke selv aktivt forsøger at sælge domænet til rettighedshaveren, men blot afventer, at denne selv henvender sig, se hertil *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 94. I disse tilfælde kan det være vanskeligt for rettighedshaveren efterfølgende at dokumentere, at registreringen er sket alene med videresalg for øje.

³¹⁾ Se tilsvarende *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 91 ff. (henviser blandt andet til klagenævnet for domænenavnes afgørelser i *j.nr. 2000/147* (ltek.dk), hvor klagenævnet fandt det overvejende sandsynligt, at domænet var registreret med henblik på salg til overpris, hvorfor registreringen var i strid med markedsføringslovens § 1 såvel som almindelige retsgrundsætninger).

³²⁾ Der kan næppe stilles krav om, at domænet er registreret *alene* med henblik på salg til overpris. Selvom denne formulering anvendes i visse af klagenævnet for domænenavns afgørelser, se eksempelvis den umiddelbart ovenfor citerede afgørelse *j.nr. 2000/158* ("kraks.dk"), følger det af ordlyden i såvel *U.2001.697Ø* som *U.2004.1561H* (se om denne dom straks i det følgende), at det er tilstrækkeligt, at registreringen har haft et sådant formål (underforstået: blandt flere. Se præmisserne i *U.2001.697Ø* ("...med det formål at ...") og *U.2004.1561H* (enslydende)). Der er således intet i disse afgørelser, som forhindrer, at der kan ske overførelse, selvom registranten også har haft andre for-

Retsgrundlaget er således i almindelighed markedsføringslovens § 1 og/eller almindelige retsgrundsætninger. Er der alene tale om, at domænet tilbydes rettighedshaveren, eller må antages alene at være registreret med dette formål for øje, og heller ikke anvendes til andre formål, kan der derimod argumenteres for, at der ikke er tale om en varemærkeretlig krænkelse (varemærkelovens § 4) eller en krænkelse af markedsføringslovens § 5 (forretningskendetegn), da domænet i så fald ikke anvendes for konkrete varer eller tjenesteydelser, jf. hertil *Mads Bryde Andersen*: IT-retten (2005) s. 517. Se dog om Sø- og Handelsrettens præmisser i *U.2004.1561H* straks i det følgende (antager, at markedsføringslovens § 5 kan anvendes).

Er domænet ikke anvendt, og henstår det ubenyttet igennem længere tid, vil dette efter praksis ofte indikere, at domænet reelt er registreret med henblik på salg til overpris, uanset om registranten oplyser, at formålet med domænet er af privat karakter, og at det blot er et spørgsmål om tid, før det aktiveres.³³

For det andet skal domænet sælges *til overpris*, jf. nu også *U.2004.1561H*.³⁴ Tilbyder registranten rettighedshaveren domænet for et beløb, der svarer til

mål, jf. hertil nedenfor afsnit 2.3.2 om domænenavnslovens § 12, stk. 2. Det er imidlertid klart, at er formålet med en registrering udelukkende at tjene på et videresalg til overpris, vil denne kendsgerning skærpe den retlige vurdering. Dette forhold er nok en ikke helt uvæsentlig forklaring på, at registranterne udviser betydelige kreative evner, når de (navnlig over for klagenævnet for domænenavne) oplyser grundene til, at domænet er registreret – en kreativitet, som altså (fuldt forståeligt) langt fra altid belønnes i praksis.

³³⁾ Se hertil eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelser i *j.nr. 292* ("almbrand.dk", citeret ovenfor), *j.nr. 479* ("tønderbank.dk"; på trods af, at registranten havde oplyst, at domænet ikke var registreret i erhvervsmæssigt øjemed, fandt klagenævnet det "... påfaldende ..., at [registranten] blot 11 dage efter registreringen ... og foranlediget af [rettighedshaverens] indsigelser mod registreringen, [erklærede] sig villig til at forhandle med [rettighedshaveren] om salg af domænenavnet, og klagenævnet konstaterede, at registranten måtte "... formodes at have registreret og opretholdt registreringen med henblik på salg til [rettighedshaveren]"; afgjort med hjemmel i markedsføringslovens § 1) og *j.nr. 652* ("fionia-bank.dk"; registranten måtte "... formodes at have registreret og opretholdt registreringen med henblik på salg til [rettighedshaveren] ..."; registranten havde ikke reageret på klagenavnets henvendelser; afgjort med hjemmel i markedsføringslovens § 1). Se også *U.2004.1561H* ("... som ikke har brugt domænenavnet ..."), jf. om denne dom straks i det følgende (note 34).

³⁴⁾ Dommen vedrørte et tilfælde, hvor en virksomhed (registranten) havde registreret domænet "BR.dk" på trods af, at en anden virksomhed (rettighedshaveren) i en årrække havde anvendt "BR" som forretningskendetegn (varemærke) for legetøjsprodukter. Højesteret fandt det, blandt andet under henvisning til, at registranten havde foretaget registrering af domænet med kendskab til rettighedshaverens indarbejdede forretningskendetegn "BR", "... ubetænkeligt at lægge til grund, at [registranten] fik registreret domænenavnet br.dk med det formål at sælge det til [rettighedshaveren] til overpris." Sø- og Handelsretten havde derimod ikke fundet det tilstrækkeligt bevist, at domænet *alene* var erhvervet med henblik på salg, hvilket Højesteret ikke kommenterer. Se hertil ovenfor note 32. Der blev endvidere lagt vægt på, at registreringen forhindrede rettighedshaveren fra at få sit forretningskendetegn registreret som domænenavn, jf. herom i det følgende. I Højesterets præmisser henvises der alene til markedsføringslovens § 1 som hjemmelsgrundlag, og ikke til markedsføringslovens § 5 eller for den sags skyld til

registreringsomkostningerne og de årlige gebyrer, vil et sådant salg ikke stride mod retspraksis.³⁵ Også et beløb, der er højere end registreringsomkostningerne og de årlige gebyrer, kan efter omstændighederne være tilladt, da udtrykket "overpris" må læses som et forbehold om, at registranten ikke må forlange et urimeligt beløb. Der vil således være tale om en konkret vurdering af, hvorvidt et beløb, der eksempelvis er sammensat af registreringsomkostningerne og de årlige gebyrer samt et vederlag for de omkostninger, som er forbundet med, at registranten nu skal registrere et nyt domæne og dertil destruere eksisterende markedsføringsmateriale mv., må anses for "overpris."³⁶

Se hertil ICANN's *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* punkt 4.b(i), hvorefter bevis for registrering og brug af domæner i ond tro (jf. punkt

varemærkelovens § 4. Sø-og Handelsretten havde henvist til såvel markedsføringslovens § 1 som § 5, men fandt ikke, at varemærkelovens § 4 (stk. 2) kunne anvendes, da domænet ikke blev anvendt for konkrete varer eller tjenesteydelser. Retten fastslog dog samtidig, at da en konkret anvendelse af domænet vil kunne forbydes efter varemærkelovens § 4 (stk. 2), fandtes domænet at kunne betragtes som en eneret for rettighedshaveren, hvorfor registranten skulle overføre domænet *vederlagsfrit* til rettighedshaveren. Højesteret stadfæstede ganske vist Sø-og Handelsrettens dom, men med en anden begrundelse, og det er derfor uklart, om Sø-og Handelsrettens anvendelse af markedsføringslovens § 5, og bemærkningerne om varemærkelovens § 4 (stk. 2), er udtryk for gældende ret. For så vidt angår Sø-og Handelsrettens bemærkning om, at domænet skal overføres vederlagsfrit til rettighedshaveren, skal denne bemærkning ses i lyset af Højesterets ordvalg "... til overpris," hvilket må læses således, at registranten ikke må tjene på overførelsen af domænet. Om dommen, se *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2005) s. 518f. Sø-og Handelsrettens dom er omtalt af *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 96f.

³⁵⁾ I visse tilfælde fremgår det ikke udtrykkeligt af klagenævnets afgørelser, at det alene er salg til overpris, som er retsstridigt, se eksempelvis *j.nr. 652* citeret i note 33. På baggrund af navnlig *U. 2004.1561H*, omtalt i note 34, er der dog næppe tvivl om, at det afgørende er, om domænet sælges til overpris eller ej. Der kan argumenteres for, at det ikke er rimeligt, at den, der registrerer et domæne med det formål at sælge det til en rettighedshaver, skal have godtgjort sine registreringsomkostninger mv. Omkostningerne er alene opstået som følge af en retsstridig adfærd. På den anden side er det heller ikke i alle tilfælde rimeligt, at rettighedshaveren blot kan kræve et domæne overført vederlagsfrit. Rettighedshaveren har også en pligt til selv at udvise agtpågivenhed og eksempelvis sørge for at få relevante domæner registreret, jf. herom afsnit 3. På den baggrund bliver det relevante spørgsmål derfor, hvad man skal forstå ved "overpris," og som anført må dette bero på en konkret vurdering.

³⁶⁾ Det må dog anses for overordentligt vanskeligt for en registrant, hvis domæne overføres til en rettighedshaver, at opnå medhold i, at eksempelvis omkostningerne til destruering af eksisterende markedsføringsmateriale kan kræves betalt af rettighedshaveren som betingelse for overførelsen. Rettighedshaveren kan forfølge sin ret ved at begære fogedforbud nedlagt mod registrantens fortsatte brug af markedsføringsmaterialet, jf. retsplejelovens § 641, stk. 1-2, og er der hjemmel hertil i et nedlagt forbud, kan rettighedshaveren endog anmode fogedretten om at yde bistand til tilintetgørelse af materialet, jf. retsplejelovens § 645, stk. 1. I sådanne tilfælde vil der ikke være adgang til for registranten at kræve omkostningerne dækket af rettighedshaveren, men også i andre tilfælde vil sådan omkostningsgodtgørelse antage undtagelsens karakter. Om retsplejelovens § 641 og § 645 generelt, se *Ejler Bruun, Peter Mogelvang-Hansen & Lars Lindencrone Petersen: Fogedsager* (2005) s. 720ff., henholdsvis s. 743ff.

4.a.(iii)), hvis omstændighederne peger på, at registranten "... have registered or ... have acquired the domain name primarily for the purpose of selling, renting, or otherwise transferring the domain name registration to the complainant who is the owner of the trademark or service mark or to a competitor of that complainant, for valuable consideration in excess of [the] documented out-of-pocket costs directly related to the domain name," min fremhævelse. I disse tilfælde har klagenævnet kompetence til efter omstændighederne at overføre mv. domænet, se punkt 3.c. Om reglerne generelt, se *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 143ff. Reglerne omfatter blandt andet domæner registreret under top-level domænerne .com, .net og .org.

For det tredje er det efter *U.2001.697Ø* ikke i strid med varemærkelovens § 4 eller markedsføringslovens § 5 (men derimod efter omstændighederne i strid med markedsføringslovens § 1), såfremt domænet ikke er udbudt til andre end rettighedshaveren, se nærmere herom nedenfor. Det samme gør sig gældende, hvis domænet ikke aktivt bruges til markedsføring og salg af varer eller tjenesteydelser. Selve *registreringen* af et domæne er med andre ord som udgangspunkt ikke udtryk for erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4.³⁷ I disse tilfælde vil rettighedshaveren derfor ikke kunne drage fordel af varemærkelovens § 43, stk. 1, jf. herom ovenfor afsnit 1. I praksis vil det selvsagt som oftest forholde sig således, at det er rettighedshaveren, som har størst interesse i at erhverve domænet. Afvises kan det imidlertid ikke, at eksempelvis en konkurrent vil være særdeles interesseret i at erhverve domænet, eventuelt med henblik på at lade det ligge ubenyttet hen,³⁸ og et sådant salg er altså som hovedregel ikke udtryk for erhvervsmæssig brug i varemærkelovens § 4's eller markedsføringslovens § 5's forstand.

Der er i øvrigt ikke nødvendigvis tale om domænenavnsinspirati, blot fordi registranten fremsætter et købstilbud til rettighedshavere. Se hertil eksempelvis kla-

³⁷⁾ Praksis i klagenævnet for domænenavne er generelt på linie hermed, se hertil eksempelvis *sag 2000/087* ("wal-mart.dk") og *Knud Wallberg & Lone Prehn: Domænenavnskonflikter i Danmark – en oversigt*, NIR 2003/2 s. 105 for yderligere praksis. Klagenavnets praksis er dog ikke entydig, se eksempelvis i modsat retning *j.nr. 2000/070* ("mercedes-benz.dk"; registrantens "... registrering og brug ..." af domænet indebar en "... åbenlys og grov krænkelse ..." af rettighedshaverens domæne). Det er således ikke alene brugen, som anses for stridende mod varemærkelovens § 4, men også registreringen, men det er selvsagt vanskeligt at sige, om klagenævnet ville have fundet den rene registrering stridende mod varemærkelovens § 4. *Knud Wallberg & Lone Prehn: Domænenavnskonflikter i Danmark – en oversigt*, NIR 2003/2 s. 105, synes at lægge til grund, at klagenævnet i afgørelsen ikke har fundet belæg for at anvende varemærkelovens § 4 på den rene registrering, men alene anset registreringen for stridende mod markedsføringslovens § 1. Sidstnævnte bestemmelse er imidlertid ikke anført som hjemmelsgrundlag i afgørelsen.

³⁸⁾ En sådan adfærd ("*warehousing*") kan imidlertid i sig selv udgøre en krænkelse, jf. herom i det følgende. Også domænenavnslovens § 12, stk. 1 og 2 vil efter omstændighederne kunne finde anvendelse herpå, se hertil *Bet. Nr. 1450/2004 – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark* s. 290.

genævnet for domænenavnes afgørelse i *j.nr. 2000/155*³⁹ ("mobil-siden.dk"; klageren havde blandt andet registreret domænet "mobilsiden.dk", og påstod nu "mobil-siden.dk" overført til sig. Klagenævnet fandt ikke, at "mobilsiden" havde tilstrækkeligt særpræg til at være tjenligt som varemærke eller kendetegn for en virksomhed, og da der heller ikke forelå indarbejdelse, jf. varemærkelovens § 3, stk. 2, måtte sagen afgøres efter markedsføringslovens § 1. Da klageren ikke havde godtgjort, at registranten, ved sin registrering og brug af domænet, havde handlet i strid med god markedsføringsskik, blev domænet ikke overført. Klagenævnet bemærkede i den forbindelse: "*Det forhold, at [registranten] som følge af en henvendelse fra klageren har tilbudt klageren at købe domænenavnet, kan ikke føre til en anden vurdering, da det ikke er godtgjort, at [registrantens] registrering af domænenavnet er sket med dette formål.*" Sagen ville formentlig have stillet sig anderledes, hvis klageren havde været i stand til at dokumentere, at registreringen var sket i den hensigt at videresælge det til overpris, jf. i det følgende.

For domæner omfattet af ICANN's *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* vil også salg til tredjemand utvivlsomt være omfattet, se hertil punkt 4.b(i), citeret ovenfor ("*...transferring the domain name registration to the complainant who is the owner of the trademark or service mark or to a competitor of that complainant ...*," min fremhævelse).

Udgangspunktet om, om selve registreringen af et domæne ikke er udtryk for erhvervsmæssig brug efter varemærkeloven, er imidlertid ikke utvivlsomt.⁴⁰ Sø-og Handelsretten har således i en skriftlig tilkendegivelse af 1. november 2000 i sag V-90-99⁴¹ givet udtryk for, at den blotte registrering af et domæne kan udgøre erhvervsmæssig brug i varemærkeretlig forstand, idet rettighedshaveren derved bliver forhindret i at udnytte sit eget varemærke (eller anden beskyttet ret, eksempelvis et forretningskendetegn efter markedsføringslovens § 5)⁴² til markedsføring af tilsvarende varer eller tjenesteydelser på Internet-tet.⁴³ Der er altså tale om en form for negativ markedsføring med et klart

³⁹⁾ Sagen er omtalt af *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 92f.

⁴⁰⁾ Se hertil diskussionen i *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2005) s. 518, blandt andet med henvisning til amerikansk retspraksis.

⁴¹⁾ Sagen er gengivet på baggrund af omtalen i *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 97. Se også Patent-og Varemærkestyrelsens rapport *Regulering af domænenavnsområdet?* dateret 2. april 2003, s. 13f. og *Anette Andersen & Michael Elmer: Varemærkeret online*, UFR 2001 B. s. 414. I sagen anså retten efter det refererede "Mobilglas" for et velkendt varemærke og registreringen af domænet for en krænkelse af varemærkelovens § 4, stk. 2.

⁴²⁾ Min tilføjelse.

⁴³⁾ Se hertil *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2005) s. 518: "For så vidt kan man konstatere, at den 'ikke-brug', der er tale om, rent faktisk skader varemærkeindehaveren." Forfatteren vil dog indskrænke beskyttelsen til de velkendte varemærker. En registrering af et domæne, som indeholder et varemærke, der ikke er velkendt, vil herefter ikke være at anse for erhvervsmæssig brug i varemærkelovens forstand. Se i samme retning Patent-

kommercielt sigte. Også klagenævnet for domænenavne har haft en række lignende sager til pådømmelse, og udfaldet i disse sager har generelt været det samme, idet der dog i reglen alene henvises til markedsføringslovens § 1.⁴⁴

Som det fremgår, hersker der betydelig usikkerhed på området. Det må således fortsat anses for tvivlsomt, om den blotte registrering af et domæne i sig selv udgør erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4 eller markedsføringslovens § 5. Da det, som anført i afsnit, på trods af vedtagelsen af domænenavnsloven, herunder denne lovs § 12 om god skik, fortsat er nødvendigt at afklare hvilken lov, et forhold omfattes af, er der stadig behov for en vurdering af, hvorvidt den blotte registrering af et domæne udgør erhvervsmæssig brug i varemærkelovens eller markedsføringslovens § 5's forstand.

På baggrund af den foreliggende praksis og doktrinen synes der at være tre principielle udgangspunkter for besvarelsen af spørgsmålet:

- Registreringen kan anses for stridende mod almindelige retsgrundsætninger, markedsføringslovens § 1, eller nu domænenavnslovens § 12. Dette udgangspunkt svarer til klagenævnet for domænenavnes praksis og *U.2001.697Ø*. I denne situation er det uden betydning, om domænet indeholder et velkendt varemærke eller ej (tese 1).⁴⁵
- Registreringen kan anses for stridende mod varemærkelovens § 4, stk. 2, såfremt der er tale om et velkendt varemærke. Dette udgangspunkt svarer til Sø-og Handelsrettens opfattelse, jf. rettens tilkendegivelse af 1. november 2000 i sag V-90-99. Modsætningsvis følger heraf, at registreringen af domæner, som indeholder varemærker, der ikke er velkendte, ikke kan anses for erhvervsmæssig brug i varemærkelovens forstand (og næppe heller i markedsføringslovens § 5's forstand) (tese 2).
- Registreringen kan anses for stridende mod varemærkelovens § 4, stk. 1. Dette udgangspunkt medfører, at alle registreringer af domæner, som indeholder varemærker, efter omstændighederne vil blive anset for er-

og Varemærkestyrelsens rapport *Regulering af domænenavnsområdet?* dateret 2. april 2003 s. 16.

⁴⁴⁾ Se eksempelvis klagenævnets afgørelse i *j.652* ("fionia-bank.dk"; hvor det som begrundelse for, at en registrering af et domæne var i strid med markedsføringslovens § 1, fremgår, at registrantens handlemåde "... afskærer ... [rettighedshaveren] fra at registrere og anvende sit foretningsskendetegn som domænenavn under top level domænet .dk." Synspunktet går igen i en lang række afgørelser, se eksempelvis *j.nr. 2000.087* ("wal-mart.dk"), *j.nr. 479* ("tønderbank.dk") og *j.nr. 553* ("brørupsprekasse.dk").

⁴⁵⁾ Det bemærkes, at retten i *U.2001.697Ø* ikke tager udtrykkelig stilling til, om "Beologic" var et velkendt varemærke. Det kan således ikke afvises, at sagen havde fået et andet udfald, såfremt "Beologic" var blevet anset for et velkendt varemærke og dermed omfattet af varemærkelovens § 4, stk. 2.

hvervsmæssig brug i varemærkelovens forstand, uanset om varemærket er velkendt eller ej (tilsvarende vil markedsføringslovens § 5 finde anvendelse) (tese 3).

Efter min opfattelse taler meget for at lade tese 2 være det basale udgangspunkt. At lade det forhold, at et domæne, som indeholder et velkendt varemærke, ikke er udbudt til salg til andre end rettighedshaveren, være afgørende for, om registreringen er i strid med varemærkelovens § 4, stk. 2 (eller markedsføringslovens § 5), forekommer unødigt restriktivt.⁴⁶ Omvendt vil beskyttelsen af rettighedshaveren i typesituationen være for bred, såfremt enhver registrering af et domæne, som indeholder et varemærke, uanset om dette er velkendt eller ej, anses for erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4, stk. 1.⁴⁷ Det er heller ikke rimeligt, at den rettighedshaver, som har retten til et velkendt varemærke, må lade sig nøje med den beskyttelse, som følger af almindelige retsgrundsætninger, markedsføringslovens § 1 eller domænenavnslovens § 12. Opmærksomheden henledes atter på eksempelvis varemærkelovens § 43, stk. 1, jf. afsnit 1.

Det kan umiddelbart forekomme noget anstrengt at fortolke "... erhvervsmæssig brug ..." i varemærkelovens § 4, stk. 1 (som også gælder i § 4, stk. 2, jf. anvendelsen af ordet "... brugen ..." i denne bestemmelse) som omfattende den rene registrering af domæner indeholdende velkendte varemærker. Da begrebet er det samme og principielt skal fortolkes ens i såvel stk. 1 som stk. 2, kan der også argumenteres for, at hvad der er erhvervsmæssig brug efter stk. 2, må også være det efter stk. 1.

For så vidt angår førstnævnte forhold, indeholder varemærkelovens § 4, stk. 3, en opregning af en række handlinger, som typisk anses for erhvervsmæssig brug. Opregningen er imidlertid ikke udtømmende, og definitionen af erhvervsmæssig åbner således op for en vis fleksibilitet. Dernæst kan det anføres, at det for så vidt ikke er selve registreringen, som anses for stridende mod varemærkelovens § 4, stk. 2. Det er det forhold, at registreringen typisk sker for at forhindre rettighedshaveren i at foretage registreringen, og den kendsgerning, at registranten ofte snylter på rettighedshaverens renommé, som er udslagsgivende – hvilket selvsagt indirekte er det samme som at sige, at registreringen er i strid med varemærkelovens § 4, stk. 2.

⁴⁶⁾ Se tilsvarende (om markedsføringslovens § 5) *Erling Borchert & Frank Boggild: Markedsføringsloven (2001)* s. 279: "En registrering af et velkendt og/eller indarbejdet forretningskendetegn som domænenavn med henblik på senere salg og hvor den registrerede virksomhed/person ikke har adkomst til kendetegnet, forekommer at være en benyttelse således som forudsat i MFL § 5."

⁴⁷⁾ Se hertil *Mads Bryde Andersen: IT-retten (2005)* s. 518 og Patent-og Varemærkestyrelsens rapport *Regulering af domænenavnsområdet?* dateret 2. april 2003 s. 16, begge med pointeringen af, at en registrant meget vel kan have registreret et domæne, som indeholder et ikke-velkendt varemærke eller anden form for forretningskendetegn, uden kendskab hertil, hvilket kan indikere, at registreringen ikke er sket med videresalg (til overpris) for øje eller for at snylte på rettighedshaverens kendetegn.

I sidstnævnte tilfælde vil beskyttelsen af rettighedshaveren som nævnt efter min opfattelse typisk være for bred, hvis også de ikke-velkendte varemærker omfattes. Det er korrekt, at begrebet "erhvervsmæssig brug" og forståelsen heraf principielt er identisk i såvel varemærkelovens § 4, stk. 1, som § 4, stk. 2, men det er ikke i sig selv udelukket, at en handling, der i ét tilfælde anses som erhvervsmæssig, ikke er det i et andet, jf. også om varemærkelovens § 4, stk. 3, umiddelbart ovenfor.

Tese 2 er imidlertid alene netop det basale *udgangspunkt*. Forestiller man sig eksempelvis, at en registrant har registreret et domæne, som indeholder et ikke-velkendt varemærke, vil selve registreringen heraf som anført i typesituationen ikke udgøre erhvervsmæssig brug. Forholdet er imidlertid et andet, såfremt registranten – efter at være blevet opmærksom på, at domænet indeholder et ikke-velkendt varemærke, som rettighedshaveren (eller tredjemand) er villig til at betale dyrt for – tilbyder domænet til rettighedshaveren eller tredjemand til overpris. I dette tilfælde er der ikke belæg for at stille rettighedshaveren ringere, end hvis domænet havde indeholdt et velkendt varemærke.⁴⁸

Sagt med andre ord er udgangspunktet forskelligt i de to tilfælde: vedrører registreringen og/eller brugen af domænet et velkendt varemærke, taler formodningen *for*, at domænet er registreret med henblik på videresalg til overpris (eller inaktivitet). Dette anses for erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4, stk. 2. Denne formodning kan imidlertid afkræftes, såfremt registranten kon-

⁴⁸⁾ Der erindres i øvrigt om, at det afgørende for vurderingen af, om der foreligger et velkendt varemærke, ikke er registrantens subjektive viden, men det generelle kendskab til varemærket blandt en betydelig del af den offentlighed, som er relevant for det pågældende mærkes vare og tjenesteydelse, se hertil note 26. Hvorvidt registranten har kendskab til, at domænet indeholder et velkendt varemærke, er derfor ikke afgørende for, om registreringen er udtryk for erhvervsmæssig brug. Registranten vil dog i praksis lettere med styrke kunne argumentere for, at domænet er registreret med et andet formål end salg til overpris for øje, hvis der er tale om et ikke-velkendt varemærke, da det generelle kendskab til sådanne varemærker ikke har samme omfang som for velkendte varemærkes vedkommende. Kan rettighedshaveren omvendt dokumentere, at registranten havde kendskab til det ikke-velkendte varemærke, eksempelvis fordi registranten tidligere har indgået i et kontraktforhold med rettighedshaveren som forhandler af dennes varer mv., vil der også i disse tilfælde være basis for en anvendelse af varemærkelovens § 4, stk. 1. Se hertil eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelse i *j.nr. 2000/179* ("loyaltymanagement.dk"); sagen involverede dog ikke et forudgående eller bestående kontraktforhold mellem registranten og rettighedshaveren, men registrantens registrering og brug af rettighedshaverens varemærke fandtes ikke desto mindre at udgøre en krænkelse af varemærkelovens § 4, stk. 1) og *j.nr. 308* ("tdcbutik.dk", hvor det dog er uklart, om klagenævnet anvender varemærkelovens § 4, stk. 1, da registreringen og brugen er i strid med "... gældende ret". Varemærkelovens § 4, stk. 1-2, er imidlertid anført som det eneste hjemmelsgrundlag i nævnets bemærkninger, og da nævnet ikke udtaler sig om, hvorvidt "TDC" er et velkendt varemærke – hvad der næppe er tvivl om, at det er – må afgørelsen tolkes således, at det er varemærkelovens § 4, stk. 1, som er retsgrundlaget).

kret kan sandsynliggøre andet.⁴⁹ Vedrører registreringen derimod et ikke-velkendt varemærke, taler formodningen *imod*, at domænet er registreret med henblik på videresalg til overpris (eller inaktivitet), og varemærkelovens § 4, stk. 1 kan derfor ikke anvendes. Denne formodning kan imidlertid afkræftes, hvis rettighedshaveren konkret kan sandsynliggøre andet. De velkendte varemærker får dermed – i overensstemmelse med den generelle retlige behandling af disse varemærker – en bredere beskyttelse end de ikke-velkendte varemærker.

Den foreløbige konklusion bliver herefter som følger:

- Registreringen af et domæne, som indeholder et velkendt varemærke, er udtryk for erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4, stk. 2, medmindre registranten kan sandsynliggøre, at registreringen ikke er sket med henblik på videresalg til overpris eller inaktivitet.⁵⁰
- Registreringen af et domæne, som indeholder et ikke-velkendt varemærke, er ikke udtryk for erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4, stk. 1, medmindre rettighedshaveren kan sandsynliggøre, at registreringen er sket med henblik på videresalg til overpris eller inaktivitet.

Som det fremgik ovenfor, fastslog retten i *U.2001.697Ø*, at der ikke var tale om erhvervsmæssig brug, så længe domænet ikke er udbudt *til andre* end rettighedshaveren (og/eller anvendt til markedsføring af varer eller tjenesteydelser). Tilbyder registranten, at rettighedshaveren kan købe domænet til over-

⁴⁹⁾ Bevisbyrden er vanskelig at løfte for registranten, se hertil eksempelvis klagenævnet for domænenavnes afgørelse i *j.nr. 292* ("alm-brand.dk"); klagenævnet lagde blandt andet vægt på, at det alene var rettighedshaveren, som måtte anvende rettighedshaverens forretningskendetegn (det velkendte varemærke "ALM. BRAND") som domæne for en oplysningsside om rettighedshavers virksomhed og produkter – og uanset, at dette var formålet, havde registranten ydermere ikke taget domænet i anvendelse, men tværtimod fremsat gentagne salgstilbud til rettighedshaveren).

⁵⁰⁾ Det bemærkes i øvrigt, at selvom registranten skulle få medhold i, at registreringen ikke er sket med henblik på videresalg til overpris eller inaktivitet, og han derfor kan *beholde* domænet, er dette ikke ensbetydende med, at han kan *anvende* domænet efter forgodtbefindende. Beskyttelsen efter varemærkelovens § 4, stk. 2, omfatter som tidligere nævnt også andre vareklasser end de, det velkendte varemærke måtte være registreret for, og selvom registranten ønsker at anvende domænet til eksempelvis en informationsbank om rettighedshaverens virksomhed (sml. registrantens argumentation i klagenævnet for domænenavnes afgørelse *j.nr. 292* ("alm-brand.dk")), kan selv en sådan virksomhed indebære en krænkelse af rettighedshaverens rettigheder efter varemærkelovens § 4, stk. 2. Se hertil nedenfor afsnit 2.3.4 om Sø-og Handelsrettens dom i *sag V-106-01 af 22. juni 2005*.

pris, vil et sådant tilbud altså ikke være i strid med hverken varemærkelovens § 4 eller markedsføringslovens § 5.⁵¹

Sø-og Handelsretten havde forud for Højesterets afgørelse i *U.2004.1561H*, udtalt, at registrantens registrering af domænet "br.dk" stred imod markedsføringslovens §§ 1 og 5, men derimod ikke imod varemærkelovens § 4, stk. 2 ("BR" blev anset for et velkendt varemærke), da domænet ikke blev brugt til markedsføring af konkrete varer eller tjenesteydelser. Eftersom enhver fremtidig konkret anvendelse imidlertid ville kunne forbydes af rettighedshaveren med hjemmel i varemærkelovens § 4, stk. 2, fandt retten, at domænet kunne betragtes som en *eneret* for rettighedshaveren, som registranten derfor skulle overføre – vederlagsfrit – til rettighedshaveren. Som nævnt ovenfor stadfæstede Højesteret Sø-og Handelsrettens dom, men med en anden begrundelse (registreringen var i strid med markedsføringslovens § 1). Konsekvensen er, at det fortsat er rettens opfattelse i *U.2001.697Ø*, som må danne udgangspunkt for diskussionen.

Rettens opfattelse på dette punkt har været genstand for en vis kritik,⁵² og det må da også indrømmes, at kriteriet ikke i alle situationer forekommer overbevisende. Det kan være vanskeligt at forstå, hvorfor den rettighedshaver, som får tilbudt at købe et domæne, hvori rettighedshaverens varemærke indgår, for et efter omstændighederne endog særdeles stort beløb, ikke kan bringe varemærkelovens § 4 (eller markedsføringslovens § 5) i anvendelse, men må afvente, om registranten beslutter sig for at sælge domænet til en tredjemand, eller lade sig nøje med at forfølge sin ret med hjemmel i markedsføringslovens § 1 eller nu domænenavnslovens § 12. For så vidt ville det retsteknisk fremstå mere overbevisende, hvis alle salg af domæner, som indeholder varemærker, udelukkes fra varemærkelovens § 4, men sådan kan præmisserne til *U.2001.697Ø* ikke læses, jf. formuleringen: "... så længe domænenavnet ikke er udbudt til andre end indehaveren af virksomhedsnavnet og/eller varemærket ..."

Efter min opfattelse bør ethvert salg til overpris eller tilbud herom af et domæne, som indeholder et varemærke (eller et andet forretningskendetegn, jf. markedsføringslovens § 5) anses for en handling, som er i strid med varemærkelovens § 4 (eller markedsføringslovens § 5), uanset om salget finder sted til rettighedshaveren eller tredjemand. I begge tilfælde er der tale om, at registranten forsøger at drage økonomisk fordel af at have registreret et domæne indeholdende rettighedshaverens varemærke, og et sådant salg eller tilbud herom må anses for omfattet af udtrykket "... *erhvervsmæssig brug af tegn* ..." i

⁵¹⁾ Som anført af *Mads Bryde Andersen*: IT-retten (2005) s. 518, må dommen på dette punkt læses som udtryk for, at retten ikke fandt, at der var tale om, at domænet benyttes som kendetegn for varer eller tjenesteydelser, jf. varemærkelovens § 1, da det, som forsværes afsat, består i præcis det kendetegn, som rettighedshaveren i forvejen anvender.

⁵²⁾ Se hertil (om anvendelsen af markedsføringslovens § 5) note 46.

varemærkelovens § 4 (henholdsvis af udtrykket "... benytte ..." i markedsføringslovens § 5⁵³).

Konklusionen bliver herefter som følger:

- Registreringen af et domæne, som indeholder et velkendt varemærke, er udtryk for erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4, stk. 2, medmindre registranten kan sandsynliggøre, at registreringen ikke er sket med henblik på videresalg til overpris eller inaktivitet. Sælges domænet eller tilbydes det solgt, anses dette for en selvstændig erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4, stk. 2, uanset om domænet efterfølgende sælges eller tilbydes til rettighedshaveren eller tredjemand.
- Registreringen af et domæne, som indeholder et ikke-velkendt varemærke, er ikke udtryk for erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4, stk. 1, medmindre rettighedshaveren kan sandsynliggøre, at registreringen er sket med henblik på videresalg til overpris eller inaktivitet. Kan han det, er der tale om erhvervsmæssig brug efter varemærkelovens § 4, stk. 1, uanset om domænet efterfølgende sælges eller tilbydes til rettighedshaveren eller tredjemand.⁵⁴

2.3.2. Anvendelsesområdet for domænenavnslovens § 12, stk. 2

Accepterer man den forholdsvis brede anvendelse af begrebet "erhvervsmæssig brug" i forbindelse med domænenavnspirateri, som der er argumenteret for i afsnit 2.3.1, kan man spørge, om dette betyder, at anvendelsesområdet for domænenavnslovens § 12, stk. 2 reelt er udtømt. § 12, stk. 2, har følgende ordlyd:

"Registranter må ikke registrere og opretholde registreringer af internetdomænenavne alene med videresalg eller udlejning for øje."

Som anført i afsnit 2.3.1 ad note 32 var der efter praksis indtil domænenavnslovens vedtagelse næppe belæg for at hævde, at varemærkelovens § 4 eller

⁵³⁾ Se hertil note 46.

⁵⁴⁾ Formodningen vil blandt andet kunne styrkes, såfremt registranten tidligere har anvendt en fremgangsmåde, som må tages som udtryk for, at han i virkeligheden blot søger at videresælge domænet til overpris på trods af, at begrundelsen for registreringen påstås at være privat formål eller lignende. Se hertil nedenfor afsnit 2.3.5 med omtale af klagenævnets for domænenavns afgørelser i *j.nr. 2000/225* ("teledenmark.dk") og *j.nr. 746* ("napatech.dk"), der dog blev afgjort efter henholdsvis almindelige retsgrundsætninger og domænenavnslovens § 12, stk. 1, jf. hertil afsnit 2.3.5. I sidstnævnte sag henviste klagenævnet blandt andet til registrantens adfærd i andre sager forelagt for klagenævnet.

markedsføringslovens § 5 alene kunne anvendes, såfremt registrantens *eneste* formål med registreringen var at videresælge det til overpris. Det er derimod et utvetydigt krav efter domænenavnslovens § 12, stk. 2.⁵⁵ Varemærkelovens § 4 og markedsføringslovens § 5 har derfor på dette område et bredere anvendelsesområde end domænenavnslovens § 12, stk. 2. Allerede af denne grund vil der således fortsat være behov for en vurdering af, om en registrering af et domæne strider imod varemærkelovens § 4 eller markedsføringslovens § 5.

Hovedindtrykket af domænenavnslovens § 12, stk. 2, er således, at den får et forholdsvis snævert selvstændigt anvendelsesområde.⁵⁶ Efter ordlyden og forarbejderne til bestemmelsen er det imidlertid ikke noget krav for anvendelsen af domænenavnslovens § 12, stk. 2, at domænet er registreret med henblik på videresalg *til overpris*. Det er tilstrækkeligt, at registranten i det hele taget tilbyder rettighedshaveren (eller muligvis tredjemand – det er uklart, om salg til tredjemand omfattes; forarbejderne tyder dog på det)⁵⁷ at købe domænet, også selvom han alene forlanger sine registreringsomkostninger og eventuelle årlige gebyrer betalt.⁵⁸ Som omtalt i afsnit 2.3.1 med note 35 har hidtidig praksis ik-

⁵⁵⁾ Efter bemærkningerne, se L 165, Folketinget 2004-05 (2. samling) ad § 12, stk. 2, indebærer formuleringen, at har der udover ønsket om en økonomisk gevinst været andre hensigter bag registreringen, finder bestemmelsen ikke anvendelse. Det fremgår ligeledes, at bestemmelsen ikke har til hensigt at ramme registranter, der "... nok på registrerings- eller overdragelsestidspunktet havde til hensigt at videresælge eller udleje [domænet], men som efterfølgende selv etablerer en reel brug af [dette]. I en sådan situation vil registranten eksempelvis kunne sælge [domænet] uden at være omfattet af forbudet i bestemmelsen," min fremhævelse. Se også *Bet. Nr. 1450/2004 – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark* s. 146ff.

⁵⁶⁾ Dette forudsættes også i bemærkningerne, se L 165, Folketinget 2004-05 (2. samling) ad § 12, stk. 2 og i *Bet. Nr. 1450/2004 – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark* s. 297 (ordet "selvstændigt" indgår dog hverken i bemærkningerne eller i betænkningen, og er således udtryk for min præcisering).

⁵⁷⁾ Se således L 165, Folketinget 2004-05 (2. samling) ad § 12, stk. 2, hvor det blandt andet fremgår, at der med stk. 2 er indført "... et forbud mod at registrere et eller typisk flere internet-domænenavne uden at have til hensigt selv at benytte disse, men alene for at sælge disse videre til personer, virksomheder, organisationer mv., der har for eksempel en særlig driftsøkonomisk, personlig eller privat interesse i netop dette internet-domænenavn," min fremhævelse. Selvom formuleringen "... personer, virksomheder, organisationer mv. ..." primært sigter på rettighedshaveren, står der ikke direkte, at det kun er salg til denne, som omfattes.

⁵⁸⁾ I *Bet. Nr. 1450/2004 – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark* s. 148 hedder det som begrundelse for at indføre en regel om forbud mod registrering med henblik på videresalg: "Et forbud vil sikre, at der ikke opstår situationer, hvor én, der ønsker et bestemt domænenavn, mødes med et krav om en ublu høj pris ved salg eller leje fra en registrant, som alene har registreret det pågældende domænenavn med henblik på at opnå en gevinst," min fremhævelse. Denne bemærkning kan læses således, at forlanger registranten ikke en ublu høj pris, men derimod eksempelvis alene sine registreringsomkostninger, vil et sådant salg ikke være omfattet af forbudet. Bemærkningen er imidlertid ikke gentaget i udvalgets kommentarer til § 12, stk. 2, se hertil betænkningens s. 296ff., og ej heller i bemærkningerne til lovforslaget (lovforslaget er på dette punkt identisk med udvalgets forslag), og da ordlyden i § 12, stk. 2, som nævnt må siges

ke været entydig på dette punkt. Domænenavnslovens § 12, stk. 2, kan derfor her forventes at få en vis betydning.

Et andet område, hvor domænenavnslovens § 12, stk. 2, må forventes at få betydning, er tilfælde, hvor registrantens domæne ikke indeholder en rettighedshavers varemærke eller andet forretningskendetegn, idet kravene for varemærkeretlig beskyttelse ikke er opfyldt (der mangler eksempelvis særpræg), eller tilsvarende, fordi betingelserne for beskyttelse som et forretningskendetegn efter markedsføringslovens § 5 ikke er til stede (også her eksempelvis fordi der ikke foreligger særpræg).⁵⁹ Det må dog også her forventes, at beskyttelsen af eksempelvis generiske forretningsnavne bliver forholdsvis snæver.⁶⁰

Det bemærkes i øvrigt, at det fremgår af domænenavnslovens § 27, stk. 3, at lovens § 12, stk. 2, først finder anvendelse fra den 1. juli 2010 for internetdomænenavne, der var registreret ved lovens ikrafttræden.⁶¹ I disse tilfælde nødsages den, der ønsker et domæne overført til sig, og som mener at være udsat for domænenavnspirateri, at søge forholdet henført under varemærkelovens § 4 eller markedsføringslovens § 5 (hvis domænet indeholder et beskyttet forretningskendetegn), domænenavnslovens § 12, stk. 1 (som efter domænenavnslovens § 27, stk. 2, også finder anvendelse på registreringer af domæner, der er foretaget før lovens ikrafttræden), eller almindelige retsgrundsætninger (i den udstrækning, sådanne retsgrundsætninger kan siges at eksistere ved siden af domænenavnslovens § 12, stk. 1, se herom afsnit 2.3.6).

at omfatte ethvert videresalg, kan der ikke uden videre lægges afgørende vægt på ovennævnte bemærkning.

⁵⁹⁾ Særprægskravet gælder også i forhold til markedsføringslovens § 5, se hertil *Erling Borchert & Frank Boggild: Markedsføringsloven* (2001) s. 258ff.

⁶⁰⁾ Se som et eksempel efter hidtidig praksis klagenævnets afgørelse i *j.nr. 2000/155* ("mobil-siden.dk"), hvor klagenævnet afviste at anvende markedsføringslovens § 1, da registrantens registrering og brug ikke var udtryk for illoyal adfærd – heller ikke, selvom registranten tilbød indehaveren af "Mobilsiden.dk" at købe domænet. En tilsvarende sag i dag vil næppe få et andet udfald. Da domænenavnslovens § 12, stk. 2, ikke stiller krav om, at domænet skal indeholde et varemærke eller et andet forretningskendetegn, kan bestemmelsen principielt anvendes, såfremt forholdet antager en vis strengere karakter, eksempelvis fordi det beror på undskydelige forhold (sygdom eller lignende) hos den, der påstår domænet overført til sig, at registreringen ikke blev foretaget, inden registranten – som måske oven i købet havde kendskab til de undskydelige forhold – kom til. Princippet om først i tid, bedst i ret er imidlertid også her udgangspunktet, og tilfælde som det beskrevne vil det under alle omstændigheder ofte være mere hensigtsmæssigt efter omstændighederne at henføre under domænenavnslovens § 12, stk. 1.

⁶¹⁾ Formålet hermed er efter bemærkningerne (se L 165, Folketinget 2004-05 (2. samling) ad § 27) at sikre, at de registranter, der har opbygget og baseret en forretning på at kunne videreformidle foretagne registreringer, dermed har en vis periode til at få afviklet denne del af forretningen. Se tilsvarende *Bet. Nr. 1450/2004* – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark s. 317. § 27, stk. 3, er formentlig hovedårsagen til, at klagenævnet for domænenavne endnu ikke, så vidt det ses, har truffet afgørelse med hjemmel i domænenavnslovens § 12, stk. 2, men sager, hvor registreringen har fundet sted efter lovens ikrafttræden (1. juli 2005) ligger næppe langt ude i fremtiden.

2.3.3. Anvendelse af meta-tagging

Virksomheder eller private borgere, som ønsker at drage nytte af en rettighedshavers forretningskendetegn, behøver ikke nødvendigvis at udsætte sig selv for den risiko, som kan være forbundet med registrering af et domæne, der indeholder (dele af) forretningskendetegnet. I *U.2003.1020H* havde en virksomhed således blandt andet anvendt en rettighedshavers varemærke i *meta-tags* på virksomhedens hjemmeside.⁶² Sø-og Handelsretten⁶³ fandt en sådan anvendelse i strid med såvel varemærkelovens § 4 og markedsføringslovens § 5 som markedsføringslovens § 1 med den begrundelse, at brugen af den pågældende meta-tag

”... navnlig [må antages] at have haft til formål eller som virkning at lade [forretningskendetegnet] tjene som søgekriterium, således at brugere af automatiske søgetjenester ved at søge på [forretningskendetegnet] bliver ledt frem til oplysninger om [virksomheden] og denne virksomheds konkurrerende produkter.”

I den konkrete sag var faktum, at den virksomhed, som anvendte den pågældende meta-tag, markedsførte og solgte produkter (kaffefiltre) konkurrence med rettighedshaverens (Melitta). På den baggrund er det ikke overraskende, at brugen af meta-tags bliver anset for stridende mod varemærkelovens § 4 og markedsføringslovens § 5. Det kan imidlertid ikke afvises, at sagen ville have fået et andet udfald, såfremt anvendelsen af meta-tags ikke ledte brugerne til en hjemmeside, hvor konkurrerende produkter blev markedsført og solgt, men eksempelvis til en hjemmeside med privat formål. I dette og andre lignende tilfælde fortøner den erhvervsmæssige brug sig, og da der heller ikke er tale om, at rettighedshaveren – som i de tilfælde, hvor registranten af et domæne indeholdende rettighedshaverens forretningskendetegn – forhindres i at udnytte sit eget forretningskendetegn, vil en sådan sag skulle afgøres efter markedsføringslovens § 1 eller almindelige retsgrundsætninger.⁶⁴

⁶²⁾ En meta-tag er en særlig filbeskrivelse, som indgår i den pågældende hjemmesides kildekode, og som kan læses af søgemaskiner som Google eller Yahoo, der søger i selve teksten på hjemmesiderne med dertil hørende kildekoder. Om meta-tags generelt og om dommen, se *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2005) s. 521f. Dommen vedrørte i øvrigt også en lang række andre aspekter end meta-tags, herunder brug af rettighedshaverens varemærke som søgeord og som usynlig tekst på virksomhedens hjemmeside. Begge disse forhold blev af Sø-og Handelsretten anset for stridende mod såvel varemærkelovens § 4 og markedsføringslovens § 5 som markedsføringslovens § 1. Højesteret stadfæstede Sø-og Handelsrettens dom på dette punkt.

⁶³⁾ Sø-og Handelsrettens dom blev stadfæstet af Højesteret på dette punkt.

⁶⁴⁾ Domænenavnslovens § 12, stk. 1, finder ikke anvendelse, eftersom der ikke er tale om registrering af et domænenavn. Klagenævnet for domænenavne vil af samme årsag ikke have kompetence til at pådømme sager om meta-tags, og rettighedshaveren må derfor anlægge sag ved domstolene, eventuelt med en fogedforbudsrekvisition efter retsplejeloens § 641 som første skridt.

2.3.4. Udbyders reklamering på uaktiverede domæner

Sø-og Handelsretten har i en nylig – nu påanket – dom taget stilling til, hvorvidt en domæneudbyders reklamering på et ikke-aktiveret domæne skal anses for erhvervsmæssig brug i varemærkelovens forstand.

Sag V-106-01 af 22. juni 2005: registranten havde registreret domænet "ups.dk", hvilket domæne rettighedshaveren (den amerikanske virksomhed United Parcel Service – UPS) påstod overført til sig. Sø-og Handelsretten fandt ikke, at "UPS" udgjorde et velkendt varemærke i Danmark, og det afgørende var herefter, om varemærkelovens § 4, stk. 1, fandt anvendelse.

Det var under sagen ubestridt, at registranten ikke havde haft nogen indflydelse på domæneudbyderens reklamering på det ikke-aktiverede domæne. Efter sagsfremstillingen havde registranten heller ikke nogen økonomiske interesser i domæneudbyderens reklamering, og han modtog således eksempelvis ikke vederlag for domæneudbyderens brug af domænet. Rettighedshaveren procederede imidlertid på, at *"... det er uden betydning for sagen, hvem der direkte udover den erhvervsmæssige brug."*

Sø-og Handelsretten erklærede sig her enig med rettighedshaveren:

"Med hensyn til, om anvendelsen af www.ups.dk sker erhvervsmæssigt, lægger retten vægt på, at der ved søgning på domænet fremkommer en hjemmeside med henvisning til et firma, og at der optræder bannerreklamer. Uanset, om disse måtte hidrøre fra indehaveren af domænet eller ej, finder retten, at der der ved er tale om erhvervsmæssig brug af domænet ups.dk."

Henset til, at registranten efter det oplyste ikke selv har foretaget nogen reklamering og ej heller har haft noget økonomisk udbytte af domæneudbyderens reklamering, forekommer dommen på dette punkt diskutabel. Det kan som udgangspunkt ikke være afgørende for, om der foreligger erhvervsmæssig brug af en (fysisk eller juridisk) person, at en tredjemand anvender et domæne, som den pågældende person har registreret, hvis denne ikke selv foretager erhvervsmæssig brug.

Det er klart, at situationen er en anden, såfremt der foreligger en (eventuelt stiltiende) aftale mellem registranten og eksempelvis en domæneudbyder om, at sidstnævnte kan foretage reklamering mod, at registranten får vederlag herfor. I denne situation bruges domænet utvivlsomt erhvervsmæssigt af registranten. Tilsvarende vil gælde i tilfælde, hvor registranten, i den hensigt at forhindre rettighedshaverens adgang hertil, frivilligt og mod vederlag overlader domænet til tredjemand, og denne herefter bruger domænet erhvervsmæs-

sigt, eksempelvis fordi registranten ikke selv formår eller ønsker at anvende domænet.

I et tilfælde som det, der forelå til bedømmelse i *sag V-106-01 af 22. juni 2005*, forekommer det imidlertid mest hensigtsmæssigt at bedømme sagen efter almindelige retsgrundsætninger eller nu domænenavnslovens § 12, stk. 1. Som det fremgår af afsnit 2.3.5, har klagenævnet for domænenavne i adskillige tilfælde truffet afgørelse om overførelse af et domæne, som udelukkende er anvendt til private formål, med hjemmel i almindelige retsgrundsætninger eller nu domænenavnslovens § 12, stk. 1 – ja, undertiden også med hjemmel i markedsføringslovens § 1, selvom også anvendelsen af denne bestemmelse forudsætter erhvervmæssig brug – og det er vanskeligt at se, at domæneudbyderens reklamering i ovennævnte sag udgør erhvervmæssig brug hos registranten.

Noget andet er, at Sø-og Handelsretten formentlig kunne have anvendt den samme begrundelse, som retten selv anvendte i sin skriftlige tilkendegivelse af 1. november 2000 i *sag V-90-99*, jf. herom ovenfor afsnit 2.3.1. Som dér bemærket, fastslog retten i tilkendegivelsen blandt andet, at den blotte registrering af et domæne kan udgøre erhvervmæssig brug i varemærkeretlig forstand, idet rettighedshaveren derved bliver forhindret i at udnytte sit eget varemærke. Selvom der i *sag V-90-99* var tale om et velkendt varemærke, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, er der, som anført ovenfor afsnit 2.3.1, efter min opfattelse ikke belæg for at behandle ikkevelkendte varemærker anderledes, idet det dog er rettighedshaveren, som i sidstnævnte tilfælde skal dokumentere, at registrantens formål med registreringen af domænet var videresalg til overpris eller inaktivitet. I *sag V-106-01 af 22. juni 2005* indrømmede registranten, at han tidligere havde solgt andre domæner, herunder i ét tilfælde et domæne for kr. 6.000. Det fremgår også af sagen, at domænet "ups.dk" blev registreret den 16. april 1999, og at det endnu ikke var taget i brug af registranten godt 2 år efter. Hvorvidt dette er tilstrækkeligt til at konkludere, at der foreligger erhvervmæssig brug, kan selvsagt diskuteres, men anser man tredjemands reklamering på en registrants domæne for erhvervmæssig brug under omstændigheder som de, der fremgår af *sag V-106-01 af 22. juni 2005*, synes det desto vanskeligere at afvise, at der foreligger erhvervmæssig brug som følge af (en formodning for) hensigt til videresalg til overpris og/eller inaktivitet.

I *sag V-106-01 af 22. juni 2005* fandt retten i øvrigt, at domæneudbyders reklamering var en erhvervmæssig brug, som ikke henhørte under de vareklasser, "UPS" var registreret for, og da der ikke var tale om et velkendt varemærke, og idet der altså heller ikke tale om varesammenfald, afviste retten at overføre domænet til rettighedshaveren. Registranten kunne imidlertid ikke sælge ups-anordninger⁶⁵ via domænet, da dette ville være erhvervmæssig brug med salg af samme varer, og da det netop var dette, registranten gerne ville, vandt regi-

⁶⁵) I henhold til en sagkyndig erklæring, fremlagt under sagen, anvendes betegnelsen "ups-anordning" af sagkyndige som betegnelse for et elektrisk apparat, som har til formål først og fremmest at sikre en uafbrudt strømforsyning på en sådan måde, at anordningen ved et nedbrud af den almindelige elforsyning sikrer en korrekt lukning af det pågældende system, hvorved utilsigtet tab af data undgås.

stranten med andre ord retten til et domæne, som han imidlertid ikke kan anvende som ønsket. Operationen lykkedes, men patienten døde.

2.3.5. Anvendelse til rent private formål

Er et domæne, som indeholder en rettighedshavers varemærke eller andet forretningskendetegn, registreret og/eller anvendt til rent private formål, og er der ingen formodning for, at registreringen (eller anvendelsen) er sket med videresalg til overpris for øje eller inaktivitet, er der ikke tale om erhvervsmæssig brug i varemærkelovens eller markedsføringslovens forstand. I disse tilfælde kan domænet alene overføres med hjemmel i almindelige retsgrundsætninger eller nu domænenavnslovens § 12, stk. 1.

Der foreligger en række afgørelser herom fra klagenævnet for domænenavne.⁶⁶ Til eksempel fra tiden før domænenavnslovens vedtagelse, se eksempelvis klagenævnets afgørelse i *j.nr. 2000/225* ("teledenmark.dk"; registreringen fremstod efter klagenævnets opfattelse som illoyal og chikanøs, og domænet blev overført med hjemmel i almindelige retsgrundsætninger). For så vidt angår tiden efter vedtagelsen af domænenavnsloven, se *j.nr. 746* ("napatech.dk"; klagenævnet fandt, at registrantens registrering udgjorde en "... klar overtrædelse af § 12, stk. 1 ...", da registranten ikke havde nogen loyal interesse i domænet, og idet det måtte antages, at domænet var registreret udelukkende med det formål at sælge det til klager til overpris. Sidstnævnte betragtning blev blandt andet begrundet i den kendsgerning, at brugerne, ved opslag på domænet, blev ledt videre til en hjemmeside med "... stærkt pornografisk indhold ...", og klagenævnet udtalte på den baggrund, at viderestillingen måtte "... antages at være foretaget med henblik på at presse klageren til at betale en overpris for domænet." Registranten havde anvendt en tilsvarende fremgangsmåde i andre sager, se *j.nr. 444* ("kristensenproperties.dk"), *j.nr. 468* ("taabel.dk") og *j.nr. 486* ("launis.dk"), og klagenævnet henviste derudover til en e-mail, fremlagt under sagen, som yderligere underbyggede formodningen for, at registreringen alene var sket med videresalg til overpris for øje).

Såkaldte *hadedomæner* anvendes i vid udstrækning af personer, som ønsker at give deres uforbeholdende mening til kende om en given vare eller tjenesteydelse. Ikke sjældent sker det ved anvendelse af en rettighedshavers varemærke eller andet forretningskendetegn, eksempelvis i form af "www.lorteseat.dk"⁶⁷ eller "www.startur.dk".⁶⁸ Praksis fra klagenævnet for domænenavne viser, at det generelt er vanskeligt for rettighedshaveren at overbevise klage-

⁶⁶⁾ Se hertil *Christian Kragelund, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen: Domænenavne – en juridisk håndbog* (2003) s. 98 og *Knud Wallberg & Lone Prehn: Domænenavnskonflikter i Danmark – en oversigt*, NIR 2003/2 s. 113ff. (om *hadedomæner mv.*).

⁶⁷⁾ Jf. klagenævnet for domænenavnes afgørelse i *j.nr. 2000/208*.

⁶⁸⁾ Jf. klagenævnet for domænenavnes afgørelse i *j.nr. 2000/177*.

nævnet om det rimelige i en overførelse af domænet⁶⁹ - medmindre registranten giver udtryk for, at han er villig til at overføre domænet til overpris.⁷⁰

2.4. Almindelige retsgrundsætninger og god skik – Betydningen af domænenavnslovens § 12, stk. 1

Som belyst ovenfor, kan det undertiden være vanskeligt at afgøre, hvorvidt en registrering og brug af et domæne er udtryk for erhvervsmæssig brug. I andre tilfælde er det åbenlyst, at der ingen erhvervsmæssig brug finder sted, eksempelvis fordi domænet anvendes til rent private formål. Også i tilfælde, hvor der ingen erhvervsmæssig brug finder sted, kan der imidlertid være et behov for at overføre et domæne, fordi det krænker den almindelige retsfølelse eller på anden måde er i strid med *almindelige retsgrundsætninger* at lade registranten beholde sit domæne. Tilsvarende kan det i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt registreringen og brugen udgør erhvervsmæssig brug, være hensigtsmæssigt at have et supplerende retsgrundlag at falde tilbage på.

Klagenævnet for domænenavne har i en lang række tilfælde afgjort klagesagerne under henvisning til enten markedsføringslovens § 1 eller almindelige retsgrundsætninger.⁷¹ Sidstnævnte retsgrundlag er primært anvendt i de tilfælde, hvor registreringen og brugen ikke har haft noget erhvervsmæssigt formål, men hvor adfærden ikke desto mindre er blevet anset for illoyal eller af andre årsager krænkende for klageren.

⁶⁹⁾ I klagenævnet for domænenavnes afgørelse i *sag 2000/208* blev domænet "lorte-seat.dk" således ikke overført til rettighedshaveren. Klagenævnets afgørelse må læses således, at hensynet til registrantens ytringsfrihed i denne sag vejede tungere end hensynet til rettighedshaverens interesser. Sagen havde formentlig fået et andet udfald, såfremt den samme aktivitet havde fundet sted på domænet "seat.dk", da der i så fald ville være en nærliggende forvekslingsrisiko.

⁷⁰⁾ Se hertil klagenævnet for domænenavnes afgørelse i *j.nr. 2000/177* ("startur.dk"), hvor registranten havde tilkendegivet overfor rettighedshaveren, at domænet ville blive overført, hvis rettighedshaveren betalte en betydelig overpris herfor. Det var dog også afgørende, at domænet ikke gav udtryk for at være en hadeside ved brug af udtryk som "anti" eller det, der er værre (jf. "lorte-seat.dk" i *j.nr. 2000/208*).

⁷¹⁾ *Almindelige retsgrundsætninger* er blandt andet anvendt som hjemmel til overførelse i *j.nr. 2000/118* ("pollefrasnave.dk") og *j.nr. 2000/225* ("teledenmark.dk"). *Markedsføringslovens § 1* er blandt andet anvendt i en lang række af de sager, som vedrører *typosquatting* (jf. herom også ovenfor afsnit 2.2.1), se til eksempel *j.nr. 774* ("boogi.dk") og *j.nr. 781* ("yohoo.dk"). Registranten af de pågældende domæner havde i øvrigt i begge sager registreret en lang række domæner baseret på samme grundlæggende ide (ønsket om at spekulere i brugernes fejlintastninger og snylte på andres forretningskendetegn), men klagenævnet undlod at tage stilling til anvendelsen af varemærkelovens § 4 og markedsføringslovens § 5 i begge sager. Praksis fra klagenævnet er dog ikke entydig, idet eksempelvis sagerne *j.nr. 252-255* ("www-nykredit.dk" m.fl., se hertil ovenfor afsnit 2.2.1 med note 24), *j.nr. 282-285* ("wwwbrf.dk" m.fl.), *j.nr. 518-519* ("politken.dk" og "politken.dk") samt *j.nr. 642-643* ("biletnet.dk" og "billnet.dk") til dels er afgjort med hjemmel i varemærkelovens § 4 (i de nævnte tilfælde stk. 2, da der var tale om varemærker, som var velkendte her i landet).

Allerede før vedtagelsen af domænenavsloven var der således hjemmel til at overføre domæner også i tilfælde, hvor der ikke forelå erhvervsmæssig brug. Med domænenavslovens § 12, stk. 1, er der imidlertid nu indført en særlig god skik-regel for domæner. § 12, stk. 1 har følgende ordlyd:

”Registranter må ikke registrere og anvende internetdomænenavne i strid med god domænenavnsskik.”

Hensigten med domænenavslovens § 12, stk. 1, er efter såvel bemærkningerne som den til grund for domænenavslovens udarbejdede betænkning at give

”...klar lovhjemmel til at træffe afgørelser baseret på almindelige rimeligheds-overvejelser i stedet for at skulle henvise til ”almindelige retsgrundsætninger” mv., dels at tilvejebringe en særlig retlig platform for den fremtidige retsudvikling.”⁷²

Til forskel fra markedsføringslovens § 1 omfattes også personer og institutioner, der ikke optræder som erhvervsdrivende. Det betyder, at eksempelvis privatpersoners registrering og brug af domæner kan være i strid med god domænenavnsskik.⁷³ I det hele taget er der med bestemmelsen åbnet op for udviklingen af en særlig form for god skik på domænenavsområdet, hvor der blandt andet kan tages hensyn til den internationale udvikling og praksis i branchen. Domænenavslovens § 12, stk. 1, er således – som andre god skik-regler – fleksibel, og dens fortolkning og udfyldning vil bero på en flerhed af faktorer.⁷⁴

De første afgørelser fra klagenævnet for domænenavne, hvor domænenavslovens § 12, stk. 1, citeres, er faldet. Se hertil eksempelvis *j.nr.* 796 og 797 (“dating.dk” og “daiting.dk”); sagen vedrørte således to tilfælde af *typosquatting*, og blev afgjort dels efter domænenavslovens § 12, stk. 1, dels efter markedsføringslovens § 5) og tilsvarende *j.nr.* 795 (“datind.dk”). I begge sager blev domænet i øvrigt efter påstand slettet og ikke overført til klageren. I *j.nr.* 792 (“boneparte.dk”) blev domænet derimod efter påstand overført til klageren, da registreringerne var i strid med domænenavslovens § 12, stk. 1.

⁷²⁾ Se L 165, Folketinget 2004-05 (2. samling) ad § 12, stk. 1, og *Bet. Nr. 1450/2004 – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark* s. 289 (bestemmelsen og begrundelsen herfor omtales generelt s. 204ff. og s. 288ff.).

⁷³⁾ Se L 165, Folketinget 2004-05 (2. samling) ad § 12, stk. 1, og *Bet. Nr. 1450/2004 – Betænkning om administration af domænenavne i Danmark* s. 207f. og s. 290 og 296.

⁷⁴⁾ Se hertil henvisningerne i note 13.

3. Afrunding

Retstilstanden på domænenavnsområdet er præget af en betydelig usikkerhed – en usikkerhed, der blandt andet er forårsaget af et ganske kompliceret retskildegrundlag, som indførelsen af domænenavnslovens § 12 kun til dels har afhjulpet. Det er ikke nyt, at den teknologiske udvikling undertiden stiller retsordenen over for endog særdeles store udfordringer, og hele domænenavnsproblematikken illustrerer for så vidt blot kompleksiteten.

Problemet bliver ikke mindre af Internettets grænseoverskridende natur, og man kan således roligt konstatere, at *den internationale dimension* spiller en betydelig rolle på dette område. Selvom klagenævnet for domænenavne, med hjemmel i den for klagenævnet gældende forretningsorden, kan slette eller overføre domæner under top-level.dk-domænet, er dette ikke til megen hjælp over for de registranten, som registrere et identisk eller forveksleligt domæne under et andet top-level domæne, eksempelvis .com eller .org.⁷⁵ I disse tilfælde må rettighedshaveren følge de regler, som gælder for det pågældende top-level domæne – selvom skadevirkningen unægtelig er lige stor, uanset om domænet hedder "X.dk" eller "X.com." I nogle tilfælde kan det endog forårsage betydelig mere gene, såfremt et domæne er registreret under et andet top-level domæne end ".dk", eksempelvis ".com," idet der eksempelvis er tale om en international virksomhed, for hvem det er mere (eller i det mindste lige så) vigtigt at markedsføre og sælge sine varer eller tjenesteydelser under et internationalt top-level domæne.

Det må på den anden side indrømmes, at det princip, som dk-domæner tildeles efter – først i tid, bedst i ret – har sine fordele. Sagsbehandlingstiden går hurtigere – man får reelt sit domæne i det øjeblik, bestillingen er afsendt – og opstår der efterfølgende en konflikt, må man så benytte de midler, der står til rådighed herfor.⁷⁶ Der kan også argumenteres for, at det er op til rettighedshaver selv at varetage sine interesser ved at sørge for rettidig registrering af et relevant domæne, og at det ikke kan være retssystemets ansvar at komme den sendrægtige rettighedshaver til undsætning. Selvom selv den mest forsigtige rettighedshaver langt fra i alle tilfælde vil kunne gardere sig imod, at andre registrerer eller bruger domæner, som krænker hans rettigheder – det vil eksempelvis i praksis ofte være særdeles vanskeligt og vel i realiteten umuligt at for-

⁷⁵⁾ Rettighedshaveren må her, om muligt, gå frem efter ICANN's *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, se herom afsnit 2.3.1. Klagesagens behandling i ICANN-systemet kan være en omstændelig og bekostelig affære.

⁷⁶⁾ Der erindres i øvrigt om, at selvom Patent-og Varemærkestyrelsen foretager en undersøgelse af eksempelvis et varemærkes særpræg, inden det registreres, forhindrer dette ikke, at der efterfølgende kan opstå en tvist mellem to eller flere parter. En materiel prøvelse er således ikke i sig selv nogen garanti for, at alt er i orden, om end risikoen for en konflikt alt andet lige er mindre end i de tilfælde – som ved registrering af domænenavne – hvor der ingen materiel prøvelse foretages.

udse og forhåndsregistrere alle *typosquatting-domæner* – vil det dog være hensigtsmæssigt, hvis der eksempelvis i forbindelse med en selskabsetablering samtidig foretages en registrering af et domæne svarende til selskabets navn og måske også de mest nærliggende varianter heraf⁷⁷ – selvsagt forudsat, at det eller de pågældende domæner er ledige.⁷⁸ Omkostningerne til registrering af domæner er beskedne, og man vil dermed som rettighedshaver have sikret sig så godt som muligt. Eventuelle efterfølgende tvister må så løses under anvendelse af de regler, som er angivet ovenfor afsnit 1.

⁷⁷⁾ Den advokat, som måtte medvirke ved etableringen, bør under alle omstændigheder råde sin klient til om muligt at foretage en registrering af i hvert fald det domæne, som er identisk med selskabsnavnet. I modsat fald vil advokaten efter omstændighederne handle i strid med *god advokatskik*, se herom generelt *Henrik Bitsch: God advokatskik – en håndbog* (2002), navnlig s. 90ff. Se også de af Advokatrådet udarbejdede *Advokat- etiske Regler* (navnlig punkt 3.1.2.1) og retsplejelovens § 126, stk. 1.

⁷⁸⁾ I modsat fald kan anvendelsen af det pågældende navn som selskabsnavn i øvrigt krænke domæneregistrantens rettigheder, da det ikke er udelukket, at der kan opstå eksempelvis en varemærkeret i form af ibrugtagning af et domæne, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2, og hertil *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2005) s. 517 (der dog alene rejser spørgsmålet).

Legal Risk Management – Some Reflections

Jan Trzaskowski

The concept 'Legal Risk Management' is not clearly defined. The purpose of this article is to present some reflections concerning this concept and how it relates to other more established concepts such as corporate governance and compliance, and how legal research can benefit from legal risk management. The focus is on commercial business, but legal risk management may also be carried out by other entities. This paper contains only some initial thoughts to be pursued in further research.¹

1. Legal Risk Management

1.1. Risk Management

Risk management may be understood as the process of measuring or assessing risk and then developing strategies to manage the risk.² The assessment of a risk entails the identification hereof and the choice to carry out risk management. Identified risks may be assessed as to their potential severity of loss and to the probability of occurrence.

Risk management concerns the protection of particular assets, which may be that of a business. In order to justify the introduction and usage of legal risk

¹⁾ This article is elaborated in connection to a presentation at a seminar on the management of legal risks, which is to be held at Oslo University on 10 November 2005. See also Trzaskowski, Jan, *Legal Risk Management in Electronic Commerce – Managing the Risk of Cross-Border Law Enforcement*, Ex Tuto Publishing, October 2005, www.legalriskmanagement.net.

²⁾ http://en.wikipedia.org/wiki/Risk_management.

management, the concept should not only be different from established concepts, but it should also link to the management of legal risks. The concept may be compared to concepts concerning corporate governance and compliance which, like risk management, is of a proactive nature.³

1.2. Legal Risks

Risk may be understood as the potential harm that may arise from a present process or from a future event. In professional risk assessments, risk combines the probability of a negative event occurring with how harmful that event would be.⁴ A legal risk may be defined as a potential detriment caused in connection to a legal relation⁵ and which may be imposed by enforcement through the judiciary. The risk may for example entail that a pecuniary or custodial sanction is imposed, an injunction is issued or that a legal or natural person is deprived from certain privileges such as claiming performance or invoking remedies in a contractual relation.⁶

It seems reasonable to make a distinction between legal relations, which are based upon a contract, and those that are not. In contractual relations, the parties may benefit from the freedom to contract in order to negotiate a well-balanced contract. Outside of contractual relations, norms are settled by law as interpreted by the judiciary and without the same flexibility as within contracts. The discussion below focuses on legal risks outside of contractual relations.

One of the parameters to consider in connection to legal risk management is law enforcement. From a business perspective, the interest in law enforcement is to what extent the law can be enforced on the business and what the business can do to mitigate or eliminate the risk of that enforcement.

³⁾ See for example Iversen, Jon, *Legal Risk Management*, Forlaget Thomson, 2005, where legal risk management is used as another word for corporate governance and compliance. See also www.proactivelaw.org.

⁴⁾ <http://en.wikipedia.org/wiki/Risk>

⁵⁾ A legal relation can be defined as a relation, which entails rights and or obligations that can be enforced through the Judiciary. An important legal relation exists between the state and its nationals, which is fundamental for the legal existence of both natural and legal persons. The relation with the state as such enables Persons to establish legal relations with other Persons under the rules of the legal system.

⁶⁾ The legal sanctions are, however, not necessarily the only sanction to take into account. Most Persons are vulnerable towards especially unfavourable commenting, which is enforced through markets.

1.3. Managing Legal Risks

The treatment of risks may involve transfer, avoidance, reduction (mitigation) and acceptance of the risk. Outside of contractual relations, avoidance through compliance is the path to pursue in order not to infringe the law. Transfer of legal risk through insurance is usually not an option, as it is likely to conflict with public order.⁷ It may be argued that acceptance and reduction (mitigation) suffers from the same problem as transfer since it unavoidably entails an acceptance of infringing the law.⁸

If avoidance is the answer in legal risk management, another question arises; is it at all possible to comply with the law? Legal compliance may be a costly affair. A business must employ or contract with legal counsel to ensure that every step is taken in accordance with legal requirements. For that reason corporate governance and compliance programs may be of great value. It should be emphasised that such requirements also apply to small and medium sized businesses, which may have a chilling effect on entrepreneurship.

Another question concerns the available means of avoidance. A business can choose to refrain from marketing and sales, which on the other hand would take away some of the defining characters of a business. The business must thus find a source of wisdom that can provide correct answers to legal questions. This requires knowledge of the law and of the particular circumstances. Courts are dealing with particular cases in the light of the law. A court decision is correct – provided it is not overruled by a higher ranking judgement. Unfortunately courts are usually not giving advice to businesses – they usually deal with actual conflicts.

To get legal advice, the business may use in-house counsel or other legal advisers. To some extent it is also possible to obtain assistance from public authorities. These sources of wisdom may, however, not be able to foresee how the court eventually will perceive a particular case. Based on sources of law, the counsel may reach a well-argued answer to legal issues. Everybody experienced with legal advice knows that, except for clear-cut cases, uncertainty is a factor – which is usually reflected in reservations accompanying legal notes. Corporate governance and compliance programs do not provide a solution to this imperfectness.

⁷⁾ If a business chooses to have a note drawn up by a lawyer, it could be perceived as a transfer of risk, as the lawyer and his insurance company may be liable in case of certain errors in the note.

⁸⁾ This is not to say that such considerations are not in fact taking place in businesses.

In this light, it could be argued that avoidance of risk through legal advice is merely a means of mitigation rather than avoidance. Such a conclusion would, however, mean that the most common means of risk-avoidance is merely a means of risk mitigation, which may, as discussed above, be in contravention of public order. Or the conclusion could be that risk mitigation is an accepted means of legal risk management. If the latter conclusion is true, it leads to the question of which degree of risk mitigation should be applied.

On a sliding scale, mitigation lies between the extreme ends of acceptance and avoidance. If acceptance is unlawful and avoidance is impossible, the proper solution to legal risk management must be found in risk mitigation. Under these circumstances, it can be argued that legal risk management is about risk mitigation, including risk avoidance to the extent possible.

1.3.1. Cost-Benefit

It could be argued that a business should apply a cost-benefit approach to the management of legal risks. Why should a business deal differently with legal risks than with other commercial risks? The answer is probably found in the obvious statement that it is unlawful to break the law. Even an attempt to break the law is usually unlawful. On the other hand, it may be argued that by attaching sanctions to the law, infringement is assumed. In this context, it is assumed that the legal or natural person has chosen to comply with the law.

It seems that legal risk management as a cost-benefit approach is incompatible with the assumption that the law is to be complied with. This is in particular true for the situation in which a business is well aware of the unlawfulness of a particular transaction, but carries it out because it is the most profitable option. The cost-benefit analysis may be defined as the process of weighing the total expected costs against the total expected benefits of one or more actions in order to choose the most profitable option.⁹ The cost-benefit analysis applied to legal risk management would entail that a business should break the law if it is more profitable than complying with the law.¹⁰

The cost-benefit analysis may be of interest in connection with examining whether the law is properly sanctioned. In general, and from an economical point of view, it could be assumed that the law is properly sanctioned and thus keeping the illusion that nobody can benefit from breaking the law. This as-

⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Cost_Benefit_Analysis

¹⁰ The cost-benefit analysis entails a number of difficulties in particular related to calculating probability, potential loss and reliability of legal advice. It does, however, not change the fact that the business must find a way to deal with uncertainties and thus risks.

sumption works perfectly when the law is examined in general, i.e. in connection to determining what the law is. In practice, however, businesses do not have unlimited resources. Even when the business has chosen to comply with the law, it may have several choices on how to deal with a particular legal risk. The choice could for example be between using the broadly trained in-house counsel or an external jurist. The later option is usually more expensive, but usually also more reliable. The business should go for the most profitable choice – whatever that is?

1.4. Legal Risk Management and Research

The focus in legal research is usually concentrated on finding the law by analysing sources of law. That is to deal with the law in the same way the judiciary does, but notably without having particular, factual circumstances. Research within legal risk management should focus on identification and/or mitigation of legal risks. In order to do so, the research should take the viewpoint of particular interest (certain assets). It may for example be the viewpoint of a business, a natural person or another entity. One of the benefits of maintaining a particular focus is that the research is easier to implement in real life. An approach can be to provide a standardised scenario, which may be useful to delimit the scope of the research. A delimited scope can make it easier to deal with different areas of law and thus explore law in a broader perspective. One approach could be to provide a test set-up.¹¹

Corporate governance deals with the method by which a corporation is administered, and it deals with the laws and customs affecting that administration.¹² Compliance refers to systems to ensure that personnel are aware of and take steps to comply with relevant laws and regulations.¹³ Compliance or compliance programs may thus be measures to be taken under corporate governance. Both concepts may be perceived as measures under legal risk management.

Legal risk management can be considered from three perspectives or layers. The first layer is the organisation layer, which deals with the practical elaboration and implementation (management) of legal risk management strategies (e.g. compliance programs). The second layer concerns the economical rationale behind decision taking. The third layer is invoked as a base for assessing legal risk and elaborating alternative legal strategies. These layers involve organisation theory, economic theory and legal theory. It is difficult for all re-

¹¹⁾ See for example Trzaskowski, Jan, *Legal Risk Management in Electronic Commerce – Managing the Risk of Cross-Border Law Enforcement*, Ex Tuto Publishing, October 2005, www.legalriskmanagement.net.

¹²⁾ http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_governance.

¹³⁾ http://en.wikipedia.org/wiki/Compliance_%28regulation%29.

searchers to involve all aspects and legal risk management thus calls for multidisciplinary cooperation in research.

PPP and Public Service Broadcasting

Christina D. Tvarno

1. Introduction

Today, Public private partnership (PPP) is an often used solution in many EU Member States, and EU-law has increased the possibility of using PPP, particular with the 2004 EC-procurement directive¹ and the European Commissions Green paper.²

PPP is a procurement model in which public and private parties collaborate in finding the most efficient solution – in most cases financed by the private party.³

Earlier in the use of PPP has been focused on the construction industry and infrastructure projects, but now the question arises, whether other public sectors can benefit from the PPP experience and how PPP can be used as possible business solutions.

¹⁾ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, Official Journal L 134 , 30/04/2004 P. 0114 – 0240.

²⁾ COM (2004) 327 final, Brussels, 30.4.2004, Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions.

³⁾ For further definition of PPP, see subsection 4 below.

1.1. Theme and purpose

1.1.1. *The theme*

This paper will consider the use of PPP between public service broadcasting⁴ and private partners in the mobile sector. The possible need for PPP in this area is a result of several conditions.

First, small Member States in EU, measured by population, have a limited market capacity for mobile services.⁵ This concerns e.g. Denmark, the Netherlands, Belgium, Malta and Slovenia. These markets cannot create a rentable income, for mobile-service companies, on information on the national languages because the cost of producing the information is too high and the amount of users is too low.

Second, if the market itself can not generate national information the future the situation could be no access to information on mobile phones in e.g. Danish or Dutch. From a cultural and a public service perspective this is not a desirable situation.

On one side the problem concerns both a cultural and linguistic problem, and hereby also a democratic and social problem, on the other side it is an economic problem concerning the small demand for information on mobile phones in these Member States.

Third, all these small Member States have public service broadcasting with a large sums of information and content in the national language. But this information is financed by state funding.⁶

Fourth, the cost of transferring the information and content to a mobile platform is another problem. This transfer requires technical development which again results in technical development cost. The payment of these costs must not be in conflict with the State aid rules in the EC-treaty.

This situation could be solved by using the EC procurement rules to secure that the competitions rules and the rules concerning State aid are not violated.

In this sector PPP are in focus as an engine for business development in the network society in small markets limited by linguistic characteristics society.

⁴⁾ For further definition of public service broadcasting, see subsection 3 below.

⁵⁾ For further definition of mobile services, see subsection 2 below.

⁶⁾ State funding can either be financed out of the State budget or through a levy on TV-set holders.

These Member States may benefit from new relationships between public and private enterprises. PPP should not be seen as the traditional customer/supplier relationship but as a new model for close cooperation and a win-win situation for the public and private partner.

The procurement directive⁷ has set up a procedure to handle complex arrangement involving cooperation between the public partner and the private partner, the Public Private Partnerships, PPP. By using PPP the public service broadcaster and the private parties in the mobile sector can set up a developing model to secure a solution or platform for this legal, economic, linguistic and cultural problem.

1.1.2. The purpose of the paper

The purpose of this paper is to discuss and consider the options, barriers and possibilities within this interdisciplinary technical, economic and legal framework primarily from a legal perspective. The paper also will seek to use actual experiences with PPP in Denmark and Great Britain and outline some guidelines in using PPP in the public service broadcasting sector.

2. Mobile services

Mobile services have become more important since the citizens in the Member States are adopting advanced wireless devices not only for telecommunication but also for advanced data services. A mobile service company, who is already holding a concession on delivering certain content, needs new solutions to fulfill these requirements. One problem is the high amount of cost in producing the information and content on the national language.

Another problem is the European competition regulation and State aid rules which result in both challenges and barriers. These rules results in a rising number of conflicts between commercial interests and public service obligations.

The expected market for sale of information and entertainment via new mobile distribution platforms provokes conflicting interests between private media companies and public service broadcasters.

⁷⁾ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, OJ L 134 , 30/04/2004 P. 0114 – 0240.

In the area of new media, the technical concept and the distribution platform are integrated elements of the product.

In small national markets limited by linguistic barriers the market capacity can not pay for original content production and distribution on new platforms, and partnerships between publicly-funded content owners and private technology partners therefore can be the only way to create interactive services on new platforms.

Partnerships between different actors could be a model to develop the platforms but only a few service providers are able to control all links in the chain from content creation and concept design over production, packaging and distribution.

3. Public Service Broadcasting

This paper concerns a situation in which a public service broadcasting company, financed by State funding, can share or sell information and content made by State funding to the private mobile service sector to secure national information on mobile units.

It is not the purpose of this paper to conclude whether the case of public service broadcasting and mobile services case will be considered State aid in every single possible situation in the Member States but to set up a legal frame concerning this subject.

According to the Commission,⁸ broadcasting⁹ has undergone important changes caused by the abolition of monopolies, new competitors, technological development and competition in general.¹⁰

The EU rules concerning public service broadcasting is to be found e.g. in the EC-treaty article 86(2), 16 and 151.¹¹

⁸⁾ Communication from the Commission on the application of State aid rules to public service broadcasting, (2001/ C 320/04).

⁹⁾ In 1995 it was accepted that the development and competition in EU implied the public service term should be redefined and since the pressure has increased on the public service system both in Denmark and other Member States caused by the electronic Media.

¹⁰⁾ Communication from the Commission on the application of State aid rules to public service broadcasting, (2001/ C 320/04, section 1).

¹¹⁾ *Regarding article 151, subsection (1) shall the Community:* "... contribute to the flowering of the cultures of the Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore."

According to article 86(2)12, article 16 in the EC Treaty and the declaration no. 13 in the Amsterdam Treaty Public Service Broadcasting is defined as service of general economic interest as stated in article 86(2) which is the key provision in the treaty concerning public service broadcasting.¹³

According to the general EC-principle of subsidiarity and The Amsterdam Protocol no. 32 the Member States are defining the content of public service.

Thus, the definition of the public service mandate for broadcasting falls within the competence of the Member States.¹⁴ The definition of the given nature of the broadcasting nature must be wide as long as it will be "consistent with the objective of fulfilling the democratic, social and cultural needs of a particular

Regarding article 151 subsection (2) action by the Community shall "... be aimed at encouraging cooperation between Member States and, if necessary, supporting and supplementing their action in the following areas:

- improvement of the knowledge and dissemination of the culture and history of the European peoples,
- conservation and safeguarding of cultural heritage of European significance,
- non-commercial cultural exchanges,
- artistic and literary creation, including in the audiovisual sector.

¹²⁾ Article 86

1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article 12 and Articles 81 to 89.

2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.

3. The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States.

¹³⁾ See also Communication from the Commission on the application of State aid rules to public service broadcasting, (2001/ C 320/04, section 9). Article 86(2) is confirmed by article 16 in the EC treaty, concerning services of general economic interest.

Article 16

Without prejudice to Articles 73, 86 and 87, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their missions.

¹⁴⁾ See also Communication from the Commission on the application of State aid rules to public service broadcasting, (2001/ C 320/04, section 33).

society and guaranteeing pluralism, including cultural and linguistic diversity.”¹⁵ This definition can hereby include services as on-line information services if this service is fulfilling these same goals.¹⁶

In The Amsterdam Protocol no. 32 the European Union recognized the democratic, social and cultural role of public service broadcasting and its contribution to preserving media pluralism.¹⁷ Therefore the Member States have the competences to define the remit, the organization and the funding of public service broadcasting. Public service broadcasting is therefore defined in the national rules in the Member States in EU.¹⁸

The EC-treaty article 87(1)¹⁹ concerns the State aid rules which also apply for public service broadcasting. If all the conditions according to article 87 (1) are served the situation will be defined as State aid.

The increased competition in the field of radio and television has led to an increased concern from the private broadcasting companies. The private broadcasters have complained to the Commission because of violation of article 87 made by State funded companies.²⁰

In the case Philip Morris Holland v Commission²¹ the EU-Court of Justice has observed that “When aid granted by the State... strengthens the position of an undertaking compared with other undertakings competing in intra-Community trade the later must be regarded as affected by that aid.”

¹⁵⁾ Communication from the Commission on the application of State aid rules to public service broadcasting, (2001/ C 320/04, section 33).

¹⁶⁾ Communication from the Commission on the application of State aid rules to public service broadcasting, (2001/ C 320/04, section 34).

¹⁷⁾ See also COM (2000) 580, p. 35.

¹⁸⁾ In Denmark the definition is stated in Act no. 1052 of 17. December 2002, regarding radio og TV.

According to the Danish radio and television Act section 10 the Danish public service broadcaster “DR” is committed to supply the Danish population with a broad supply of programmes and services with a high standard in quality, in Danish language and concerning Danish culture, not only at the traditional radio and television but also at the internet etc.

¹⁹⁾ Article 87:

1. Save as otherwise provided in this Treaty, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market.

²⁰⁾ 2001/ C 320/04, section 3.

²¹⁾ Case 730/79, (1980), ECR 2671, section 11.

Thus, State financed public service broadcasting can be defined in general as having an affect in the trade and the competition in regards to the acquisition and sale of programme rights at an international level.²²

In the case *FFSA and Others v Commission*²³ the EU-Court of Justice has stated that any transfer of state resources to a certain undertaking has to be regarded as State aid if all the conditions for the application in article 87(1) are fulfilled.²⁴

Article 86 (2) must be interpreted restrictively and the Court has clarified that following conditions must be fulfilled:²⁵

- “1. the service in question must be a service of general economic interest and clearly defined as such by the Member State (definition);
2. the undertaking in question must be explicitly entrusted by the Member State with the provision of that service (entrustment);
3. the application of the competition rules of the Treaty (in this case, the ban on State aid) must obstruct the performance of the particular tasks assigned to the undertaking and the exemption from such rules must not affect the development of trade to an extent that would be contrary to the interests of the Community (proportionality test).”

Another legal framework concerning public service broadcasting is the directive on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities.²⁶ The directive concerns public service broadcasting and constitutes the legal framework for television broadcasting on the internal market.

²²⁾ 2001/ C 320/04, section 18.

²³⁾ Case T-106/95, (1997) ECR II-229. Also see *SIC v Commission*, [2000] ECR II-2125 and *C-332/98, France v Commission*, [2000] ECR I-4833.

²⁴⁾ See *C-303/88, Italy v Commission* [1991] ECR I-1433, paragraph 27; *C-156/98, Germany v Commission* [2000] ECR I-6857, paragraph 33.

²⁵⁾ Communication from the Commission on the application of State aid rules to public service broadcasting, (2001/ C 320/04, section 29).

²⁶⁾ Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, OJ L 202 , 30/07/1997 P. 0060 - 0070 .

4. Public Private Partnership (PPP)

Public Private Partnership²⁷ is a new way of implementing a contractual arrangement between a public and a private party in which both the public party and the private party benefit from the contractual relationship and the private party often takes part in the financing of a part of the project or in the full project.²⁸

Another definition is the relatively long duration of the relationship. This period normally is 20-30 years. The strong involvement of cooperation between the public partner and the private partner is also a special characteristic of PPP.

The public party defines the needs and objectives of public interest, the quality of services and the pricing policy. The private party is responsible for design, completion, implementation and funding. But again the parties collaborate in finding the optimal solution.²⁹

Public Private Partnership is used when the project is difficult to define and when the public party needs an arrangement in which the level of co-operation is high – to secure the definition of the project, compared to a normal agreement, in which the level of co-operation is lower.

Public Private Partnership is a combination of the often used partnering contract - used in the construction industry - and the public partnership contract - used in service contracts between a public and a private party. Both types of contracts are being used today in the EU Member States when a public party wants to buy or outsource e.g. a construction project or a service to a private party on a contractual basis.³⁰

²⁷⁾ Also known as PPP, PFI, BOT, DBO, DBFO, BOO. Denmark use the term OPP.

²⁸⁾ The method of funding the project often results in means of complex arrangements between the parties. Sometimes public funds may be added to private funds but normally the funding and investments are private, see COM (2004) 327.

²⁹⁾ COM (2004) 327.

³⁰⁾ When a public party is contracting with private parties, there are several rules to be followed – to avoid State aid, to ensure competition and correct procurement procedures. This paper will not reflect on Public Private Partnerships and the procurement rules but instead the paper is focused on the Public Service broadcasting use and need for Public Private Partnership.

Using a partnering or a partnership contract in purely private arrangements can be done without regard to the law because the private parties can agree on what they want. This is a general rule in all the Member States in the EU.

In Denmark the use of PPP is only in its beginning and few projects are in progress.³¹ Both partnering and public partnership on the other hand is seen as a serious alternative to traditional contracts between public and private parties. If this development continues, the use of PPP in Denmark will increase in the near future.

Examples from Denmark

E.g. a school in Trehoeje County, a highway in South Jutland County, a pilot project concerning a tunnel or bridge in Frederikssund County, a pilot project concerning a prison in the Eastern Sealand.³²

In Great Britain the use of PPP is higher. For more than 20 years the public sector in Great Britain has used these alternatives to traditional public contracts and normally with great advantage. In Great Britain PPP is often used in construction and infrastructure projects.

Some of the first PPP projects in Great Britain were arranged in 1996 by the Public Private Partnership Programme, the 4ps.³³

Examples from Great Britain

E.g. the Stoke Bentilee joint service centre. The Bentilee estate in Stoke was Europe's largest council housing estate with a population of over 12.000. The area needed investments and regeneration. The Stoke Bentilee started a PFI scheme with the intention of developing a partnership between all relevant public sector agents and private parties through PFI with the purpose of improving the service delivery, modernising the local government and include stakeholders as neighbours, the local police etc. in the process.³⁴

E.g. the London Borough of Harrow's project of finding solutions to use new technology to improve the efficiency and effectiveness of the Revenues and Benefits sections by an OJEC procurement notice. The key features of the solution: Upgrading London Borough of Harrow's technology and workflow system

³¹⁾ The Danish State has set up a sum of 6 million Dkr. for a period of three years to promote the use of PPP in Denmark. See The Danish Government Programme on PPP from January 2004.

³²⁾ See The Danish Government Programme on PPP from January 2004, p.18.

³³⁾ The 4ps was initiated by the Local Authority Association in England and Wales and has all-Party support. It was launched in April 1996 with the purpose of identifying and assist in delivering "pathfinder" projects key sector areas e.g. education, social services, IT, etc. which can be used as models by other local authorities.

³⁴⁾ See Public private partnerships programme, 4ps guidance and case study, soft market testing exercises and how to undertake them www.4ps.gov.uk.

to ensure it meets the required service standards. The private party was in this case Unisys Information Services Group.³⁵

4.1. The development in PPP

PPP can be defined as a one out of several new types of collaboration between public and private parties. These contracts can be categorised to three types: Partnering, public service partnerships and PPP with private investments.

The new collaborations are a direct effect of the globalisation in general and the demands for public services. Globalisation makes the world smaller through development, use of information technology and the internet. The consumers now have access to all kinds of information.

Whatever their nationality, consumers want the same kind of life style and desire the same kinds of products and public service.³⁶

Globalisation causes companies to find new ways of competing by entering into joint ventures and strategic alliances and the partnering agreement was invented to support the new types of private collaboration.³⁷ The public sector adopted partnering collaboration in the latest part of the 20th century.

The reason was that governments in the EU Member States had the same problems as the private industries. Citizens in all Member States want higher quality and better service but wish to pay less in taxes. Therefore the national governments needed to find ways of serving citizens with higher quality and at the same time reduce taxes. Accordingly partnering, partnership and Public

³⁵⁾ Public private partnerships programme, 4ps guidance, Update of the Harrow case study: A private finance initiative (PFI) procurement for a document image processing and workflow service, 2000, 83 Victoria Street, Westminster, London.

³⁶⁾ Kenichi Ohmae, The Global Logic of Strategic Alliances, Harvard Business Review, march-April 1989.

³⁷⁾ Yves L. Dos og Gary Hamel, Alliance Advantage, The art of creating value through Partnering, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 1998, Preface, p. 9 and Introduction p. 15.

Companies found new types of business strategies by creating the concept of co-operation. Companies could now ensure a higher quality in the product, decrease the cost of R&D, information technology, sale and distribution and increase their competitive capacity.

The motivation for making a strategic alliance was and still is to make business arrangements which create dynamism, collaboration and mutual learning among the parties. Therefore initial agreements have less to do with success than adaptability to change in the market and in consumer needs. Globalisation and the new business strategies created another need: a new type of contract. The partnering contract used today in many Member States in the private industries in the EU fills this need.

Private Partnership became relevant in the public area because the purpose was higher quality at a reduced price.

The new types of collaboration between a public and a private party can be characterised as shown in figure 4.1.A:

Figure 4.1.A: Different types of public/private collaboration contracts

	Performance	Duration	Investment
Partnering	Advice Architecture Works – Buildings, bridges and roads	Short: - Contract runs until building is finish	Public party
Partnership	Services Operation Maintenance	Medium: Normally 5 years Then the procurement process begins again	Public party
PPP	Advice Architecture Works - Building Services Operation Maintenance	Long: Normally 25-30 years The private party has to regain the investment	Private party – 100 % or a lower share

Source: C. Tvarnø³⁸

³⁸⁾ Christina D. Tvarnø: Public private partnership in the European Union, The new procurement directives, 2005, p. 183-194.

The partnering concept was in the beginning used in private building agreements.³⁹ The use of partnering in private building industry increased the positive results and the concept moved to the public building sector and afterwards to the public service sector. Here the name changed to partnership but with the same purpose and content and still with public financing.⁴⁰

In Denmark a number of public partnering and partnership arrangements have been carried out within the highway sector, the school sector and the hospital sector and more will follow.

In Great Britain a larger number of public partnering, partnerships and the Public Private Partnership arrangements have been carried out within the school sector, the prison sector, the defence sector and the highway and railroad sector.

Public Private Partnership is used in Germany, The Netherlands and in Austria and the demand for Public Private Partnership is increasing in the new Member States because of lack of public funds.

The basis of partnering is collaboration and the parties seek to follow obligations as:⁴¹

- The parties optimise the transaction, which means they optimise joint utility and not only their own utility.
- The parties share all information. They have open books and calculations.
- The relationship is built on co-operation and trust.
- At the beginning of the relationship
- The parties do not know the final product. Instead the parties' needs are in focus.
- The process is more important than the product, because by the process it is possible to create the best and most efficient product.
- The parties share the responsibility and cost of failures.

³⁹⁾ Normally in a traditional work contract there will be four or five contracts between the building owner, the adviser, the building contractor, the architect and the engineer and other suppliers.

In a PPP arrangement there will be only one contract between the mentioned parties. All five or more parties are then negotiating the terms in the partnering contract. By cooperating they all contribute to finding the best and cheapest solution and they share the responsibility for the performance.

⁴⁰⁾ Christina D. Tvarno: Public private partnership in the European Union, The new procurement directives, 2005, p. 183-194.

⁴¹⁾ Neil Rackham, Lawrence Friedman and Richard Ruff, *Getting Partnering Right – how market leaders are creating long term competitive advantages*, McGraw-Hill, 1996. Eberhard E. Scheuing, *The Power of Strategic Partnering*, Productivity Press, Portland Oregon, 1995, James Barlow, Michael Cohen, Ashok Jasphapara and Yvonne Simpson, *Towards positive partnering, revealing the realities in the construction industry*.

The performance is based on the needs instead of the demands from the building owner and therefore the partnering contract does not state exactly what the parties should perform but how the parties will do it and the process that will lead to the best project.

The partnering contract also is based on trust, cooperation and negotiation between the parties and is used when the need for cooperation is high. The first priority is to achieve the goal of common utility. Common utility can be explained by this following example:⁴²

Farmer A lives next to farmer B. Farmer A grows corn on some of her land and leaves some of the land uncultivated. Farmer B runs cattle on all his land.

There is no fence between the two ranches, but the boundary is clear. Thus, from time to time farmer B's cattle wander into farmer A's property and damage farmer A's corn.

From a legal point of view Farmer B would then have to pay farmer A for the damage. Farmer B must also build a fence around his land to keep the cattle inside his property to ensure that future damage will not occur.

Instead of the traditional legal solution one could imagine a solution where the two farmers "fall in love and get married", combine their business interests, and maximize their joint profits. The joint profits will be highest if they build a fence around the cornfield because this is the best joint solution.

But as stated above the best joint solution requires that the parties "marry" or at least are negotiate and cooperate with common utility in focus.

This type of contract is problematic for a public party to use because of the principle of the ban on negotiation in EC-procurement rules. But nevertheless governments want to use partnering contracts because the purpose of this type of agreement is to:

- Reduce the cost and price
- Increase the quality
- Reduce the risk
- Reduce the failures
- Improve the coordination
- Share capacity with the private party

⁴²⁾ See also Cooter & Ulen, *The Law and Economic*, 4. Ed., 2004, p. 86.

In Denmark there have been many partnering contracts between a public party and private parties with regards to the EC-procurement rules.

E.g. the use of partnering in the Governments road service and plant care, The Gentofte and Oelstykke Counties has used partnering to rebuild existing county schools and to build new schools, and Copenhagen ZOO has used a partnering agreement to build the house for the giraffes.⁴³

The difference between a public partnering contract and a public partnership arrangement is only the performance. Instead of a building project, a public partnership concerns the delivery of a service, such as cleaning a school or a hospital, delivering food or operating and maintaining of public buildings.⁴⁴

As mentioned above the PPP concept is a combination of partnering and partnership in most of the known PPP projects. The main priority again is to ensure the common utility by open books, trust, negotiation and needs instead of demands and sharing the responsibility – based on negotiation and private finance.

Also PPP is characterised by long term arrangements up to 30 year, the private party takes all or a big part of the investments and both building, services and maintenance are included. PPP therefore is normally a combination of a partnering building agreement and a service partnership agreement.

First the private party builds a school under a partnering agreement. After that the private party runs and services the school, and the public party pays for the rent and the service costs, but the government provides teaching and day-care.

In a Public Private Partnership arrangement it is the private party who has all the investments in the building and the service. But the agreement is still based on the same factors as the partnering concept, which is that the parties optimise the transaction and not their own utility, share all information by open books and calculations.

A PPP therefore has more to it than just the financing part. The relationship has to build on co-operation, trust and demands so the parties can create the best and most efficient product.

⁴³⁾ Some of the partnering contracts are available on the internet – in Danish – at www.eogb.dk and some procurement procedures at www.vd.dk.

⁴⁴⁾ See also Christina D. Tværnø: Public private partnership in the European Union, The new procurement directives, 2005, p. 183-194.

4.2. PPP and the definition in the Commissions Green book

Public private partnerships and all the above mention different cooperation contracts between public and private parties are not defined at EC-level, but the European Commission has identified two types of Public Private Partnerships used in the Member States, according to in the Green paper – COM (2004) 327.

1. Public private partnerships of a purely contractual nature – which is the same as described above in section 3.
2. Public private partnerships of an institutional nature, which means that the public and private parties establish a joint public, limited company.

The Public private partnership of a purely contractual nature is the most often used solution in most Member States.

In general community law does not lay down any special rules covering the public private partnership and the question must be: How can a contract based on negotiation, cooperation, trust openness and common utility be possible within the European Union?

When a public party entrusts the provision of an economic activity – a Public Private Partnership - to a private party, then the EC-rules and principles should be followed. The rules and principles are article 43 and 49 in the treaty and the principles of transparency, equality, proportionality, mutual recognition, the ban on negotiation and the procurement directives.

Public private partnership requires negotiation and cooperation and this can pose serious problems with regard to community law. According to the European Commission, in the green paper COM (2004) 327, the new procurement directive allows the public party to use the procedure competitive dialogue, see below in section 5.1.

5. Procurement, PPP projects and public service broadcasting information and content

The public service broadcasting company can use a PPP contract is the EC-procurement rules should be followed according to the EC directive concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts,

public supply contracts and public service contracts (the 2004 EC-procurement directive).⁴⁵

When awarding all public contracts the Member States have to respect the principles of the Treaty, in particular the principle of freedom of movement of goods, the principle of freedom of establishment and the principle of freedom to provide services and to the principles deriving from the Treaty, such as the principle of equal treatment, the principle of non-discrimination, the principle of mutual recognition, the principle of proportionality and the principle of transparency.⁴⁶

If the public contract is above the thresholds the rules in the 2004 EC-procurement directive shall be regarded.

The 2004 EC-procurement directive set up a purpose provision regarding public service broadcasting in provision 25.

“The awarding of public contracts for certain audiovisual services in the field of broadcasting should allow aspects of cultural or social significance to be taken into account which render application of procurement rules inappropriate.

For these reasons, an exception must therefore be made for public service contracts for the purchase, development, production or co-production of off-the-shelf programmes and other preparatory services, such as those relating to scripts or artistic performances necessary for the production of the programme and contracts concerning broadcasting times. However, this exclusion should not apply to the supply of technical equipment necessary for the production, co-production and broadcasting of such programmes. A broadcast should be defined as transmission and distribution using any form of electronic network.”

If the development of a platform will fall under the exemption in the 2004 EC-procurement directive, provision 25 concerning “the purchase, development, production or co-production of off-the-shelf programmes and other preparatory services, such as those relating to scripts or artistic performances necessary for the production of the programme and contracts concerning broadcasting times” the rules in the directive will not be applied.

Article 16 in the 2004 EC-procurement directive concerning specific exclusions:

⁴⁵⁾ 2004/18/EC, OJ L 134, 30/04/2004, p. 0114-0240.

⁴⁶⁾ This paper does not discuss these principles and the consequences for the case.

“Article 16

Specific exclusions

This Directive shall not apply to public service contracts for:

(b) the acquisition, development, production or co-production of programme material intended for broadcasting by broadcasters and contracts for broadcasting time;

...”

If the development of the platform instead is not exempted from the directive the procurement rules could be followed. This case concerns a very complex contract and therefore it will be possible for the public service broadcaster to use PPP by regarding the procedure rule in article 29 concerning the competitive dialog.⁴⁷

5.1. PPP and the competitive dialogue in article 29

Earlier the award of public works contracts or public services contracts normally had to be either resorted to an open or a restricted procedure.⁴⁸ With the 2004 EC- procurement directive a new procedure has been known as "competitive dialogue". This procedure can be used when the public party shall be awarding particularly complex contracts.

Particular complex contracts can be cases where the contracting body is objectively unable to define the technical means that would best satisfy its needs and objectives, or in cases where it is objectively unable to define the legal and/or financial form of a project.⁴⁹

According to the 2004 EC-procurement directive, article 29(1) the Member States in case of particularly complex contracts, may provide

“...that where contracting authorities consider that the use of the open or restricted procedure will not allow the award of the contract, the latter may make use of the competitive dialogue in accordance with this Article.”

⁴⁷⁾ The other types of procurements procedures will not be handled in this paper but is available as alternative procedures as well.

⁴⁸⁾ Directives 93/37/EEC and 92/50/EEC. Under certain conditions, recourse to the negotiated procedure sometimes was possible.

⁴⁹⁾ COM (2004) 327, section 25.

When awarding a PPP contract by the procedure of the competitive dialog the contract shall be awarded on the sole basis of the award criterion for the most economically advantageous tender, according to article 29(1), and the public party shall set up the needs and demands in the notice document, according to article 29(2).

The public party opens a dialogue with the tenderers, after the selection in accordance with article 44 to 52. The aim of the dialogue is to identify and define the means best suited to satisfying the complex needs of the public party.⁵⁰

The public party may discuss all aspects of the contract during this dialogue as long as the public party ensures equality of treatment among all tenderers according to article 29(3).⁵¹

When the dialogue is concluded the tenderers submit their final tenders based on the solution specified during the dialogue, see article 29(6) and the public party then assess the tenders on the basis of the most economically advantageous tender, according to article 29(7).

According to the Commission the competitive dialogue will provide the necessary flexibility in the discussions with the tenderers on all aspects of the PPP contract during the set-up phase. One the same time this procedure will ensure that the dialogue is conducted in compliance with the principles of transparency and equality of treatment, and the EC-Treaty principles.⁵²

5.2. PPP, competitive dialogue and public service broadcasting

It is only possible to give a private party the incentive to build e.g. a school in a PPP project if the public party e.g. the local government will use the school in that many years it will take to gain the investment back for the private party. Otherwise the school will not be build because the public party can not invest in a school in this situation.

The public service broadcaster and the small national market for information have the same problem as in the school example above.

⁵⁰⁾ See also COM (2004)327, section 25.

⁵¹⁾ Contracting authorities may not reveal to the other participants solutions proposed or other confidential information communicated by a candidate participating in the dialogue without his/her agreement, also according to article 29(3).

⁵²⁾ See also COM (2004)327, section 25.

The public service broadcaster have the information and the content but do not have a technical platform to transform this information to mobile phones etc. and the public service broadcaster can not use State funding to create this platform.

The private party will only create a platform to transfer the public service information if the private party knows that the information will be delivered from the public service broadcaster in that many years it will take to gain the investment back.

The public service broadcaster has in this case the exactly same problem as the local government has in the school situation. If PPP is a accepted solution for building schools, it must also be an accepted solution for creating information technology platforms.

By using the competitive dialogue in a PPP contract it will be possible to secure the regarding of the general procurement principles, the demands for the tenderers and the private market conditions and at the same time secure particular complex contracts.

Compared with the special provision regarding public service broadcasting in the 2004 EC-procurement directive the competitive dialogue seems to be a useful solution to the complex problem concerning the mobile services.

By using the procurement rules the public service broadcasting company can set up a procedure that secure the competition and do not conflict with the State aid rules and at the same time set up a business model that ensure the optimal outcome of a platform to transform the information and content from the public service broadcasting to the mobile medias.

6. Recommendations concerning the use of PPP in the public service broadcasting sector

Public Private Partnership is undoubtedly here to stay, and the demand for and use of PPP will increase. The 2004 EC-procurement directive has allowed the use of PPP and the use of PPP has in the last years increased in the construction industry, but the use of PPP in other sectors is on its way – one of these sectors could be public service broadcasting.

The competitive dialogue set up a procedure to handle complex contracts between public and private parties and can create better business solutions in different sectors.

Competitive dialogue should give the public party the opportunity to hold discussions with the private parties in order to identify the best solution. The competitive dialogue should then make it possible to use the Public Private Partnership model according to the European Commission.⁵³

However, it has not yet been clarified if, how and when a public service broadcaster can enter into a PPP with a private mobile operator and make public funded content available without colliding with EU State aid, competition, and public procurement rules.

But by using the procurement rules and combine the rules with a business model as PPP it should be possible to avoid conflict interest between private media companies and public service broadcasters and at the same time secure the possibility to sale and buy national information and content on mobile distribution platforms. By using PPP it can be possible to set up a technical distribution platform between a public service broadcaster and a private mobile service provider.

Right now there is a market failure in the mobile service sector since the market capacity in small national markets can not pay for national information and content on mobile phones

By set up a PPP-model this market failure can be removed and at the same time PPP will secure an efficient way to create interactive services on mobile platforms because PPP is based on joint utility, shared information, open books and calculations, co-operation and trust, needs instead of demands, process instead of product and shared responsibility.

A PPP-model will give the public service broadcaster and the private market for mobile services an opportunity to allocate the resources more efficient in the same way as in a school project. Neither the competition and State aid rules nor the procurement rules should prevent an optimal allocation of resource in the attempt of creating competition.

At the same time the Member States has considered the EC procurement rules unclear concerning the use of PPP in general and as a result the rules are not used in the same way in different Member States.⁵⁴ This creates uncertainty about how to use and when to use PPP. In some situations it may be easier not to use a public private partnership because the transaction costs are simply too high.

⁵³⁾ See COM (2004)327.

⁵⁴⁾ See COM (2004)327.

The Commission in this case also may have to pay regards to the consideration to competition and equal treatment compared to the lack of national information on mobile phones in the small Member States.

Pensionsjura på CBS?

Lennart Lynge Andersen og Lisbeth Faurdal

1. Temaet

Den tid, hvor den enkelte borger kunne påregne at blive forsørget gennem hele livet - typisk af familien¹ og staten - er ved at være en saga blot. Navnlig alderdommen er reelt blevet privatiseret, når det gælder økonomien. Pensionsområdet har derfor fået langt større opmærksomhed, og det er klart den vej, det går. Det kan godt være, at danskerne taler om realkreditbelåning ved middagbordene, men flere og flere er ved at blive klar over, at man ikke bør vente til det fyldte 67. år med at se på de mange papirer fra pensionskasse eller -selskab.

Selv om projektet befinder sig i den indledende fase, er formålet med denne artikel at redegøre for en række overvejelser, vi har haft på Center for kreditret og kapitalmarkedsret om indførelse af et pensionsfag på Handelshøjskolen i København. Vi vil navnlig styrke pensionsjuraen på universitetsniveau, og vore integrerede studieformer burde i særlig grad være velegnede. Sigtet med etableringen af CKK i efteråret 2003 var bl.a. en intensivering af forskningen i de finansielle virksomheders liv, såvel i henseende til virksomhedernes struktur som til kundeforholdene. Da vi nu er flere på centeret med (bl.a. praktisk orienteret) interesse for pensionsområdet, har vi overvejet, om pensionsområdet er relevant i forsknings- og undervisningssammenhæng? Hvorledes kan vi

¹⁾ Lennart Lynge Andersen og Henrik Juul: Hvor går lånerne hen? (2005) s. 148 f peger på, at hvis den nuværende udvikling inden for realkreditbelåning fortsætter, herunder med hyppige konverteringer og afdragsfrie lån, vil konsekvensen være, at dødsboerne i fremtiden består af pensionsmidler og ikke meget andet. Realkrediten er således reelt ved at overflødiggøre dele af arvelovgivningen.

give de studerende en samlet viden på højt niveau om pensionsordninger og det danske pensionssystem?

Faget vil i givet fald være en nyskabelse i den forstand, at det hidtil ikke har været muligt i Danmark at studere det samlede pensionsområde på universitetsniveau. Derimod er der både i Århus (hvor professor Anders Grosen med stor kyndighed har sat sig tungt på stoffet) og på CBS fortrinlige kurser i pensionsøkonomi.

2. Pensionsområdet

En beskrivelse af det danske pensionssystem vil normalt tage udgangspunkt i de tre "søjler",² man også arbejder med internationalt:

Søjle 1 udgør de (lovmæssige) ordninger, hvor samfundet forventes at drage omsorg for, at alle pensionister har et minimum. De er en del af det socialøkonomiske netværk i Danmark og er undergivet en stadig skiftende lovgivning. ATP, SP og LD³ indgår i denne søjle. Søjle 2 er arbejdsmarkedspensionerne, der er kendetegnede ved at være led i et ansættelsesforhold, hvorfor der er tradition for, at hovedmanden - den kommende pensionist eller pensionisten - i vidt omfang⁴ har andre til at bestemme for sig. Det er faktisk en del af ideologien bag ordningerne, hvad enten man kan lide det eller ej, men det giver nogle grænsespørgsmål, der endnu ikke er kommet til overfladen. Søjle 3 er de private pensioner (kapital- og rateopsparinger i bank eller forsikringsselskab, livrenter m.v.), hvor "frivillighedselementet" selvsagt er større end i de andre ordninger, men hvis betydning for det samlede billede bl.a. ses ved, at samfundet via skattebegunstigelser søger at skabe incitament til opsparing. Disse ordninger er først og fremmest opsparingsordninger; man kan lige så godt spare op i et eget depot uden bindinger af nogen art, men så er man undergivet et andet skattesystem, og midlerne er i opsparingsperioden ikke undergivet den kreditorbeskyttelse, de såkaldt "særlige indlån" nyder. Derfor vælger hovedparten at spare op i skattebegünstigede ordninger.

²⁾ Se senest Økonomi- og Erhvervsministeriet m.fl.: Større valgfrihed i pensionsopsparingen (2003) s. 37 f.

³⁾ Der er tale om Arbejdsmarkedets Tillægspension, Den særlige pensionsordning og Lønmodtagernes Dyrtdsfond, der alle er lovbaserede ordninger. Indbetalinger til SP er for tiden suspenderet, medens indbetalingerne til LD fandt sted i årene 1977-1979.

⁴⁾ Se herom Jens Kristiansen i U 2005 B s. 271 ff.

Kapital- og ratepensionsordninger kan ophæves i utide (hvad der i sig selv må anses for at være en anomali) mod betaling af en afgift til staten, og ordningerne er i en række tilfælde ubundet af et ansættelsesforhold.

3. Midlerne i pensionsordninger

Midlerne i pensionsordningerne er ganske betydelige. Ser man bort fra de skattefinansierede ordninger (eksempelvis folkepensionen) er den samlede pensionsformue ultimo 2004 opgjort til 1.844 mia. kr. og det kan konstateres, at det for tiden kun går én vej, og at det går stærkt.

Af Finanstilsynets rapport "Markedsudvikling i 2004 for livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser" (2005) fremgår følgende tabel:

Tabel 10: Samlet pensionsformue fordelt på virksomhedstyper, balancetal 2003-2004 (mia. kr.)

	2003	2004	% 2004/2003
Livsforsikringsselskaber	732	810	10,7
Tvrgende pensionskasser	302	339	12,4
Firmapensionskasser	38	39	2,6
Pengeinstitutter	215	244	13,4
ATP	263	307	16,7
SP	43	46	7,5
LD	54	58	7,1
Total	1.647	1.844	12,0

Det fremgår samtidig af Finanstilsynets rapport, at 63 % af pensionsmidlerne ultimo 2004 ligger i livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser, ATP, SP og LD har 22 %, pensionsopsparring i pengeinstitutterne udgør 13 %, medens firmapensionskasser står for 2 %.⁵⁾

Man kan af den sidste kolonne i tabellen se, at den samlede pensionsformue er steget med 12 % fra 2003 til 2004.

Finanstilsynets rapport peger på, at stigningen i formuen er lavest i firmapensionskasserne, hvilket skyldes at antallet af kasser er faldende, og at en del i øvrigt er under afvikling. Denne iagttagelse er utvivlsomt rigtig, men det kan

⁵⁾ Ved bedømmelsen af det sidstnævnte tal må det selvsagt tages i betragtning, at der er tale om 2 % af 1.844 mia. kr.

ikke tages som udtryk for, at firmapensionskasserne kun er arkæologiske fænomener i pensionsretten.⁶ Tværtimod er der i disse år en række retssager, hvis udfald også får betydning ved forståelsen og fortolkningen af andre pensionsaftaler, ikke mindst spørgsmålet om, hvornår der er givet et pensionstilsgagn, smh. U 1997.1227 H. Flere andre sager er under anke.⁷

4. Nærmere om vore hidtidige overvejelser. Hvad sigter vi på?

Vi har i den seneste tid arbejdet med pensionsretlige forhold med henblik på at skabe rammerne for, at der fra efteråret 2006 kan udbydes et egentligt pensionsfag på Handelshøjskolen i København.

Formålet med faget vil være at give de studerende en samlet viden på højt niveau om pensionsordninger og det danske pensionssystem, herunder kendskab til pensionsordningers betydning for samfundet og den enkelte, skatteretten, forsikringsretten og den øvrige civilretlige lovgivning der har indflydelse på området, og samspillet mellem disse. Faget giver mulighed for efterfølgende at beskæftige sig med pensionsområdet på et højt fagligt niveau.

4.1. Den foreløbige planlægning

Med udgangspunkt i en gennemgang af både den demografiske udvikling, den skatte-, forsikrings- og øvrige civilretlige lovgivning vil de studerende få mulighed for at tilegne sig og forstå de dybere sammenhænge mellem den enkeltes økonomiske og sociale behov for pensionsordninger og den samfundsøkonomiske betydning. Også de forskellige typer af ordninger, garanti- og rentemiljøer og de mange valgmuligheder vil blive behandlet, ligesom nogle grundlæggende kontraktretlige problemstillinger vil blive taget op. Samspillet mellem de offentlige pensioner, arbejdsmarkedspensioner og de individuelle pensioner indgår ligeledes.

Det ligger klart, at der er tale om et meget stort og komplekst retsområde, der på den ene side har betydning for praktisk taget alle, men som på den anden side kun kendes af - og kun kan overskues af ganske få. Et nyt fag af denne karakter kan bygges op på flere måder. Det er - allerede på grund af stofmængden - nødvendigt at finde den mest egnede synsvinkel. Det betyder visse fravalg i opbygningen af faget, men det er klart, at der uanset tilgangsmåden vil være en række fællestræk.

⁶⁾ Firmapensionskasserne har deres egen (tilsyns)lov. Se om firmapensionskasser Peer Schaumburg-Müller: Kapitalmarkedsret (2004) s. 71 ff.

⁷⁾ Se i det store billede også U 2005.2708 H.

Der er - i hvert fald - tre nærliggende indgange:

- pensionssystemets samfundsmæssige betydning
- pension og økonomi
- pension og kunde.

Af disse indgange - men atter med en accentuering af, at der er en fælles stofmasse - har vi valgt at tage udgangspunkt i kundernes forhold. Det præger selvsagt dette valg, at faget først og fremmest vil blive udbudt til studerende på cand.merc.(jur.)- og cand.merc.(aud)linierne, og at der i forvejen er pensionsøkonomiske fag. Det ligger i vore overvejelser, at pensionssystemets samfundsmæssige betydning vil ligge latent ved behandlingen af en række problemstillinger i faget.

4.2. Vi vil på den baggrund forsøge at bygge faget op på følgende måde:⁸

A) En indledende "blok" vil omfatte sociologiske og demografiske forhold. Blokken må henføres til den almindelige viden, der er nødvendig for at tilegne sig den øvrige del af stoffet.

Stoffet omfatter bl.a. statistiske oplysninger om befolkningens sammensætning før, nu og i fremtiden, og der vil blive inddraget spørgsmål om, hvordan den typiske dansker har indrettet sig med hensyn til pensionsopsparing nu (nuværende pensionister) og fremtidsudsigterne - hvad vej går vi? Blot som et eksempel kan nævnes, at samfundet for tiden synes at gå i retning af mere individualisme, hvilket bl.a. medfører, at pensionister i fremtiden helst vil bruge alt, hvad de har sparet op, inden de dør (inkl. opsparing i fast ejendom). Denne udvikling sker samtidig med, at pensionsformuerne vokser og vokser.

Til samme blok hører den samfundsøkonomiske betydning af pensionsordningerne. Hvorledes er det offentliges indflydelse på og regulering af pensionssystemet, jf. arbejdsmarkedspensionerne, den civilretlige lovgivning og skattelovgivningen samt reglerne om efterløn. Medfører udviklingen - ikke mindst med den fortsatte og øgede udbredelse af arbejdsmarkedspensionerne - at de offentlige ydelser reelt vil blive overflødiggjort?⁹

⁸⁾ Som fremhævet i indledningen er vi stadig på et planlægningsstadium, men tingene er ved at tage form. Vi har stor glæde af at drøfte tingene med finansieringsøkonomer, og vi vil i løbet af kortere tid forelægge vore planer for et repræsentativt panel fra pensionssektoren.

⁹⁾ Derimod må drøftelser i detaljer af pensionssystemets indflydelse på finanspolitikken formentlig henlægges til andre fora. Det vil kort blive belyst, hvilke krav EU stiller til det danske pensionssystem.

B) Med den valgte indfaldsvinkel vil en vigtig blok være gennemgangen af de institutionelle forhold. Hvorledes er markedet organiseret, hvem er aftaleparterne/medkontrahenterne i en pensionsordning, og hvem er det, kunderne kontraherer med?

Arbejdsmarkedspensionsordningerne (tjenestemandspensionen, de overenskomstbaserede ordninger og firmaordningerne) udgør af de nævnte grunde en vigtig faktor. Foruden at skabe et overblik (hvad er AP-ordningerne, historisk forløb, hvorledes er pensionsinstitutterne opbygget (typer og ejerforhold), hvem bestemmer over arbejdsmarkedspensionerne?) er det vigtigt allerede på dette stade at tage fat på spørgsmålet: Hvilke valgmuligheder har den enkelte pensionskunde?

Samtidig gælder, at med den stigende "juridificering" af pensionsområdet - og den større opmærksomhed om pensionsspørgsmål - vil de aftaleretlige spørgsmål få et helt andet focus end hidtil.

C) Hvilke behov og muligheder har kunderne - blokken "produktkendskab"

Accenten må i sagens forstand lægges på en alsidig gennemgang og diskussion af de (hoved)produkter, der findes på markedet. Formålet er ikke at uddanne sælgere af pensionsprodukter - snarere kommende rådgivere - men især at give de studerende incitament til at gå videre inden for området, eksempelvis i form af en kandidatafhandling om pension og videre orientering mod denne del af arbejdsmarkedet. Faget tager ikke sigte på at erstatte bestående fag eller forsøg, eksempelvis HD 2. del-uddannelsen om finansiel rådgivning.

Blandt de vigtigste forhold kan nævnes følgende:

- Pensionsopsparingsdelen – gennemgås via pensionsbeskatningsloven og civilretlige regler
- Særlige formkrav til oprettelse i pengeinstitutter og i livsforsikringsselskaber, begunstigelsermuligheder, indbetalingsregler og -muligheder, fradragsregler (skat) og udbetalings-/afgiftsregler. Der gennemgås også forskelle på individuelle oprettede pensionsordninger og arbejdsmarkedspensionsordninger.
- Begunstigelsessystemet
- Produktkendskab - risikodelen
- Skatte- og afgiftsmæssige spørgsmål
- De offentlige ydelser/lovbestemte pensionsordninger

- Modregningsregler for de offentlige ydelser

Hertil vil - navnlig ved selvstudium - komme en juridisk delblok, hvori indgår kendskab til forsikringsaftaleloven, arveloven og lov om ægteskabets retsvirkninger. Der vil komme en gennemgang af den grundlæggende forsikringsret, eksempelvis om forsikringstager (forsikrede), indgåelse af forsikringsaftalen, helbredsoplysninger, urigtige oplysninger o.s.v. Desuden særlig vægt på afsnittet om begunstigelse samt på kreditorernes stilling.

Blokken vil endelig omfatte den ikke særlig håndfaste problemstilling: Individets behov for pensionsordninger. Tanken er her navnlig at se på en persons økonomi gennem et typisk livsforløb, herunder de risici der er for sygdom, tab af erhvervsevne og tidlig død, samt de økonomiske følger heraf for personen.

D) Gennemgang af en række spørgsmål om investering/anbringelse af pensionsopsparring til alderspension, incl. pensionsprognoser, og betydningen af omkostninger kan ikke undværes i faget. Dette skyldes, at investeringer, omkostninger og valg af rentemiljø har afgørende betydning for udbetalingerne på pensionstidspunktet.

Udgangspunktet tages i det garanterede system (grundlagsrente og bonus m.v., samt G82). Der vil ske en gennemgang af garantisystemet (herunder den historiske udvikling), set i forhold til markedsrentesystemet, og en vurdering af fordele/ulempen for kunder og selskaber.

I denne blok vil man også komme ind på nogle af de konsekvenser, de to systemer har for selskabernes investeringer og Finanstilsynets krav, bl.a. når opgørelsesrenten ændrer sig (såkaldt "rødt, gult og grønt lys"). Bonushensættelser og de nye forskellige bonussystemer som selskaberne er begyndt på, vil blive behandlet.

Herefter kan man bevæge sig til andre investeringsmuligheder i livsforsikringsselskaberne, navnlig "Unit Link"-produkterne,¹⁰ puljeinvestering og individuel anbringelse i pengeinstitutter og de helt moderne typer ("Tidspension", "Markedspension" o.l.).¹¹

Der fokuseres desuden på omkostningerne i de forskellige ordninger.

¹⁰⁾ Unit link er ordninger, hvor de investeringsmæssige beslutninger helt eller delvis overlades til den enkelte pensionsopsparer, og hvor der kan vælges mellem forskellige investeringsforeninger eller investeringsfonde, som pensionsselskabet har i porteføljen.

¹¹⁾ Det er egentligt tankevækkende, at de "gamle" produkter på pensionsområdet i alt væsentligt kun er omtalt i fagbøger fra Forsikringshøjskolen, hvorimod de nye produkter allerede er undergivet en intensiv dækning, smh. Anders Grosen i Finans/Invest 6/2005 s. 2 f med yderligere henvisninger.

E) Kundens behov – Hvorfor pensionsordning

Da kunderne er valg som fagets indfaldsvinkel, er det naturligt at se på, hvorfor der er behov for en pensionsordning. Med baggrund i den offentlige dækning, den enkeltes økonomiske og familiære situation og den civilretlige lovgivning, vil den enkelte kundes behov for dækning ved invaliditet, tidlig død og alderspension blive anskueliggjort.

F) Rådgivning

Endelig forestiller vi os en kort gennemgang af nogle hovedspørgsmål i forbindelse med rådgivning om pensionsspørgsmål.

4.3. Lærebogsmaterialet

Det er sigtet, at centeret drager omsorg for en lærebog, der kan danne udgangspunkt for undervisningen. Baggrunden herfor er, at der mangler en samlet fremstilling i dag. Desuden vil i undervisningen - og til selvstudium - blive inddraget forskellige rapporter og artikler, herunder Økonomi- og erhvervsministeriet m.fl.: Større valgfrihed i pensionsopsparingen (maj 2003 - den såkaldte "Bremerrapport"), National Strategirapport om det danske pensionssystem 2002, udgivet af en række ministerier, samt Pensionsmarkedsrådets rapporter.

I løbet af kurset vil der blive arrangeret et virksomhedsbesøg, hvor de studerende kan høre om pension i praksis og møde kyndige folk.

5. Den løbende forskning

Som nævnt i indledningen har vi overvejet, om pensionsområdet er relevant i forsknings- og undervisningssammenhæng. Hvorledes kan vi give de studerende en samlet viden på højt niveau om pensionsordninger og det danske pensionssystem? Det første spørgsmål besvarer vi uden videre bekræftende, og det andet har vi forsøgt at give et bud på i det forrige.

Hertil kommer imidlertid, at faget må følges op af en egentlig oprustning i forskningen på pensionsområdet. Det forekommer at være en oplagt statslig opgave at analysere og granske dette vigtige område, således at vi kan opnå ny viden.

Det gælder derfor om at være - og forholde sig - åbent til de problemer, der er, og hvad angår branchen, må den fortælle, hvad det er, der foregår. Det her er

ikke alles kamp mod alle, men et partnerskab mellem flere interesser. Det er således ikke én part, der skal yde noget. Det sker i et samspil mellem det offentlige, opsparene, de virksomheder, der via beskæftigelsen sørger for, at der er noget i lønposen, og de pensionsinstitutter, der via en fornuftig og hensigtsmæssig investeringspolitik sørger for, at der er tilstrækkelige ydelser til pensionisterne.

Ved siden af dette overordnede sigte ligger der en række mellemregninger:

Hvor er det offentlige sikkerhedsnet, og hvad er en rimelig pension? Hvorledes skal samspillet mellem offentlige/socialt pensioner og private pensioner være?

Hvor lang snor bør pensionsforvalterne have, når det gælder markedsføring, udbud af produkter og investeringer? Skal investeringer være etisk og/eller politisk korrekte? Tilgodeses ligestillingen?

Hvilke krav skal der stilles til produkterne - forståelsesgrad, gennemsigtighed, løbende rapportering, flytte/pensionsmobiliteten rådgivning - kort sagt kundebeskyttelsen.

Og det er bare nogle af de spørgsmål, der bør tages fat på.

Anvendelse af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv

Kim Østergaard

1. Indledning.

Min artikel i Julebogen for 2003 omhandlede i et udtalt teoretisk perspektiv de problemstillinger, der er forbundet med at skulle beskæftige sig med de to samfundsvidenskaber jura og økonomi i metodisk henseende og i særdeleshed de metodiske problemer, der skal overvindes, når der på en uddannelse som cand.merc.jur. stilles krav om at integrere jura og økonomi.¹ I artiklen blev det drøftet nærmere, at der på cand.merc.jur. studiet er mulighed for metodiske tilgange, som ikke synes indlysende på andre videregående uddannelser, men som samtidig stiller store krav til den, der vil udøve disse. I metodisk henseende drejer det sig om at integrere den valgte juridiske metode, typisk retsdogmatik med rets- og kontraktøkonomi og/eller den erhvervsjuridiske metode.

Formålet med nærværende artikel er at vise, hvorledes den erhvervsjuridiske metode eller mere specifikt kontraktøkonomi kan anvendes i praksis med henblik på at integrere økonomiske modeller og teorier i den måde, hvorpå virksomheder forhandler og konciperer kontrakter. Emnet for artiklen er muligheden for, at virksomheder kan anvende hardshipklausuler. Der er ikke inden for rammerne af nærværende artikel mulighed for at redegøre for alle tænkelige juridiske som økonomiske aspekter af anvendelse af hardshipklausuler, men derimod fremkomme med centrale elementer i juraen og økonomien, der kan indgå i beslutningsgrundlaget for, hvorvidt og hvorledes hardshipklausuler skal indgå i virksomhedens kontraktportefølje, herunder at hardshipklausuler

¹⁾ Se Kim Østergaard, Metode på cand.merc.jur. studiet, Julebog 2003, side 269 – 285.

kan virke som et relationsbevarende element i langvarige kontrakter. Der kan vel i et virksomhedsperspektiv argumenteres for, at juraen anvendes som et styringsinstrument for økonomiske transaktioner, men den erhvervsjuridiske metode bidrager til, at den juridiske styring sker på et mere kvalificeret grundlag, end hvis det blot sker ud fra almindelige godtkøbs betragtninger.

En hardshipklausul kan karakteriseres som en kontraktbestemmelse, hvorefter kontrahenterne er forpligtet til at genforhandle kontraktens indhold, idet opfyldelsen af kontrakten er blevet byrdefuld som følge af en efterfølgende udefrakommende begivenhed (og evt. intern begivenhed), som kontrahenterne ikke var i stand til at forudsige på tidspunktet for kontraktens indgåelse. Herved skabes der for den ikke bebyrdede kontrahent en forpligtelse til at genforhandle kontrakten helt eller delvist afhængig af omstændighederne med den bebyrdede kontrahent og dermed består der eksplicit eller implicit en forpligtelse til at genforhandle som følge af den påvirkning, den efterfølgende omstændighed har for opfyldelsen af kontrakten. Det bemærkes, at der ved kontraktens indgåelse er en forpligtelse til for begge parter til at indgå i en genforhandling af kontrakten. I den henseende og på det tidspunkt er der symmetri for kontrahenternes for så vidt angår forpligtelsen om hardship. Hardship vedrører således efterfølgende omstændigheder, der væsentlig påvirker opfyldelsen af en aftale, således at en opfyldelse (fastholdelse) af kontrakten bliver byrdefuld. Begrebet hardship stammer fra engelsk og kan vel bedst beskrives som værende, at en begivenhed er "byrdefuld" eller skaber "modgang". Der skal således foreligge en situation, hvor opfyldelse af aftalen for den ene eller evt. begge kontrahenter bliver byrdefuld på en sådan måde, at det væsentligt fraviger, hvad der kunne være en forventning om.

Det andet forhold, der er værd at notere, er, at indtrædelsen af en hardship begivenhed indebærer en forpligtelse til at genforhandle kontrakten. Som det omtales nærmere nedenfor under 2, er der ikke i dansk ret og efter de foreliggende oplysninger i fremmed ret i medlemsstaterne i EU en forpligtelse til at genforhandle en kontrakt, selv om opfyldelsen af en kontrakt efterfølgende bliver mere byrdefuld.² Hvad der nærmere består i forpligtelsen til at genforhandle kontrakten kan give anledning til vanskeligheder.

I artiklen under 2 gives der en nærmere omtale af det retlige perspektiv for anvendelsen af hardshipklausuler efterfulgt under 3 af en diskussion af de økonomiske modeller og teorier, som kan være relevante at overveje, når der skal argumenteres for anvendelsen af hardshipklausuler i kontrakter. Afslutningsvis drøftes det under 4, hvorledes en given virksomhed i et erhvervsjuridisk per-

²⁾ Inden for rammerne af Trento projektet i EU, hvor der arbejdes med en harmonisering af den europæiske kontraktret er et af temaerne uventede omstændigheder i kontraktretten. Inden udgangen af 2005 eller primo 2006 publiceres en bog om retstilstanden i de enkelte medlemsstater om uventede omstændigheder.

spektiv bør tage stilling til anvendelsen af hardshipklausuler. Derved er den erhvervsjuridiske metode udtalt normativ i sin tilgang.

2. Det juridiske perspektiv

Selv om der allerede på nuværende tidspunkt er sket en vis harmonisering af kontraktretten i EU, synes hardshipklausuler endnu ikke at have vakt interesse i en EU-retlig sammenhæng. Måtte der opstå en konflikt i et retsforhold af international karakter, vil det derfor være nødvendigt at tage stilling til kontraktens *lex causae*, da det er nødvendigt at udfinde de nationale materielle regler, der finder anvendelse på retsforholdet, herunder om der i fraværet af en hardshipklausul måtte eksistere bestemmelser i national materiel ret, der ved en aftalesupplering skaber en retstilstand svarende til den, der måtte følge af en hardshipklausul.

I tilknytning til vedtagelsen af den folkeretlige konvention CISG blev det drøftet at optage en bestemmelse om hardship i forbindelse med CISG art. 79, men en sådan bestemmelse fandt dog ikke indpas i konventionen. Inden for rammerne af "Commision on European Contract Law", der har professor Ole Lando som formand, er der vedtaget Principles of European Contract Law (PECL). PECL indeholder i art. 6.111 en bestemmelse med betegnelsen "Changed Circumstances". Selv om der ikke i bestemmelsen anvendes udtrykket hardship, indeholder art. 6.111(2) en beskrivelse af de omstændigheder, der karakteriserer hardship. Bestemmelsen er holdt i relative brede vendinger, og det vil antagelig volde vanskeligheder, hvorvidt en given situation kan subsumeres under den pågældende regels anvendelsesområde.³ PECL indeholder ikke nogen regulering om, hvorledes genforhandlingerne skal finde sted. Kun for det tilfælde, at kontrahenterne ikke kan nå til enighed ved en efterfølgende genforhandling, skal en domstol i overensstemmelse med principet om billighed løse sagen, jf. PECL art. 6.111(3).⁴ I UNIDROIT Principles indeholder art. 6.2. en bestemmelse, der bærer overskriften hardship. Art. 6.2.2. indeholder en nærmere fastlæggelse af, hvad der skal forstås ved

³⁾ Tilsvarende argument kan selvsagt gøres gældende eksempelvis for generalklausulen i aftl § 36, men en efterhånden righoldig retspraksis giver nogle ret klare pejlemærker for, hvorvidt bestemmelsen i en given situation kan finde anvendelse eller ej. I lyset heraf taler dette for, at selv om kontrahenterne vedtager, at PECL skal anvendes på retsforholdet, kunne det være mere efficient at koncipere en mere operational bestemmelse, der måske i videre omfang tager højde for kontrahenternes individuelle forhold.

⁴⁾ Under 4 drøftes det nærmere, hvorledes en hardshipklausul bør kombineres med en konfliktløsningsmodel, således at en domstolsløsning undgås med henblik på, at hardshipklausulen netop virker relationsbevarende. Det bemærkes, at den givne domstol skal løse sagen udfra et billighedshensyn, hvilket skaber usikkerhedsmomenter med hensyn til at forudsige resultatet af en sag.

hardship og er tæt beslægtet med meningsindholdet i PECL art. 6.111(2). Til forskel fra PECL indeholder UNIDROIT Principles en mere detaljeret i bestemmelse i art. 6.2.3. af processuel karakter om, hvorledes kontrahenterne skal forholde sig med hensyn til genforhandling, opfyldelse af aftale, tidsrummet inden for hvilket konflikten skal være løst og den evt. inddragelse af en domstol, der skal løse tvisten mellem kontrahenterne.

Den efterfølgende fremstilling er baseret på, at dansk materiel ret finder anvendelse på kontraktforholdet.

Udgangspunktet i dansk ret er, at aftaler er bindende og skal opfyldes i overensstemmelse hermed for, at der ikke foreligger misligholdelse, jf. aflt § 1, 1. pkt. og DL 5-1-1 og 5-1-2. Rigtig opfyldelse af kontrakten er dermed det altoverskyggende princip for gyldigt indgåede aftaler. Måtte opfyldelsen af en aftale blive mere byrdefuld end forventet ved aftalens indgåelse, bærer kontrahenten som udgangspunkt selv risikoen herfor, men har samtidig en mulighed for at kalkulere en risikopræmie herfor. Under visse betingelser vil der dog være mulighed for, at kontrahenten ikke er forpligtet i overensstemmelse hermed, hvis det viser sig, at den *efterfølgende omstændighed* kan karakteriseres som force majeure, eller at der er mulighed for at påberåbe sig generalklausulen i aflt § 36 om urimelige kontraktvilkår og/eller forudsætningslæren.⁵

Princippet om, at aftaler er bindende, *pacta sunt servanda*, kan ses som en forklaringsvariable på, at der ikke i dansk ret er en generel udfyldningsregel om, at der i tilfælde af en efterfølgende omstændighed er en forpligtelse til at genforhandle kontrakten, hvad enten den efterfølgende omstændighed kan karakteriseres som hardship eller ej.⁶ Efter dansk ret må kontrahenterne således positivt have formuleret en bestemmelse om en forpligtelse til at genforhandle kontrakten under nærmere specificerede forhold, hvilket kan være situationer som må karakteriseres som hardship.

Der foreligger ikke efter de foreliggende oplysninger om trykt retspraksis i Danmark, der tager stilling til spørgsmålet om kontrahenters anvendelse af hardshipklausuler, herunder fortolkningen heraf, men det følger af de almindelige principper om kontraktfrihed, at kontrahenterne selv sagt kan indgå gyldi-

⁵⁾ En påberåbelse af de stærke og svage ugyldighedsgrunde efter aflt §§ 28 – 34 må anses for udelukket i forbindelse med hardship, idet disse tilblivelsesmangler vedrører forhold i forbindelse med løftets afgivelse og dermed ikke angår efterfølgende omstændigheder. Det kan dog diskuteres om bestemmelsen i aflt § 32, stk. 2 om forvanskning ikke kan anses for en efterfølgende omstændighed.

⁶⁾ I en økonomisk kontekst indebærer princippet om, at aftaler er bindende også, at der skabes omsætningssikkerhed. Kontrahenterne forudsættes selv at kunne varetage deres interesser og kalkulere med de risici, der er forbundet med aftalen. I den henseende bygger de almindelige principper i dansk kontraktret på en adfærdsantagelse om fuld rationalitet som kendes fra neoklassisk økonomisk teori.

ge aftaler herom. Hardship er dog behandlet i den juridiske litteratur i Danmark.⁷

En nærmere retlig indkredsning af, hvilke begivenheder, der kan karakteriseres som hardship er nødvendig. Hardship begivenheder grænser op ad til mod force majeure. Selv om bestemmelserne i PECL og UNIDROIT Principles er tæt beslægtede, er der dog en væsentlig forskel i den forstand, at det af UNIDROIT Principles art. 6.2.2., litra (c) fremgår, at den byrdefulde omstændighed skal være udenfor den parts kontrol, der påberåber sig, at der foreligger en sådan situation. Dermed må bestemmelsen fortolkes derhen, at det udelukkende er udefrakommende omstændigheder, der kan påberåbes som værende omfattet af begrebet hardship efter UNIDROIT Principles. En tilsvarende betingelse eksisterer ikke efter ordlyden af PECL art. 6.111. Ved en konkret anvendelse af en hardshipklausul, hvor der ikke er reference til UNIDROIT Principles eller PECL, kan der således, hvis spørgsmålet forbigås, opstå tvivl om, hvorvidt der udelukkende kan påberåbes omstændigheder, der er udefrakommende, eller der ligeledes er mulighed for at påberåbe sig omstændigheder af intern karakter hos kontrahenterne. En manglende tilkendegivelse i kontraktgrundlaget om hvilke omstændigheder, der kan henregnes til hardship, bør dog resultere i, at udelukkende udefrakommende begivenheder kan betragtes som hardship.

Selv om der ikke efter dansk ret foreligger eksempler, på hvad der kan betragtes som hardship, er det dog på sin plads at prøve at eksemplificere situationer, hvor en domstol ville henregne den pågældende begivenhed som en hardship situation, hvorefter der under forudsætning af en kontraktbestemmelse om hardship i kontrakten, vil være mulighed for at påberåbe sig hardship som den bebyrdede kontrahent.

- 1) Der indgås en låneaftale mellem en virksomhed og en bank, hvor tilbagebetalingen af lånet sker i fremmed valuta. I de første 10 år af låneaftalens løbetid har valutaen udviklet sig stabilt, hvor der kun har været mindre udsving. Efterfølgende devaluerer den national valuta med 75 % sammenholdt med den nationale valuta, hvor virksomheden har hjemsted. Selv om der evt. kunne være mulighed for at påberåbe sig aftl § 36 eller forudsætningslæren, er det selvsagt ikke ensbetydende, at en domstol rent faktisk vil anvende disse. I en sag fra 2003 afviste Højesteret at anvende forudsætningslæren, aftl § 36 eller force majeure under henvisning til, at banken som den professionelle part var den nærmeste til at bære risikoen for, at valutaen udviklede sig anderledes end forventet.⁸ Havde kontrahenterne anvendt en hardship-

⁷⁾ Se eksempelvis Ole Lando, Billighed og redelighed som retlig standard, U.1998B.413 og Erik Werlauff, Euroens aftaleretlige betydning, U.1998B.401 og Christian Wegener, Ændrede forholds betydning for kontraktforhold: Om Hardship og hardshipklausuler, Kromann & Münter, 1998.

⁸⁾ Jf. U.2003.112H.

klausul eksempelvis med den ordlyd, der følger af PECL art. 6.111, må det antages, at den bebyrdede kontrahent ville have mulighed for at påberåbe sig hardship.

- 2) Donna Summer indgår med pladeselskabet Universal Records en pladekontrakt for én CD med en option for pladeselskabet til udgivelse af yderligere tre CD'ere. I kontrakten er der indsat en hardshipklausul, og der er oplyst nærmere om tid og sted for indspilningen af albummet. Efter kontraktens indgåelse bliver Donna Summer's forældre involveret i en trafikulykke, hvor begge afgår ved døden. Begivenheden finder sted midt under indspilningen af den nye CD. I en sådan situation må Donna Summer være berettiget til at udskyde indspilningen af den nye CD under henvisning til pladekontraktens bestemmelse om hardship.⁹
- 3) En entreprenørvirksomhed indgår en aftale med en bygherre om opførsel af en større ejendom på en netop indkøbt grund af bygherren. Entreprenørvirksomheden er 15 mio. kr. Kontrahenterne har indsat en hardshipklausul i kontrakten. Kort tid efter entreprenørvirksomheden går i gang med udgravningen af grunden støder de på en sten af en sådan størrelse, at opførelsesomkostningerne stiger med mere end 200 %. Stenen kunne kontrahenterne ved en sædvanlig undersøgelse af grunden ikke have fået kendskab til. I en sådan situation må entreprenørvirksomheden som den bebyrdede kontrahent være berettiget til at påberåbe sig den indgåede aftale indeholdende en hardshipklausul.

Da der er aftalefrihed, er det op til kontrahenterne at vælge den måde, hvorpå hardshipklausulen udformes. Kontrahenterne er som følge af, at der ikke på kontraktindgåelsestidspunktet er noget kendskab til den efterfølgende omstændighed, der kan gøre opfyldelsen af kontrakten byrdefuld, i stand til på systematisk vis i lighed med det, der kendes fra force majeure klausuler at opregne bestemte begivenhedstyper, i større omfang, begrænset til at formulere hardshipklausuler med en større grad af abstraktion. Det må dog tilføjes, at kontrahenterne i en vis udstrækning har en mulighed herfor.¹⁰ Et grundlæggende krav til udformningen af en hardshipklausul må være, at den ikke giver anledning til fortolkningsvanskeligheder. Endvidere må de retsvirkninger, der er knyttet til hardship være formuleret om end ikke andet med henblik på fastlægge proceduren for genforhandlingen, men der kunne evt. indbygges et krav om, at resultatet skal ske udfra billighedsbetragtninger. Det Internationale Handels Kammer i Paris, ICC har senest i 2003 udgivet et forslag til, hvorle-

⁹⁾ Såfremt pladekontrakten ikke havde indeholdt en hardshipklausul, kan der ikke ses bort fra en anvendelse af afl § 36 eller forudsætningslæren efter dansk ret.

¹⁰⁾ Hvor der i de fleste retssystemer, herunder Danmark er en ikke ubetydelig retspraksis om force majeure, synes det samme ikke at være tilfældet for hardship, som antagelig i praksis kunne have langt større værdi, idet der på grundlag heraf skabes såvel præjudikater som inspirationsgrundlag for, hvilke situationer, der kan henregnes som hardship.

des en sådan bestemmelse kan formuleres.¹¹ Det er karakteristisk for såvel bestemmelsen fra ICC om hardship, PECL og UNIDROIT Principles, at bestemmelserne under ét er relativt abstrakt formuleret. Dermed skal der ved en aftalefortolkning tages konkret stilling til, om den efterfølgende omstændighed kan henføres under den givne kontraktbestemmelse i kontrakten. Det må ved en udformning af en hardshipklausul overvejes, om der ikke er mulighed for tillige at opregne typer af begivenheder, der kan karakteriseres som hardship, således at en påberåbelse af hardshipklausulen ikke giver anledning til vanskeligheder. Eller med andre ord at en domstol vurderer, at en given efterfølgende omstændighed ikke kan anses for at være omfattet af hardship som følge af den meget abstrakte formulering af hardshipklausulen i kontrakten.¹²

Som nævnt indledningsvis i nærværende afsnit kan der i medfør af fraværet af en hardshipklausul som den bebyrdede part være mulighed for at påberåbe sig force majeure, afl § 36 og/eller forudsætningslæren. Disse skal ganske kort omtales nedenfor i relation til hardship.

Bestemmelsen om force majeure i kbl 24 må, i modsætning til en hardship situation, ses som en almindelig udfyldningsregel i dansk ret, der kan påberåbes inden for alle kontrakttyper, selv om kontrahenterne ikke i kontrakten har taget stilling hertil. Betingelserne for, at der foreligger force majeure er strengere sammenlignet med hardship. Der kunne vel i den sammenhæng argumenteres for, at hardship er karakteriseret ved at være efterfølgende omstændigheder, der ikke kan opfylde betingelserne for force majeure. Retsvirkningerne knyttet til force majeure er klar for så vidt angår spørgsmålet om erstatning og hæveadgangen. Er de tre kumulative betingelser, som angivet i kbl § 24 opfyldt, ifaldes der ikke erstatningsansvar. Indebærer force majeure begivenheden, at eksempelvis sælger ikke er i stand til at levere til det aftalte tidspunkt, kan kø-

¹¹⁾ Se ICC Publication 650. Bestemmelsen har følgende ordlyd: "A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if the events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. (2) Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: (a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that (b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms, which reasonably allow for the consequences of the event. (3) Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract."

¹²⁾ Da en hardshipklausul må anses for at være en symmetrisk forpligtelse, med mindre der på forhånd skulle være større risiko for, at den ene kontrahent bliver den bebyrdede part, er der i den henseende ikke noget retligt argument i den henseende for at anvende fortolkningsmaksimen om *in dubio contra stipulatorem*.

beren uagtet force majeure situationen, hæve købet, hvis der foreligger væsentlig forsinkelse, jf. kbl § 21, stk. 1. I handelskøb anses enhver forsinkelse som væsentlig, jf. kbl. § 21, stk. 3. Retsstillingen er mere kompliceret, såfremt køber ønsker at fastholde aftalen, idet kbl § 26, 1. pkt., der er en reklamlationsbestemmelse, godt nok foreskriver, at køber på sælgers foranledning skal reklamere uden ugrundet ophold, såfremt køber ønsker naturalopfyldelse.¹³ Såfremt køber angiver en tidsfrist, inden for hvilket der skal leveres, og denne tidsfrist også overskrides, indtræder der en ny reklamationssituation efter kbl § 26.¹⁴ En sådan situation kan vel indtræde flere på hinanden følgende gange, uden der er mulighed for levering som følge af force majeure begivenheden. Hvornår sælgeren ikke længere er forpligtet til at levere som følge af force majeure begivenheden er dog ikke klart, men det må vel antages, at når forsinkelsen har varet mere end seks måneder, da bortfalder kontrakten. Retsvirkningerne knyttet til force majeure er derfor ikke nødvendigvis entydig som følge af den manglende klarhed i baggrundsretten. Dette taler for affattelsen af en kontrakt, der tager højde herfor, men måske snarere, at der i lighed med hardship situationer indsættes en forpligtelse til at genforhandle kontrakten som følge af force majeure, hvis der fra kontrahenternes side er en målsætning om i videst muligt omfang at bibeholde kontraktrelationen. Dermed har kontrahenterne etableret en forpligtelse til at genforhandle kontrakten, således at der undgås en retssag med den typiske følge, at kontraktrelationen brydes for evigt.

Det følger af Aftl § 36, stk 2. in fine, at der er mulighed for at påberåbe sig aftl § 36, således at aftalen kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvist, såfremt en efterfølgende omstændighed (begivenhed) bevirker, at en opfyldelse af aftalen vil være urimelig. En anvendelse af aftl § 36 forudsætter i givet fald, at der indledes en konkret retssag med deraf følgende procesomkostninger, som økonomer vil betegne som transaktionsomkostninger. Der er knyttet potentielle forskellige retsvirkninger til en anvendelse af aftl § 36. En tilsidesættelse kan ske derved, at en enkelt eller evt. flere bestemmelser i kontrakten er ugyldig (partiell ugyldighed), at kontrakten i en enkelt situation tilsidesættes (partiell ugyldighed) eller kontrakten tilsidesættes i sin helhed (fuldstændig ugyldighed).¹⁵ Med revisionen af aftl § 36 blev der skabt mulighed for at ændre på en aftale.¹⁶ Dermed er det det materielle indhold i aftalegrundlag, der ændres,

¹³⁾ Købeloven indeholder ikke en bestemmelse om reklamation for det tilfælde, at køber ønsker at hæve købet eller kræve erstatning, som følgende af den for sene levering eller udeblivelse med leveringen. Fra retspraksis se eksempelvis U.1918.63H og U.1919.604H.

¹⁴⁾ Jf. Jacob Nørager-Nielsen og Søren Theilgaard, Købeloven med kommentarer, 2. udg., 1993, side 480.

¹⁵⁾ Jf. Lunn og Trønning i Juristen og Økonomen 1975, side 393.

¹⁶⁾ Jf. Lov nr. 1098 af 21. December 1994.

men uden at kontrakten af den grund er ugyldig.¹⁷ For den bebyrdede kontrahent indeholder aftl § 36 således flere potentielle retsvirkninger, hvis udfald først kendes, når en domstol har taget stilling hertil! Selv om der ved en anvendelse af aftl § 36 er en mulighed for at opretholde den givne kontraktrelation, er dette set fra kontrahenternes synsvinkel ingenlunde uproblematisk. For det første medgår der et ikke uvæsentligt tidsrum fra en sags anlæggelse til domstolen har truffet sin afgørelse, herunder risikoen for at sagen appelleres til en højere retsinstans, hvilket indebærer transaktionsomkostninger og evt. indskrænkninger i, at der kan kontraheres til anden side. For det andet må det fremføres, at selv om der træffes en afgørelse, hvorefter der sker en ændring af kontrakten, eller der statueres partiel ugyldighed, er der etableret en "ny" retstilstand mellem parterne, der ikke er sket på frivillig basis via genforhandling. For den bebyrdede kontrahent kan aftl § 36 anskues som en "kattelem", men det skaber ikke nødvendigvis økonomisk som samarbejds-mæssigt det bedste grundlag for et evt. fremtidigt samarbejde under ændrede betingelser.

Selv om forudsætningslæren har fået mindre betydning efter fremkomsten af aftl § 36, har forudsætningslæren dog forsat selvstændig betydning, som en mulighed for den bebyrdede kontrahent til, at kontrakten ikke får retsvirkning efter sit indhold.¹⁸ Danske domstole har således anvendt forudsætningslæren og samtidig afvist en anvendelse af aftl § 36.¹⁹ Finder forudsætningslæren anvendelse, er kontrakten ugyldig som udgangspunkt, om end retstilstanden ikke synes at være entydig.²⁰ Retsvirkningerne knyttet til anvendelsen af forudsætningslæren skaber i lighed med en anvendelse af aftl § 36 en ikke ubetydelig usikkerhed med hensyn til at forudsige udfaldet af en sag, herunder om kontraktrelationen bevares eller tilsidesættes som ugyldig i sin helhed.

Anvender kontrahenterne derimod en hardshipklausul, kan der vel være en forventning om, at der en betragtelig mindre risiko, for at kontraktrelationen ikke kan bevares.

3. Det økonomiske perspektiv

Evnen til at forudsige fremtidige begivenheder på kontraktindgåelsestidspunktet eller manglen på samme må anses som kerneområdet for hardshipklausulens

¹⁷⁾ Til illustration heraf, se U.2004.2518 V, der omtales nærmere nedenfor.

¹⁸⁾ For en nærmere omtale af forudsætningslæren og yderligere referencer, se Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 4. udg., 2001, side 190.

¹⁹⁾ Jf. U.1989.1039 H. Se endvidere U.1978.973 V, U.1987.370 V, U.1996.780 H og U.1981.1070 Ø.

²⁰⁾ Jf. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 4. udg., 2001, side 196.

anvendelsesområde i forhold til den økonomiske teori. I den sammenhæng er to begreber centrale i den økonomiske teori. Nemlig den adfærdsmæssige antagelse hos aktørerne om begrænset rationalitet, og at anvendelsen af hardshipklausuler indebærer, at der forudsætningsvis må afholdes transaktionsomkostninger.

Anvendelsen af en hardshipklausul i en kontrakt kan vel som et udtryk for, at kontrahenterne allerede på kontraktindgåelsestidspunktet har erkendt, at de er begrænset rationelle, idet kontrahenterne modsætningsvis kunne have taget højde for de efterfølgende byrdefulde omstændigheder og konciperet en komplet kontrakt, hvorved de efterfølgende omstændigheder omsættes til bestemmelser (betingelser) i kontrakten, og hvor der tages stilling til de retsvirkninger, der er knyttet til den pågældende efterfølgende omstændighed. Anvendelsen af en hardshipklausul kan fra en adfærdsmæssig synsvinkel betragtes som, at kontrahenterne har en erkendelse af deres begrænset rationalitet, men at denne anvendes konstruktivt med henblik på at minimere de økonomiske risici, der er forbundet med, at aftalen skal opfyldes i overensstemmelse med dens indhold. Såfremt kontrahenterne var i stand til at forudsige samtlige tænkelige begivenheder i fremtiden på kontraktindgåelsestidspunktet, kan kontrahenterne ikke betragtes som begrænset rationelle men derimod som fuldt rationelle, hvilket leder frem til, at kontrahenterne er i stand til at koncipere den komplette kontrakt. En adfærdsmæssig antagelse, der vel mere har værdi som en referenceramme i et teoretisk perspektiv end i en praktisk anvendelig optik. Teorien om den komplette kontrakt er derfor betinget af, at kontrahenterne på kontraktindgåelsestidspunktet er i stand til at forudsige alle fremtidige begivenheder og omsætte dette til bestemmelser i kontrakten, hvorunder alle tænkelige situationer kan subsummeres og samtidig fastlægge de retsvirkninger, der er knyttet hertil.²¹

²¹⁾ Stéphane Saussier anfører: "Complete (or comprehensive contracts can nevertheless be made, provided they take into account all the relevant information and are contingent on verifiable variables: this makes it possible to specify each party's obligations in every conceivable eventuality." i artiklen Transaction costs and contractual incompleteness, Journal of Economic Behavior and Organization, vol. 42, no. 2, 2000, side 190. Der foreligger ikke efter de foreliggende oplysninger retssociologiske undersøgelser eller andre typer af undersøgelser, der dokumenterer, at kontrakter generelt enten er komplette eller inkomplette. Et godt udgangspunkt for kontraktkonciperingen under hensyntagen til de dermed forbundne transaktionsomkostninger er en forhåndsviden om, hvorvidt den relevante deklaratoriske baggrundsret ved aftalesupplering imødekommer kontrahenternes "ønsker". Såfremt dette er tilfældet, er der vel ikke noget rationale for at gentage dette i kontrakten. Modsætningsvis må der via kontraktkonciperingen tages højde for, at den deklaratoriske ret ikke imødekommer kontrahenternes "ønsker". Såfremt baggrundsretten er ufuldstændig og/eller retstilstanden er behæftet med usikkerhed, taler dette også for, at der via kontrakten tages højde herfor, således at der via kontrakten skabes enentydig retstilstand inter partes.

Den konkrete anvendelse af hardshipklausuler vil kunne omfatte såvel ydre som indre omstændigheder, der kan bevirke, at opfyldelsen af kontrakten bliver byrdefuld.

Anvendelse af en hardshipklausul forudsætter en efter dansk ret positiv formuleret bestemmelse i kontrakten for, at den ene eller evt. begge parter kan påberåbe sig de retsvirkninger, der måtte være aftalt som følge af en hardship situation. Dermed indebærer en anvendelse af hardshipklausuler efter dansk ret transaktionsomkostninger for kontrahenterne. Selv om dansk ret skulle indeholde en bestemmelse om hardship, der ville finde anvendelse ved aftalesupplering, ville indtrædelsen af hardship indebære en afholdelse af transaktionsomkostninger, da kontrahenterne skulle genforhandle kontrakten.

Indsættes der i en kontrakt en hardshipklausul, kan dette med det foranstående i menté om en bestemt adfærdsmæssig antagelse om kontrahenterne, og at der må afholdes transaktionsomkostninger forudsætningsvis betragtes som, at der overordnet må anvendes en nyinstitutionel økonomisk tilgang.²²

I økonomisk forstand er opgaven derfor at udfinde de teorier og modeller, der kan understøtte og skabe et eller flere økonomiske rationaler for, hvorledes en hardshipklausul skal formuleres. Dermed indebærer anvendelsen af nyinstitutionel økonomi forudsætningsvis en normativ tilgang. Der er ikke inden for rammerne af nærværende artikel en mulighed for at foretage en samlet analyse og vurdering af hele den nyinstitutionelle økonomi i forhold til hardshipklausuler. I stedet vil jeg fokusere på den adfærdsmæssige antagelse om begrænset rationalitet og afholdelsen af transaktionsomkostninger, da disse to forhold umiddelbart fremstår som meget centrale og velsagtens ikke er til at komme udenom, når der henses til hardshipklausuler i et økonomisk perspektiv. Det kan eksempelvis ingenlunde afvises, at principal-agent teorien kan være særdeles relevant at anvende ligesom den økonomiske tilgang om "efficient breach of contract" modsætningsvis er funderet i et rationale om, at der ikke er nogen økonomisk begrundelse for en genforhandling af kontrakten. Et tredje og ikke uvæsentligt element er, at forpligtelsen til at genforhandle kan skabe en anderledes fordeling af økonomisk gevinst respektive tab, end det kontrahenterne ved kontraktens indgåelse havde forestillet sig. Resultatet af genforhandlingen, der vel normalt vil være et tillæg til kontrakten, mellem kontrahenterne skaber dermed en ny og antagelig anderledes økonomisk situation for

²²⁾ Dermed er neoklassisk økonomisk teori ikke relevant at anvende i forbindelse med en økonomisk tilgang til hardshipklausuler, da der inden for denne økonomiske teori retning opereres med den aktørforsætning, at der er fuld rationalitet. Havde kontrahenterne kendskab til ved kontraktens indgåelse den eller de efterfølgende omstændigheder, hvormed opfyldelsen af kontrakten kunne blive byrdefuld, var dette selvsagt ud fra denne aktørforsætning blevet omsat til en bestemmelse i kontrakten. Ydermere eksisterer der ikke på markeder, som opfylder betingelserne om perfekt konkurrence i neoklassisk økonomisk forstand transaktionsomkostninger.

kontrahenterne, hvor den ikke bebyrdede kontrahent alt andet lige vil have et mindre incitament til at indgå i genforhandlingerne end den bebyrdede kontrahent. I forsættelse heraf vil anvendelsen af spilteori være oplagt med henblik på at identificere hvorledes genforhandlingsspillet skal finde sted afhængig af, hvorvidt genforhandlingen sker fra den ikke bebyrdede eller bebyrdede kontrahent. I den sammenhæng kunne et muligt videnskabeligt genstandsfelt være at undersøge, hvorledes "genforhandlingsspillet" skal finde sted for at være mest mulig efficient.²³

I nyinstitutionel økonomi står Oliver Williamsons transaktionsomkostningsteori centralt. Transaktionsomkostningsteorien er udviklet med henblik på integration og i særdeleshed vertikal integration. Pointen i teorien er, at intern organisering kun forekommer, så længe omkostningerne herved er mindre, end hvis det efterspurgte aktiv fremskaffes via markedstransaktioner.²⁴ Transaktionsomkostningsteorien adskiller sig væsentligt fra den traditionelle virksomhedsøkonomiske teori, hvor virksomheden opfattes som en produktionsenhed, hvis omkostninger består af dels faste som variable omkostninger. I transaktionsomkostningsteorien opfattes virksomheden som et knudepunkt for kontraktmæssige relationer, hvorved omkostningerne kommer til at bestå af de omkostninger, der er forbundet med virksomhedens kontrakter. Kontrakterne er dermed genstandsfeltet frem for de omkostninger, der er knyttet til frembringelsen af virksomhedens produkter. Transaktionen er således den basale analyseenhed med hensyn til hvilken der kan skabes omkostningsminimering, men teorien skal ses i kombination med andre alternative omkostningsminimerende teorier. I lighed med at der kan ske en formindskelse af produktionsomkostningerne, kan der ske en formindskelse af transaktionsomkostningerne.

Transaktionsomkostningerne kan bruges som en økonomisk målestok til vurdering af omkostningerne ved en given transaktion. Transaktionsomkostningerne kan ikke kun ses i snæver sammenhæng med selve kontraktaffattelsen, men også som omkostninger før kontraktforhandlingerne starter, nemlig omkostningerne til at udfinde den relevante kontrahent, omkostningerne ved at forhandle, affatte og indgå kontrakten, samt omkostninger i form af overvågning (hvis mulig) og kontrol med kontraktens overholdelse og eventuel retsforfølgelse. Transaktionsomkostninger kan derfor med fordel opdeles i tre elementer, nemlig kontakt-, kontrakt- og kontrolomkostninger.

²³⁾ Efficiens må, når der henses til, at hardshipklausulen skal have en relationsbevarende funktion, være kaldor-hicks efficiens.

²⁴⁾ R. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* udtrykker det på følgende måde: "The limit to the size of the firm is where the costs of organizing a transaction become equal to the cost of carrying it out through the market."

Transaktionsomkostningernes størrelse påvirkes af to sæt af faktorer. Adfærdsmæssige faktorer i form af begrænset rationalitet og egeninteresse. For det andet transaktionsfaktorer, der vedrører selve transaktionens karakteristika. Heri indgår aktivspecifitet, usikkerhed og frekvens.

I denne sammenhæng anvendes teorien ikke som givet af opdragsgiver, men derimod alternativt, idet det tages for givet, at virksomheden ikke skal tage stilling til, om kontraktrelationen skal internaliseres eller ej. Der fokuseres således på de faktorer, der har betydning i relation til en anvendelse af en hardshipklausul. Det må dog umiddelbart afvises at anvende hardshipklausuler ved markedstransaktioner, idet disse typiske er karakteriseret ved en samtidig uveksling af ydelserne i et kontraktforhold, hvor der således ikke kan siges at foreligge en langvarig kontrakt. Interessen samler sig derfor om de såkaldte hybrider og ved internalisering.

Overordnet indebærer anvendelsen af en hardshipklausul en forøgelse af kontraktomkostningerne, men der vil formentlig i de fleste sager kunne argumenteres for, at kontrolomkostningerne ved en genforhandling som følge af hardship vil være betragtelig mindre sammenholdt med de procesomkostninger, der er forbundet med en retssag. Dertil kommer ingenlunde uvæsentligt, at kontraktrelationen opretholdes med større sandsynlighed for en økonomisk gevinst for begge kontrahenter.

Ved anvendelsen af en hardshipklausul erkender kontrahenterne ved kontraktens indgåelse ikke at være i stand til at kunne forudsige alle efterfølgende omstændigheder, der kan påvirke opfyldelsen af en aftale. De erkender med andre ord at være begrænset rationelle. Graden af begrænset rationalitet kan bl.a. komme til udtryk i den affattelse, som hardshipklausulen har, idet en abstrakt formuleret bestemmelse må tages som et udtryk for en større grad af begrænset rationalitet sammenlignet med den situation, hvor der i en hardshipklausul opregnes bestemte typer af situationer, der falder ind under begrebet hardship i henhold til den indgåede kontrakt.

I relation til spørgsmålet om egeninteresse kan det vel anføres, at der ved at anvende en hardshipklausul i en vis udstrækning gives afkald på kontrahenternes egeninteresse, idet anvendelsen af en hardshipklausul skaber en symmetrisk forpligtelse på kontraktindgåelsestidspunktet, hvor den ikke bebyrdede part ved den efterfølgende omstændighed er forpligtet til at give køb på sin egeninteresse (ex post egeninteresse).

Når det drejer sig om de transaktionsspecifikke faktorer samler interessen sig om usikkerhed i forbindelse med aktiver med en vis grad af aktivspecifitet, idet kontrahenten i forhold til en ophævelsesadgang må holde sig for øje, hvorvidt det er muligt at tilvejebringe et tilsvarende real gode på markedet.

Med andre ord eksisterer der andre kontrahenter, der kan tilvejebringe en tilsvarende vare eller tjenesteydelse på markedet. Realdebitor kan samtidig have en stærk interesse i at kontraktrelationen opretholdes, hvis der ikke er nogen mulighed for at kontrahere til anden side.

Der kan således på kontraktindgåelsestidspunktet, hvor der er en høj grad af aktivspecifitet og usikkerhed, være en fælles interesse hos kontrahenterne om at anvende en hardshipklausul. Da udgangspunktet for artiklen er langvarige kontrakter, er frekvensen selvsagt meget lav.

4. Det erhvervsjuridiske perspektiv

Den grundlæggende betingelse for at påberåbe sig hardship er, at kontrahenterne positivt har formuleret en bestemmelse herom i kontraktgrundlaget efter dansk ret. Bestemmelsen skal være affattet på en sådan måde, at fortolkningen og anvendelsen af bestemmelsen giver anledning til færrest mulige tvetydigheder. Der må derfor stilles krav om entydighed, hvor der ikke opstår tvivl, om hvorvidt en given situation kan karakteriseres som hardship eller ej. Der kan eksempelvis opstå vanskeligheder med en klar afgrænsning mellem force majeure og hardship. Der må endvidere tages stilling til, om den efterfølgende byrdefulde omstændighed er betinget af at være en udefrakommende begivenhed, eller der ligeledes er mulighed for at påberåbe sig interne begivenheder hos den kontrahent, der mener, at der foreligger en byrdefuld omstændighed. For det tilfælde, at der på grundlag af kontrakten gives adgang til at påberåbe sig interne begivenheder, vil der kunne opstå afgrænsningsproblemer med hensyn til hvilke typer af begivenheder, der skal være omfattet af hardship i det interne forhold. Skal eksempelvis en producent af fødevarer have adgang til at påberåbe sig hardship, som følge af en prisstigning på 30% for en given råvare. Dette vil efter min vurdering være udelukket, med mindre der foreligger en eksplicit bestemmelse herom i kontrakten, da producenten netop kan kalkulere hermed ved kontraktindgåelsen. Har en rockgruppe eksempelvis indgået en pladekontrakt med et pladeselskab, hvor et af medlemmerne efterfølgende forlader gruppen på grund af interne uoverensstemmelse om den kunstneriske kurs for gruppen forud for indspilningen af en ny CD, kunne en hardshipklausul medvirke til en fornuftig juridisk som kommerciel løsning, således at indspilningen og de efterfølgende markedsføringsmæssige aktiviteter udskydes til det tidspunkt, hvor der er fundet et nyt medlem til gruppen i stedet for, at pladeselskabet ved hjælp af en studiemusiker betinger sig naturlig opfyldelse af pladekontrakten.

Anvendelsen af en hardshipklausul må efter min vurdering ses i tæt sammenhæng med den konfliktløsningsmodel, der bør anvendes. Der er nedenfor givet et konkret eksempel på en pladekontrakt, hvorledes en hardshipklausul

kan udformes og den dertilhørende konfliktløsningsbestemmelse. Det bemærkes, at hardshipklausulen er udformet således, at den udelukkende vedrører udefrakommende begivenheder, der gør opfyldelsen af kontrakten mere byrdefuld. Konfliktløsningsbestemmelsen er affattet med henblik på at minimere risikoen for, at kontrakten ophæves eller evt. opsiges.

Hardship:

Måtte der indtræde begivenheder af en sådan karakter, der ikke kan betegnes som force majeure, men som er af udefrakommende karakter og som væsentligt forrykker parternes opfyldelse af kontrakten, og som parterne ikke havde kendskab til ved nærværende aftales indgåelse, er selskabet og kunstneren i fællesskab forpligtet til at genforhandle de dele af kontrakten, der påvirkes heraf og/eller forhandle om forhold, der ikke i nærværende aftale er taget stilling til.

En sådan aftale skal betragtes som en tillægsaftale til nærværende aftale, hvilken aftale udfærdiges skriftligt og underskrives af selskabet og kunstneren.

Konfliktløsning:

Enhver tvist om nærværende kontrakts forståelse, fortolkning og/eller udfyldning sker efter dansk ret og afgøres endeligt og bindende ved følgende procedure:

- 1) Parterne skal så vidt muligt løse enhver konflikt i mindelighed og evt. i fortsættelse heraf udfærdige et tillæg til nærværende aftale, der herefter skal udgøre en integreret del af nærværende aftale.
- 2) Kan parterne ikke i mindelighed blive enige, søges enhver konflikt løst ved mægling/mediation, og det forudsættes, at mægler/mediator vælges af parterne i fællesskab.
- 3) Såfremt der ikke kan opnås enighed om anvendelsen af mæglingsproceduren, eller såfremt denne ikke fører til et resultat inden for 14 efter dens påbegyndelse, som begge parter kan acceptere forligsmæssigt, forbeholder selskabet sig retten til efter eget valg at indbringe sagen for en voldgiftsret eller de ordinære domstole og forpligter sig samtidig med til i sin sags førelse uopholdeligt at fremme sagen, således at en afgørelse opnås hurtigst muligt.

Sandsynligheden for, at der indtræder en efterfølgende uforudset omstændighed, der kommer til at virke byrdefuld for opfyldelsen af kontrakten, stiger ceteris paribus med den tid, hvor kontrakten har været i kraft. Indgås der eksem-

pelvis kontrakter uden tidsbegrænsning eller med en meget lang løbetid²⁵, taler dette for en anvendelse af hardshipklausuler i kontrakten. Usikkerhed er stigende over tid set i relation til tidspunktet for kontraktens indgåelse.

Er markedet, hvorpå kontrahenterne præget af usikkerhed, eksempelvis i forhold til prisfluktationer, forsyningsvanskeligheder, potentielle politiske indgreb m.v., men hvor det kan være vanskeligt at omsætte disse til operationelle bestemmelser i kontraktgrundlaget, taler dette for en anvendelse af hardshipklausuler.²⁶

Hvis der henses til graden af aktivspecifitet, vil en stadig stigende grad af aktivspecifitet tale for en anvendelse af hardshipklausuler, idet der er en gensidig afhængighed mellem kontrahent stigende hen imod det idiosynkratiske produkt.

Hvis der afsluttende skulle gives forslag til, hvor hardshipklausuler med fordel kan nævnes, må det ved hybrider som franchise-, forhandler-, agent-, plade-, management- og forlagskontrakter anbefales at anvende hardshipklausuler. Når det drejer sig om internalisering kunne det særligt i selskabskonstruktioner, hvor der er relativt få selskabsdeltagere anbefales at anvende hardshipklausuler. Således kunne der ved stiftelsen af interessent- og anpartsselskaber, hvor der er en gensidig afhængighed mellem selskabsdeltagerne (human aktivspecifitet) med fordel kunne anvendes hardshipklausuler.

²⁵⁾ Se eksempelvis U.2004.2518 V, hvor der på en landejendom blev tinglyst en forpligtelse til at udleje et nærmere angivet stykke jord i 200 år uden nogen form for prisregulering for det lejede areal. Vestre Landsret ændrede aftalen efter afl § 36, således at lejer i stedet for at skulle betale en leje svarende til 10 kr. i stedet skulle betale 8000 kr. svarende til markedslejen. Dette er efter de foreliggende oplysninger den første trykte dom, hvor afl § 36 er blevet anvendt til at ændre en forpligtelse i en mere forpligtende retning i overensstemmelse med den ændring, der fandt sted af afl § 36 i 1994.

²⁶⁾ Der erindres, at hvis markedet er karakteriseret ved perfekt konkurrence, er der pr. definition ingen transaktionsomkostninger, og da anvendelsen af en hardshipklausul indebærer afholdelse af transaktionsomkostninger, er hardshipklausul ikke logisk mulige på et marked med perfekt konkurrence.

Ligningslovens § 5 H - 1995–2005

Niels Winther-Sørensen

Ligningslovens § 5 H blev 10 år.

Reglen var gældende i perioden 1995 til 2005. Der er ikke kendskab til nogen, der er blevet beskattet på grund af bestemmelsen, og det har i flere år været kendt, at bestemmelsen var nem at omgå. Når bestemmelsen i LL § 5 H alligevel har haft overordentlig stor betydning i dansk skatteret skyldes det to forhold med en vis indbyrdes forbindelse: For det første indgår LL § 5 H i den TDC-sag, som i skrivende stund er genstand for en kommissionsdomstolsundersøgelse. For det blev LL § 5 H tillagt afgørende betydning som begrundelse for den sambeskatningsreform, der blev vedtaget i 2005.

1. Formålet med ligningslovens § 5 H

LL § 5 H blev indført ved lov nr. 487 af 12 juni 1996 (lovforslag L 118). Bestemmelsen fik følgende ordlyd:

§ 5 H. Underskud fra et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland, erhvervet af skattepligtige omfattet af selskabsskattelovens § 1 eller fondsbeskatningslovens § 1 fra et koncernforbundet selskab m.v., jf kursgevinstlovens § 6 B, stk. 3, kan alene fremføres efter § 15 til modregning i senere overskud fra samme faste driftssted eller faste ejendom.

Stk. 2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis overskud i selskabet m.v., hvorfra det faste driftssted eller den faste ejendom blev erhvervet, på overdragelsestidspunktet beskattes her i landet efter skattelovgivningens almindelige regler, og

selskabet ikke selv har erhvervet det faste driftssted eller den faste ejendom fra et koncernforbundet selskab m.v., jf. kursgevinstlovens § 6 B, stk. 3.

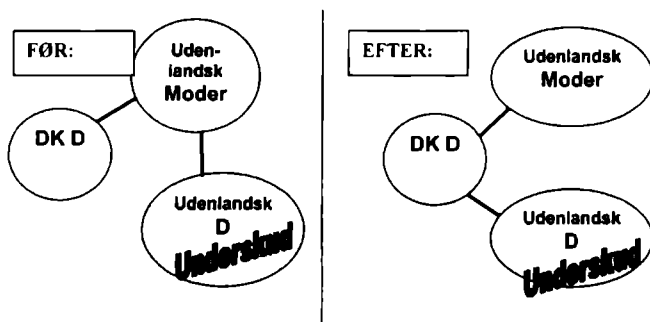
LL § 5 H var nært knyttet sammen med den samtidigt indførte bestemmelse i SEL § 31, stk. 1, 6. punktum. Ifølge SEL § 31, stk. 1, 6. punktum kunne der ikke indtræde sambeskatning med et udenlandsk datterselskab, hvis mere end 50 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet var erhvervet fra et eller flere koncernforbundne selskaber, medmindre datterselskabet umiddelbart forud for erhvervelsen indgik i sambeskatningen.

Det man havde for øje med de to bestemmelser var *udenlandske koncerner*, dvs. koncerner med det øverste moderselskab i udlandet. Man ville forhindre udenlandske koncerner med danske selskaber i at flytte udenlandsk underskudsgivende aktivitet ind under de danske selskaber for at undgå dansk beskatning af de danske selskabers overskudsgivende aktivitet.¹

I bemærkningerne til § 31, stk. 1, 6. punktum var der således bl.a. anført:²

”Formålet med bestemmelsen er at sikre, at udenlandsk kontrollerede koncerner med danske datterselskaber ikke kan opnå dansk skattenedsættelse ved at omplacere (en del af) deres underskudsgivende aktiviteter som sambeskattede datterselskaber af det danske selskab. Danmark tillader som et af de eneste lande grænseoverskridende sambeskatning, og danske selskaber, som indgår i udenlandske koncerner, er derfor særligt udsatte for at få ”hægtet” sådanne udenlandske underskudsgivende selskaber på sig.”

Illustration af SEL § 31, stk. 1, 6. punkt:



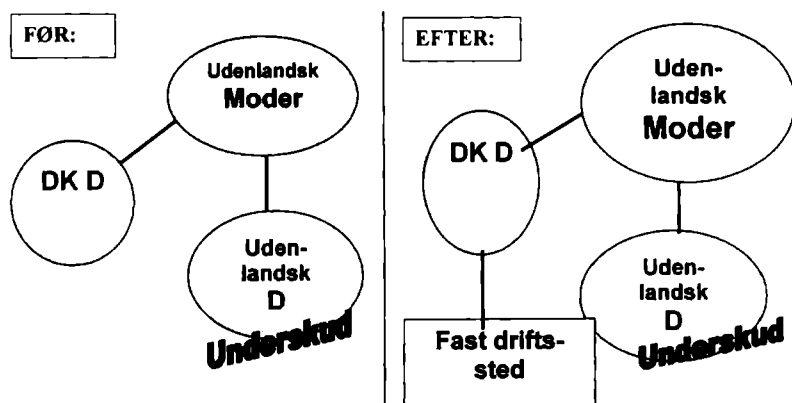
¹⁾ Rapport fra Sambeskatningsudvalget, Betænkning nr. 1452/2004, s. 276.

²⁾ Skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 118 af 6. december 1995, til § 1, nr. 7.

Christen Amby har i en artikel³ fra 2004 refereret en norsk Høyesteretts-dom fra 2002 vedrørende Norsk Hydro, som illustrerer betydningen af SEL § 31, stk. 1, 6. punktum. Det norske moderselskab Norsk Hydro AS solgte i 1990 aktierne i et canadisk underskudsgivende datterselskab til sit danske datterselskab, Norsk Hydro Danmark A/S. Gennem sambeskatning mellem Norsk Hydro Danmark A/S og det underskudsgivende canadiske datterselskab sparede Norsk Hydro Danmark A/S over de følgende år 344 mio. kr. i dansk skat. Såfremt SEL § 31, stk. 1, 6. punktum havde været gældende, ville sambeskatning ikke have været mulig.

Bestemmelsen i LL § 5 H skulle forhindre, at man ved overdragelse af en underskudsgivende virksomhed i form af overdragelse af aktiver og passiver i stedet for overdragelse af aktier reelt kunne opnå det samme:

Illustration af LL § 5 H:



I medfør af globalindkomstprincippet kunne underskud fra et fast driftssted i udlandet som udgangspunkt fratrækkes i et dansk selskabs øvrige indkomst. LL § 5 H forhindrede dette, når det faste driftssted var erhvervet fra et koncerninternt selskab.

I bemærkningerne til LL § 5 H var bl.a. anført:⁴

”Det foreslås, at der indføres en fradragsbegrænsning for underskud i faste driftssteder og faste ejendomme i udlandet, i tilfælde hvor disse erhverves fra et koncernforbundet selskab.

³⁾ Jf. Christen Amby i SR-Skat 2004, 173, s. 184

⁴⁾ Skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 118 af 6. december 1995, til § 2, nr. 1.

Reglen skal ses i sammenhæng med forslaget til bestemmelsen om begrænsninger i adgangen til sambeskatning, ..., og den sikrer, at en allerede eksisterende udenlandsk underskudsgivende filial eller fast ejendom ikke placeres i et dansk selskab.

Selskaber m.v. og fonde m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1 og fondsbeskatningslovens § 1 omfattes af reglen. Herved får bestemmelsen ligeledes betydning for udenlandske sambeskattede datterselskaber. Fysiske personer omfattes ikke.

Bestemmelsen omfatter "tilkøbte" underskudsgivende aktiviteter fra koncernforbundne selskaber og fonde.

Kun underskud, der opstår efter erhvervelsen, er omfattet. Underskud fra før denne periode er efter de almindelige regler herom det danske selskab m.m. uvedkommende.

Efter stk. 1 vil underskuddet alene kunne fremføres til senere års overskud i samme faste driftssted eller faste ejendom efter den almindelige regel herom i ligningslovens § 15.

Underskuddet indgår altså ikke som en del af selskabets almindelige indkomst. Er der omvendt overskud, vil dette på almindelig vis efter eventuelt fradrag af fremført underskud skulle medregnes i den samlede indkomst.

..."

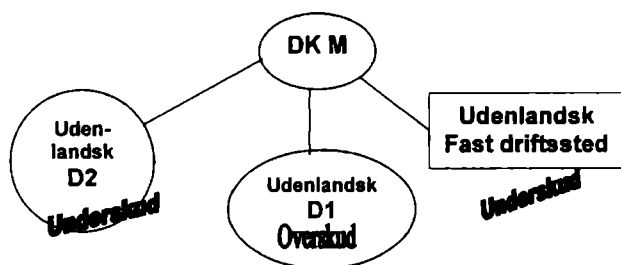
Det fremgår ganske vist ikke eksplicit af de særlige bemærkninger til LL § 5 H, at reglen primært var rettet mod udenlandske koncerner, dvs. koncerner med det øverste moderselskab i udlandet. Dette var derimod klar udtalt i de ovenfor citerede særlige bemærkninger til SEL § 31, stk. 1, 6. punktum. Sammenhængen mellem de to bestemmelser er imidlertid klart udtalt, og indførelsen af LL § 5 H giver kun reel mening set i sammenhæng med SEL § 31, stk. 1, 6. punktum, jf. således også de almindelige bemærkninger til lovforslaget.⁵

"Det foreslås, at der foretages en opstramning af bestemmelserne vedrørende almindelig sambeskatning. Forslaget begrænser for det første muligheden for at inddrage et udenlandsk datterselskab under dansk sambeskatning, hvis selskabet erhverves fra koncernforbundne selskaber. Formålet med denne bestemmelse er at forhindre koncerner, der køber danske selskaber, i at indskyde allerede erhvervede underskudsgivende udenlandske selskaber i en dansk sambeskatning med henblik på at fjerne et skattepligtigt overskud i et dansk selskab.

⁵⁾ Skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 118 af 6. december 1995, Almindelige bemærkninger, punkt 2.A. Se også det efterfølgende cirkulære nr. 82 fra 1997 om international beskatning, hvor det i punkt 6.2 bl.a. er anført: "Reglen skal sikre, at en allerede eksisterende udenlandsk underskudsgivende filial eller fast ejendom ikke "placeres" i et dansk selskab alene med henblik på at reducere den danske skattepligtige indkomst."

Tilsvarende foreslås det, at et dansk selskab eller en dansk fond ikke skal kunne fradrage underskud fra et udenlandsk fast driftssted eller en udenlandsk fast ejendom, som erhverves fra et koncernforbundet selskab.”

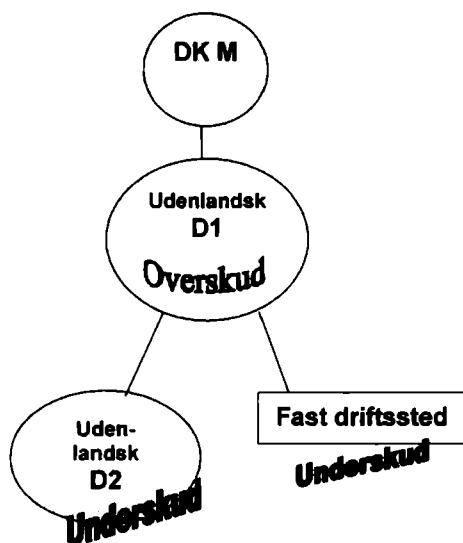
Når man med SEL § 31, stk. 1, 6. punktum, og LL § 5 H ikke havde sigte på *danske* koncerner, hænger det sammen med, at danske koncerner indtil 2005 havde mulighed for at udnytte udenlandske underskud i udenlandske sambeskattede datterselskaber eller udenlandske faste driftssteder. Hvis en dansk koncern således havde sikret sig, at alle udenlandske underskudsgivende aktiviteter var placeret direkte under det danske selskab (som sambeskattede datterselskaber eller som faste driftssteder), var det muligt at udnytte underskuddene i Danmark. I eksemplet nedenfor ville det danske moderselskab, DK M, således helt automatisk medtage det udenlandske faste driftssteds underskud ved opgørelsen af moderselskabets globalindkomst, mens underskuddet fra D2 kunne medtages ved at anmode om sambeskatning med dette selskab. Det var ikke nødvendigt at inddrage det overskudsgivende D1 i den danske sambeskatning.



Et værn mod koncerninterne overdragelser som SEL § 31, stk. 1, 6. punktum, og LL § 5 H ville i forhold til danske koncerner primært ramme de koncerner, der havde været så ”uheldige” at placere den underskudsgivende udenlandske aktivitet under en overskudsgivende udenlandsk aktivitet, som ikke var med i en dansk sambeskatning. I en struktur som illustreret nedenfor ville underskud fra D2 og fra D1s udenlandske faste driftssted således kun kunne udnyttes i det danske moderselskab DK M, såfremt koncernen accepterede, at også de overskudsgivende aktiviteter fra D1 indgik i sambeskatningen.

Såfremt DK M købte aktierne i D2 og virksomheden (aktiver og passiver) i D1s underskudsgivende faste driftssted, ville man opnå en struktur som illustreret ovenfor. Således som SEL § 31, stk. 1, 6. punktum, og LL § 5 H blev udformet, fik bestemmelserne imidlertid også betydning ved sådanne erhvervelser. I forhold til *danske koncerner*, dvs. koncerner med et dansk modersel-

skab, ramte bestemmelserne herved mere eller mindre vilkårligt de danske koncerner, som havde fået etableret en uheldig struktur. Men det ikke hovedformålet med bestemmelserne. Hovedformålet var som nævnt at forhindre udenlandske koncerner i at kunne erodere det danske beskatningsgrundlag ved at indskyde underskudsgivende udenlandsk aktivitet under danske selskaber.



2. Ligningsrådets afgørelser

På trods af formålet med LL 5 H viste det sig hurtigt, at reglen særligt ramte *danske* koncerner.

2.1 Ligningsrådets afgørelse fra 1999

Det var Ligningsrådet, som ved besvarelsen af anmodninger om bindende forhåndsbesked måtte tage stilling til de principielle fortolkningsspørgsmål, affattelsen af bestemmelsen gav anledning til. Den første afgørelse fra Ligningsrådet herom blev truffet i juni 1999. Afgørelsen blev ikke offentliggjort, men hovedindholdet er siden kommet offentligt frem i forbindelse med den verserende kommissionsdomstolssag (TDC-sagen). En dansk koncern ejede næsten alle aktier i et underskudsgivende udenlandsk datterselskab. Men adgang til sambeskatning var betinget af 100 pct. ejerskab. Da det ikke var praktisk muligt for den danske koncern at erhverve de sidste aktier i datterselskabet, ønskede koncernen, at den underskudsgivende virksomhed (dvs. aktiver og passiver) i det udenlandske datterselskab blev overdraget til et andet udenlandsk datterselskab, som det danske moderselskab ejede alle aktierne i. Det 100 pct.

ejede udenlandske datterselskab var ikke på overdragelsestidspunktet omfattet af dansk sambeskatning, men det var hensigten, at dette datterselskab året efter skulle omfattes af sambeskatningen. Ligningsrådet svarede, at LL § 5 H ikke fandt anvendelse, idet det erhvervende udenlandske datterselskab ikke var omfattet af sambeskatningen på tidspunktet for erhvervelsen af virksomheden. Endvidere svarede Ligningsrådet, at LL § 5 H heller ikke fandt anvendelse, selv om det erhvervende udenlandske datterselskab året efter blev omfattet af dansk sambeskatning.

2.2 Ligningsrådets afgørelse TfS 2001, 709 LR

I 2001 fik Ligningsrådet forelagt et tilsvarende problem angående overdragelse af en virksomhed fra en dansk concerns udenlandske datterselskab til et nyt datterselskab, jf. TfS 2001, 709 LR.⁶ I denne sag havde forespørgeren stillet spørgsmålene således, at det var nødvendigt for Ligningsrådet at tage principiel stilling til tre fortolkningsspørgsmål knyttet til LL § 5 H.

Begrebet "fast driftssted"

Ifølge ordlyden af LL § 5 H indtrådte der begrænsning vedrørende anvendelsen af underskuddet, når der var sket koncernintern erhvervelse af et *fast driftssted*. I den konkrete sag var der tale om, at det overdragende udenlandske datterselskab havde drevet den underskudsgivende aktivitet i den stat, hvori datterselskabet var hjemmehørende. Endvidere var også det erhvervende datterselskab hjemmehørende i denne stat. Koncernen gjorde med henvisning til art. 5 i OECD's modeloverenskomst gældende, at der i et sådant tilfælde slet ikke er tale om et "fast driftssted". Ifølge koncernen kommer fast driftssted kun på tale, når der drives en erhvervsmæssig aktivitet i en *anden* stat end den stat, hvori selskabet hjemmehørende. Koncernen gjorde herved gældende, at udtrykket "fast driftssted" har et meget klart indhold.

En sådan indskrænkende fortolkning af begrebet fast driftssted stemmer imidlertid ikke overens med den måde, hvorpå udtrykket er blevet benyttet i dansk lovgivning generelt, se f.eks. KSL § 2, stk. 1, litra d, 4. punktum, og SEL § 2, stk. 1, litra a, 4. punktum ("Skattepligten omfatter endvidere indkomst i form af løbende ydelser hidrørende fra en sådan virksomhed eller fra afståelsen af en sådan virksomhed, når ydelserne ikke er udbytte, afdrag på et tilgodehavende, renter eller royalties"), ligesom man også i fremmed ret ser udtrykket eller tilsvarende udtryk benyttet i en bredere betydning. Heller ikke EF-

⁶⁾ Det bemærkes, at denne artikels forfatter som formand for Ligningsrådet var med til at træffe afgørelsen i TfS 2001, 709 LR, og den senere omtalte afgørelse TfS 2003, 850 LR, men ikke afgørelsen fra 1999.

domstolen er vejet tilbage fra at benytte udtrykket i en bredere forstand, således at man godt kan tale om et fast driftssted i et selskabs domicilland.⁷

Ligningsrådet fandt i modsætning til koncernen *ikke*, at udtrykket ”fast driftssted” i LL § 5 H indeholder ikke et krav om, at overdragelse skal ske mellem selskaber i forskellige lande, eller at ejeren af aktiviteten skal være skattemæssigt hjemmehørende i et andet land end det, aktiviteten udøves i. Udtrykket ”fast driftssted” fortolkes i overensstemmelse med OECD’s definition i modeloverenskomstens art. 5 og fastlægger, hvilke aktiviteter der efter LL § 5 H ikke kan overdrages uden særlige regler om fradrag for underskud. Ligningsrådet henviste endvidere til, at formålet med bestemmelsen, således som dette var beskrevet i bemærkningerne, ikke ville kunne tilgodeses, hvis der blev stillet krav om, at overdrageren af det faste driftssted skulle være skattemæssigt hjemmehørende i et andet land end der, hvor det fast driftssted er beliggende.⁸

Formuleringen ”skattepligtige omfattet af selskabsskattelovens § 1”

Ligningsrådet måtte herefter tage stilling til, om LL § 5 H fandt anvendelse ved overdragelse til et udenlandsk datterselskab, der allerede på erhvervelses-tidspunktet var omfattet af dansk sambeskatning.

Baggrunden for, at det var nødvendigt at tage stilling hertil, var den noget uheldige formulering i LL § 5 H, stk. 1: ”erhvervet af *skattepligtige omfattet af selskabsskattelovens § 1*”. Da et udenlandsk sambeskattet datterselskab ikke via en sambeskatning bliver fuldt skattepligtig efter selskabsskattelovens § 1, måtte Ligningsrådet tage stilling til, om overdragelse til et udenlandsk sambeskattet datterselskab var omfattet af LL § 5 H. Spørgsmålet havde ikke kun akademisk interesse. Der findes andre eksempler på lignende formuleringer andre steder i den danske skattelovgivning. F.eks. er ABL § 4, stk. 6, formuleret således, at ABL § 4, stk. 1, 3 og 4 ikke finder anvendelse ”på skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 g og 3 a-5 b, eller fondsbeksningsloven.” Såfremt ABL § 4, stk. 6, skulle fortolkes således, at udenlandske sambeskattede datterselskaber *ikke* var omfattet af bestemmelsen, ville konsekvensen efter ordlyden af ABL § 4, stk. 1, 3 og 4 være, at et udenlandsk sambeskattet datterselskab skulle medtage aktiegevinster og -tab på aktier ejet mindst 3 år ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst.

Ligningsrådet fandt imidlertid, at overdragelse til et udenlandsk datterselskab, der på erhvervelses-tidspunktet var omfattet af dansk sambeskatning, var omfattet af LL § 5 H. Ligningsrådet udtalte herom:

⁷⁾ Se EF-domstolens dom af 14. december 2000, sag C-141/99, *Amid*.

⁸⁾ Se kritisk hertil Lars Eriksen i Skat Udland 2001, 307, s. 629 ff.

”Det følger af selskabsskattelovens § 31 sammenholdt med bestemmelserne i TSS-cirkulære 2000-44 (sambeskatningscirkulæret), at et udenlandsk sambeskattet datterselskab ved opgørelsen af den indkomst, der indgår i sambeskatningsindkomsten, skal anvende dansk rets indkomstopgørelsesregler med udgangspunkt i de regler, som gælder for her i landet hjemmehørende selskaber. Det må afgøres ved en konkret fortolkning, hvilke regler for her i landet hjemmehørende selskaber der finder anvendelse ved opgørelsen af et udenlandsk datterselskabs indkomst. Ved indførelsen af bestemmelsen i ligningslovens § 5 H blev det klart forudsat, at bestemmelsen også omfatter udenlandske sambeskattede selskaber, jf. herved skatteministerens forslag L 118 til lov nr. 487 af 12/6 1996 (til ligningslovens § 5 H). Uanset et udenlandsk datterselskab ikke via sambeskatning med sit danske moderselskab bliver skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 1, må det derfor antages, at ligningslovens § 5 H også finder anvendelse ved opgørelsen af datterselskabets indkomst i medfør af selskabsskattelovens § 31, jf. bestemmelserne i sambeskatningscirkulæret.”

Ligningsrådets fortolkning fører til, at det må afgøres ved en konkret fortolkning, hvilke regler for her i landet hjemmehørende selskaber der finder anvendelse ved opgørelsen af et udenlandsk sambeskattet datterselskabs indkomst. Rådets fortolkning førte i sagen til, at sambeskattede udenlandske datterselskab var omfattet af LL § 5 H. Endvidere kan der, såfremt disse præmisser lægges til grund, næppe være nogen tvivl om, at ABL § 4, stk. 6, også omfatter udenlandske sambeskattede datterselskaber (hvilket i praksis da også altid har været forudsat).⁹⁾

Erhvervelse af udenlandsk datterselskab, som først efterfølgende bliver omfattet af dansk sambeskatning

Til sidst måtte Ligningsrådet tage stilling til, om LL § 5 H fandt anvendelse, når et udenlandsk datterselskab, der ikke er sambeskattet med dets danske moderselskab, erhverver et fast driftssted fra et andet udenlandsk koncernforbundet selskab og først derefter indtræder i en sambeskatning. Det var – ligesom i den tidligere ikke offentliggjorte afgørelse fra 1999 - Ligningsrådets opfattelse, at der hverken i bestemmelsens ordlyd eller i motiverne hertil var tilstrækkelige holdepunkter for at konkludere, at LL § 5 H også fandt anvendelse i dette tilfælde.

Værnsreglen i LL § 5 H fandt således ikke anvendelse, såfremt det erhvervende udenlandske datterselskab ikke var omfattet af dansk sambeskatning på erhvervelsestidspunktet.

⁹⁾ Jakob Bundgaard har i TfS 2003, 1003 kritiseret Ligningsrådets begrundelse for at strække ordlyden af LL § 5 H for langt. Se derimod til støtte for Ligningsrådets afgørelse i denne del af sagen Lars Eriksen i Skat Udland 2001, 307, s. 629. Endvidere har Jakob Bundgaard foreslået en alternativ fortolkningsmetode, hvorefter der tages udgangspunkt i et intensitets- og et klarhedssynspunkt. Den foreslåede alternative fortolkningsmetode bidrager efter min vurdering kun til at skabe øget uklarhed.

2.3 TDC-sagen

Efter offentliggørelsen af TfS 2001, 709 LR kunne der ikke længere herske tvivl om, at LL § 5 H var meget enkel af omgå ved at overdrage til et udenlandsk datterselskab, der først efterfølgende blev omfattet af dansk sambeskatning. Der var derfor ikke tale om nogen principiel afgørelse i relation til LL § 5 H, da Ligningsrådet i slutningen af 2001 gav TDC samme svar på en på daværende tidspunkt påtænkt disposition.¹⁰ De principielle spørgsmål i TDC-sagen tog Ligningsrådet først stilling til i 2003.

I afgørelsen fra 2003 tog Ligningsrådet stilling til fortolkningen af dagældende SEL § 31, stk. 6. Et tysk datter-datterselskab havde i 1997 erhvervet goodwill (kunder mv. vedr. mobiltelefoni) for et relativ beskedent beløb. I december 2001, da værdien af denne goodwill var steget betragteligt, omdannedes det tyske datter-datterselskab til et skattemæssigt transparent kommanditselskab. Det tyske datter-datterselskab var ejet af et tysk datterselskab, og omdannelsen førte ikke til nogen beskatning i Tyskland. Efter omdannelsen af datter-datterselskaber til et skattemæssigt transparent kommanditselskab blev det tyske datterselskab inddraget under den danske sambeskatning med TDC A/S, og Ligningsrådet blev i en anmodning om bindende forhåndsbesked anmodet om at tage stilling til, hvorvidt der ved omdannelsen skulle ske en skattemæssig "opskrivning" af værdien af goodwill til handelsværdien. Ligningsrådet tilsluttede sig selskabets synspunkt. Ligningsrådet fastslog, at goodwill skulle anses for erhvervet, og at det tyske sambeskattede datterselskab derfor efter danske skatteregler havde et skattemæssigt afskrivningsgrundlag, som skulle beregnes i forhold til handelsværdien på flere mia. DKR. Dette til trods for, at værdien af goodwill i det væsentlige var oparbejdet af TDC-koncernen selv. Afgørelsen er i stærkt forkortet og anonymiseret form offentliggjort TfS 2003, 850 LR.

Det centrale i TDC-sagen var ikke LL § 5 H, men derimod de regler, der var gældende for værdiansættelsen ved indtræden af sambeskatning. Det lovindgreb, som fulgte i kølvandet på TDC-sagen, jf. lov nr. 1215 af 27. december 2003 (lovforslag L 27), vedrørte da heller ikke LL § 5 H, men derimod værdiansættelsen ved indtræden af sambeskatning.

Når LL § 5 H alligevel spillede en rolle i TDC-sagen, skyldes det, at bestemmelsen – såfremt den havde været effektiv – *ville kunne have* forhindret, at transaktionen gav de skattemæssige fordele i Danmark. Muligheden for at komme uden om LL § 5 H ved først at lade det udenlandske datterselskab indtræde i sambeskatningen efter erhvervelsen var således en blandt flere forudsætninger for at kunne opnå de skattemæssige fordele ved transaktionen. Endvidere blev LL § 5 H tilsyneladende omtalt i nogle af de dokumenter, som spiller en væsentlig rolle i den sag, der undersøges af kommissionsdomstolen.

¹⁰⁾ Ligningsrådets afgørelse fra 2001 er ikke offentliggjort, men er blevet omtalt i offentligheden i forbindelse med kommissionsdomstolens behandling af TDC-sagen.

Som tidligere nævnt var LL § 5 H ligesom SEL § 31, stk. 1, 6. punktum, primært indført som værn over for *udenlandske* koncerner. Alle de sager, der blev afgjort af Ligningsrådet, vedrørte danske koncerner. Der er heller ikke i øvrigt kendte eksempler på, at udenlandske koncerner har benyttet sig af muligheden for at omgå LL § 5 H.

3. Sambeskatningsudvalget

I 2004 nedsatte daværende skatteminister Svend-Erik Hovmand Sambeskatningsudvalget til at foreslå en modernisering og fremtidssikring af koncernbeskatningen. Udvalget var i det oprindelige kommissorium ikke blevet bedt om særskilt at vurdere LL § 5 H, men efter omtale af bestemmelsen i dagspressen blev udvalget under sit arbejde specifikt bedt om at inddrage bestemmelsen i sit arbejde.

Sambeskatningsudvalget redegjorde for, at LL § 5 H relativt enkelt kunne omgås, og at det måtte formodes, at værnet ikke virkede efter hensigten. Endvidere stillede udvalget spørgsmålstegn ved, om bestemmelserne i SEL § 31, stk. 1, 6. punktum, og LL § 5 H var nødvendige, hvis det sikres, at overførslen af underskud fra udenlandske datterselskaber kun er en rentefri skattecredit, som tilbagebetales, når de tidligere underskudsgivende selskaber begynder at give overskud. Udvalget henviste her til, at der med lov nr. 1015 af 27. december 2003 (lovindgrebet som følge af TDC-sagen) var tilsigtet at ske en sikring af genbeskatningen.¹¹ Endvidere udtalte udvalget, at LL § 5 H, hvis bestemmelsen virkede effektivt, ville være vanskelig at administrere, både for selskaberne og for de administrative myndigheder. Endelig udtalte udvalget, at LL § 5 H var problematisk i forhold til EU-retten, idet bestemmelsen alene omfattede overdragelse af udenlandske faste driftssteder og ikke danske.¹²

Flertallet i Sambeskatningsudvalget¹³ indstillede, at reglerne i SEL § 31, stk. 1, 6. punktum, og LL § 5 H blev ophævet. Et mindretal, Christen Amby, indstillede, at reglerne blev udvidet, så de blev effektive, mens et andet mindretal bestående af Michael Møller og Frithiof Hagen ikke forholdt sig specifikt til disse bestemmelser, men i stedet argumenterede for en ophævelse af international sambeskatning.

¹¹⁾ Rapport fra Sambeskatningsudvalget, Betænkning nr. 1452/2004, s. 77 f.

¹²⁾ Rapport fra Sambeskatningsudvalget, Betænkning nr. 1452/2004, s. 273 ff. En udvidelse af LL § 5 H til også at omfatte overdragelse af faste driftssteder ville virke hæmmende for muligheden for at foretage forretningsmæssigt begrundede omstruktureringer, jf. rapporten s. 275 f..

¹³⁾ Herunder denne artikels forfatter.

4. Ligningslovens § 5 H og sambeskatningsreformen

Det sidste mindretal i Sambeskatningsudvalget bestod af de to embedsmænd fra Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen, Ivar Nordland og Preben Underbjerg Poulsen. Efter at have konstateret, at LL § 5 H kunne omgås, udtalte dette mindretal, at regelsættet kun kunne gøres mere robust ved enten at afskaffe sambeskatningsreglerne og filialbeskatningen eller ved at indføre globalpuljning med alle koncernforbundne selskaber, både overliggende og underliggende. Mindretallet foreslog herefter en globalpuljningsmodel.¹⁴

Det kan konstateres, at den mulighed for at omgå LL § 5 H, som Sambeskatningsudvalget først under udvalgsarbejdet blev specifikt bedt om at vurdere, blev tillagt afgørende betydning af skatteministeriets embedsmænd.

Ved fremsættelsen af lovforslag L 153 (efterfølgende genfremsat som lovforslag L 121) blev muligheden for at omgå LL § 5 H ligeledes tillagt afgørende betydning. I den skriftlige fremsættelse udtalte skatteministeren således:¹⁵

”Formålet med lovforslaget er at lukke et hul i sambeskatningsreglerne og samtidig skabe en mere sammenhængende koncernbeskatningsordning, hvor filialer og datterselskaber i videst muligt omfang beskattes på samme måde. Samtidig nedsættes selskabsskattesatsen og den foreløbige virksomhedsskat fra 30 pct. til 28 pct.

Det nuværende regelsæt giver udenlandske koncerner mulighed for at reducere beskatningen af deres danske aktiviteter. Det skyldes, at en af værnsreglerne i skattelovgivningen (ligningslovens § 5 H) ikke fungerer efter hensigten. Koncernen kan undgå dansk beskatning ved at placere deres underskudsgivende aktiviteter i datterselskaber, som derefter indplaceres i den danske sambeskatning. Regeringen ønsker effektivt at lukke dette hul.”

I de almindelige bemærkninger er det uddybende anført:¹⁶

”Det er regeringens politik, at uhensigtsmæssigheder i skattelovgivningen skal fjernes. I det nuværende regelsæt kan de udenlandske koncerner undgå beskatning af deres danske aktiviteter. Dette skyldes, at en af værnsreglerne i skattelovgivningen (ligningslovens § 5 H) ikke fungerer efter hensigten. Koncernen

¹⁴⁾ Rapport fra Sambeskatningsudvalget, Betænkning nr. 1452/2004, s. 27ff. Det skal bemærkes, at den globalpuljningsmodel, mindretallet foreslog, adskilte sig væsentligt fra den, der tre uger senere indgik i det fremsatte lovforslag, jf. herom Niels Winther-Sørensen i SR-Skat 2005, xxx, s. xxx.

¹⁵⁾ Skatteministerens fremsættelse af lovforslag L 153 af 15.december 2004. I de almindelige bemærkninger, punkt 1 og 2, til det fremsatte lovforslag er dette hensyn

¹⁶⁾ Skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 153 af 15.december 2004, almindelige bemærkninger, punkt 1.

kan reducere dansk beskatning ved at placere deres underskudsgivende aktiviteter i datterselskaber, som derefter indplaceres i den danske sambeskatning.

Regeringen har tidligere givet udtryk for, at den ikke så nogen nærliggende effektive løsninger på problemstillingen. Regeringen ønskede imidlertid, at mulighederne blev grundigt sonderet.

Regeringen bad derfor specifikt Sambeskatningsudvalget om at overveje, om det er muligt at justere reglerne, således at de effektivt forhindrer udenlandske koncerner med danske sub-koncerner i at undgå dansk beskatning ved at indskyde underskudsgivende udenlandske virksomheder i den danske sub-koncern. Udvalget anviser i rapporten to metoder, der effektivt kan forhindre dette – afskaffelse og globalpulje-princippet.”

Det fremsatte lovforslag L 153 bortfaldt som følge af udskrivelse af valg til Folketinget, men blev med i det væsentlige samme indhold genfremsat som lovforslag L 121, senere vedtaget som lov nr. 426 af 6. juli 2005. Lovændringens regler om globalpuljning ved valg af international sambeskatning og en bindingsperiode på 10 år medfører, at muligheden for international sambeskatning vil blive fravalgt af langt de fleste større internationale koncerner. Dette er også forudsat i lovforslagets provenuberegninger.¹⁷

Hverken i Sambeskatningsudvalget eller i skatteministeriet var man bekendt med konkrete eksempler på, at udenlandske koncerner havde omgået LL § 5 H ved at placere underskudsgivende aktivitet ind under en dansk sambeskatning.¹⁸ Det eneste eksempel, skatteministeren kunne give til Folketingets skatteudvalg, var det ovenfor nævnte eksempel med Norsk Hydro, som var fra tiden før indførelsen af SEL § 31, stk. 1, 6. punktum, og LL § 5 H i 1995. Skatteministeren erkendte da også i et svar til Folketingets skatteudvalg, at en lukning af hullet i LL § 5 H isoleret set ikke ville føre til noget merprovenu:¹⁹

”Lukningen af det konkrete hul medfører intet merprovenu, men hindrer et utilsigtet provenutab i fremtiden. Indførelse af globalpuljeprincippet skønnes at medføre et øget selskabsskatteprovenu i størrelsesordenen 2 mia. kr. Indførelse af globalpuljeprincippet indebærer således en betydelig stramning udover lukningen af det konkrete hul.

¹⁷⁾ Skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 153 af 15. december 2004, almindelige bemærkninger, punkt 5.1. Se tilsvarende skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 121 af 2. marts 2005, almindelige bemærkninger, punkt 5.1.

¹⁸⁾ Skatteministerens svar af 20. april 2005 til Folketingets Skatteudvalg på spørgsmål 18, lovforslag L 121, Folketingsåret 2004-2005, 2. samling.

¹⁹⁾ Skatteministerens svar af 20. april 2005 til Folketingets Skatteudvalg på spørgsmål 15, lovforslag L 121, Folketingsåret 2004-2005, 2. samling.

Provenuet fra denne stramning udover det konkrete hul skal jf. skattestoppet tilbageføres i form af skattelettelser. Konkret ønsker regeringen at nedsætte selskabsskatten fra 30 til 28 pct.”

5. Ligningslovens § 5 H's endeligt

LL § 5 H blev ophævet ved lov nr. 426 af 6. juni 2005. I skatteministerens specielle bemærkninger til ophævelsesbestemmelsen blev det udtalt, at reglen efter indførelsen af kravet om globalpuljning ville blive overflødig.²⁰

Spørgsmålet er vel i virkeligheden, om LL § 5 H ikke altid har været overflødig. LL § 5 H blev indført i 1996 som et vedhæng til SEL § 31, stk. 1, 6. punktum. Med de to afgørelser fra Ligningsrådet fra 1999 og 2001 blev det klart, at bestemmelsen var enkel at omgå. Der er ikke kendskab til selskaber, der er blevet beskattet som følge af bestemmelsen, ligesom der heller ikke er kendskab til, at nogen af de udenlandske koncerner, LL § 5 H var rettet mod, har omgået bestemmelsen..

Alligevel spiller LL § 5 H en rolle i TDC-sagen, og bestemmelsen er blevet tillagt umådelig stor betydning som begrundelse for sambeskatningsreformen. Ligningslovens § 5 H vil blive husket som en regel, der i den politiske debat blev tillagt en betydning, der langt oversteg reglens faktiske betydning.

²⁰⁾ Skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 121 af 2. marts 2005, til § 9, nr. 1.

Who Should Decide?

An Evaluation of the Decision-Making Process to Protect Factual Database Contents in the US and EU

Robin Elizabeth Herr¹

1. Introduction

This paper will explore whether the theory of comparative institutional analysis can be used to describe the decision-making processes by which the protection of factual database contents has evolved in the US and EU. It seeks to apply the theory of comparative institutional analysis in order to describe and assess the pros and cons of each process.

One justification for this exploration is that traditional theories may not provide the opportunity to appraise the process by which database content protection has developed. Because of its focus on institutional capability and effective representation, comparative institutional analysis may provide an effective evaluation tool.

The goal of this paper is to determine whether comparative institutional analysis is useful in evaluating the process by which the models evolved. Therefore, several issues are not covered: 1. an assessment of the models of protection currently operating; 2. a discussion of theories to evaluate these models; and 3. an analysis of alternative models of protection.

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 is currently getting her Ph.D. at the Copenhagen Business School.

The paper is divided into four sections. The first section will describe the theory of comparative institutional analysis. In the second section, the US and EU models of protection will be explored. An evaluation of the decision-making processes that gave rise to the two protection models will be conducted in the third section. The final section will discuss whether or not the theory of comparative institutional analysis is useful in achieving a rigorous appraisal.

2. The Theory of Comparative Institutional Analysis

In his book Imperfect Alternatives, Neil K. Komesar develops the theory of comparative institutional analysis. According to this theory, regulatory decision making is viewed as a choice of how best to resolve policy problems whether through the political process, the marketplace and/or the judiciary. The goal is to compare the advantages and disadvantages of each institutional process. The preferred alternative allows for the most vigorous representation of the primary actors affected by a specific policy problem. This is determined by balancing the costs and benefits of participation. The ultimate question is what institutional process should be used to decide the outcome of a particular policy problem.

According to Komesar, comparative institutional analysis combats the problem of much law and public policy theory - that most theorists define a social problem and reach a solution within a single institutional framework. Imperfect Alternatives, p. 6. In the field of law and economics, for example, the market is the preferred choice. Policy problems are evaluated against the ideal of a frictionless market. Only when market failure occurs is a solution through another institution recommended.

Komesar illustrates the weakness of single institutionalism through Richard A. Posner's analysis of a legal case involving a polluting factory and its environmental hazards. Id., p. 17-22. If a polluter can easily buy the right to pollute, transaction costs are low and a market solution is favored. In such instances, a court grants an injunction so that the problem can be resolved through the market process. If, however, a large number of parties are involved, then transaction costs may be too high for an efficient market solution. Here, the court may be able to better balance the costs and benefits to each party by awarding damages.

To Komesar, engaging in single institutional analysis is tantamount to ignoring the opportunity costs of making a particular policy decision. Id., p. 50. This is because the same factors that negatively impact the market also thwart participation in other institutions. In the polluting factory example, a

large number of parties also strains the court system by increasing litigation costs, making settlement possibilities more difficult and decreasing the court's ability to make accurate assessments. Thus, the question is not whether a preferred institution can effectively resolve a particular problem, but which institution should decide given the constraining factors.

A central assumption of the theory is that vigorous representation of primary actors yields enlightened public policy. The best institutional process is that which fosters maximum participation. Participation of actors directly affected yields the most salient explanation for variations in institutional capabilities. Participation by officials, such as politicians, bureaucrats and judges, is of secondary consideration.

An evaluation is achieved by comparing the benefits and the costs of participation in each institutional process. Benefits are measured in terms of the level and distribution of stakes. A stake can be defined as the importance an actor attaches to actively working towards a particular solution to a policy problem.² In every institutional setting, stakes can be high, low or skewed. If stakes are high, actors will likely overcome the cost of participation in order to be represented in an institutional process. If stakes are low, actors may not even realize there is a problem in the first place or may lack an incentive to participate and are more likely to free ride. If stakes are skewed, participation can vary because some group members may have high stakes while the rest have low. (See Table 1: Assessment of Institutional Capabilities).

Komesar posits that the greatest cost of participation is information. *Id.*, p. 8. In the political arena, for example, information costs influence whether or not participation actually occurs. It includes: 1. facilitating the recognition of a stake in a particular policy problem; 2. identifying those who are similarly situated; 3. determining when members fail to participate; and 4. acquiring knowledge of the political process and its channels of influence.³ Within the market process, the cost of information determines the nature of a particular transaction and also indicates its fairness. In the example of the polluting factory, information costs include understanding and assessing data on the extent of pollution and on its environmental impacts. In the judicial system, high costs can pose a complete barrier to court access.

A last factor that determines both the quality and quantity of participation is group size. In general the higher the stakes and smaller the group, the more

²⁾ Because no definition is provided in the book, this is my own definition based on reading Imperfect Alternatives.

³⁾ The associate costs of organizing collective action are subsumed under information costs. Imperfect Alternatives, p. 8.

likely that participation is successful. Conversely, the lower the stakes and the larger the group, the more likely there is no participation.

Malfunctioning exists in every institutional process. Free riding is the most serious impediment. It is the refusal of an individual to participate and instead allow others to bear the cost of participation. If the per capita benefit is lower than the cost of participation, then an individual has an incentive to free ride. Even if the per capita benefit is equal to or higher than the cost of participation, free riding may still occur. This is because the net benefits would be even greater if an individual does not pay the participation cost. As the size of a group increases and the per capital stakes lower, the urge to free ride also increases. While in a political and judicial setting free riding results in under representation or even no representation, in a market setting it results in no transaction.

Two other sources of malrepresentation are identified: minoritarian and majoritarian bias.⁴ Minoritarian bias occurs when a small group with high stakes prevails over the majority with low stakes in such a way that the total social costs imposed on the majority outweigh the social benefits gained by the minority. A classic example of minoritarian bias is a tariff that protects local producers to the detriment of consumers who pay higher prices as a consequence. It arises when there is a small group with high stakes because group members are more likely to know about and understand a particular issue. The cost of overcoming free riding and inactivity is also lower because the group can more easily make and police an agreement. Since they are more likely to engage in collective action, such groups are better represented.

While minoritarian biases are the most common malfunction, majoritarian biases have a harsher impact. Majoritarian bias occurs when the majority wins even though the social benefits gained are less than the costs to the minority. A classic example is a law that racially discriminates. Under representation generally occurs when stakes are low and groups are large because of the increased incentive to free ride. As stakes get higher and a large group more heterogeneous, subgroups comprising small numbers with high stakes may emerge. These subgroups can more easily engage in collective action. The added threat of the majority can induce a public policy response which may not be beneficial. But Komesar argues that the interaction between the forces of majoritarian and minoritarian bias sometimes can result in a broad-based policy that benefits all. *Id.*, p. 75.

⁴⁾ By identifying majoritarian bias as another source of malrepresentation, Komesar converts the one-force theory of interest group politics into a two force model. *Id.*, pp. 54-58 and 65-67.

Table 1: Assessment of Institutional Capabilities

Stakes	Group Size	Costs	Outcome	Malfunctions
High	Small: increases possibility of a successful outcome	Likely to overcome	Successful	Minoritarian bias
High	Large: decreases possibility of a successful outcome	More difficult to overcome	Varies	-Free riding -Majoritarian bias
Low	Small: decreases possibility of an unsuccessful outcome	Less likely to overcome	Likely to be unsuccessful	Free riding
Low	Large: increases possibility of an unsuccessful outcome	Unlikely to overcome	Unsuccessful	Free riding
Skewed	Small: increases possibility of a successful outcome	-Those with high stakes likely to overcome -Those with low stakes unlikely to overcome	Varies	-Free riding -Minoritarian bias
Skewed	Large: -decreases possibility of a successful outcome -presence of a small group with high stakes can lead to a successful outcome for larger group	-Those with high stakes likely to overcome -Those with low stakes unlikely to overcome	Varies	-Free riding -Majoritarian bias

Participation in the market process can be measured by balancing transaction benefits against transaction costs (See Table 2: Assessment of Institutional Processes). In general, a small number of actors with high stakes are most likely to engage in successful transactions. As soon as the numbers increase and the stakes lower, chances of a transaction also decrease. Market malfunction is determined by the cost of information. Low stakes combined with high information costs can result in a failure to transact or in a misinformed decision. There is a possibility of fraud if the stakes are uniform, but the costs of information are uneven – that is, high on one side and low on the other. There is a chance of either fraud or sharp dealing if the costs of information are high for all, but the stakes are high on one side and low on the other.

Within the judicial system, the costs and benefits of participation interact with unique features of the court to produce a blend of advantages and disadvantages. For example, the high cost of information means that parties with uniform low stakes are not likely to litigate. Uniform high stakes, on the other hand, can result in litigation. But all institutions operate successfully when stakes are high and Komesar asserts that the market and political processes are often superior in resolving policy problems. *Id.*, p. 137. Indeed, not all problems can be solved by the court system. Unlike the political and market processes, the judicial system can only tackle problems that come to it, and in which a real case or controversy is involved.

Still, the judicial system can provide an important source of comparative advantage. Judicial independence is a unique feature that enables judges to shape social decisions without biases and pressures that can distort other institutions. For example, it can resolve the malfunctions of majoritarian or minoritarian bias. Komesar believes that majoritarian bias has the greatest likelihood of being corrected because a harmed minority is more likely to seek protection through the courts than is a harmed majority. *Id.*

Whether the solution lies within the market, political or judicial process, Komesar's theory provides a framework for analysis of specific public policy issues. It is up to the academic, however, to tailor his or her model to the specific policy problem. Flexibility exists at almost every level. For example, the institutional processes analyzed are picked by the academic. The judicial process can be subsumed in a single institution with the political process. Or the administrative branch can be named as a separate institutional process.

Choices made will depend on the policy problem being tackled and the academic's own bias.

Table 2: Assessment of Institutional Processes

	Political Process	Market Process	Judicial Process
Outcome 1:	High stakes/small group -low information cost -minoritarian bias	Each side has high stakes/high cost or high stakes/low cost -transaction	Uniform high stakes/ high info cost -litigation
Outcome 2:	Low stakes/large group -high information cost -under representation or no representation	Each side has low stakes/high info cost -mistaken choice or -no transaction	Uniform low stakes/high info cost -no litigation
Outcome 3:	Skewed stakes/large group leading to some with high stakes/small numbers -low info costs -majoritarian bias	Skewed stakes (one side has high and one side has low) / high info costs -possible fraud or -sharp dealing	Skewed stakes/ high info cost -depends on legal rules
Outcome 4		Uniform stakes / skewed info costs (one side has high and one side has low) -possible fraud	
Main Factors Affecting:	High stakes/group size effects representation	Cost of info affects transaction fairness	Cost of information always high

3. The Protection of Factual Contents in the United States

3.1 The Judicial Process

The traditional copyright regime of the United States strikes a delicate balance between granting authors incentives to create new works and ensuring a constant flow of free information to stimulate further creativity and the development of knowledge. The Supreme Court explains this rationale:

“Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts.” Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975).

The idea-expression dichotomy is a basic principle of the copyright balance. It was first elaborated by the Supreme Court in 1879: “The very object of publishing a book on science or the useful arts is to communicate to the world the useful knowledge which it contains. But this object would be frustrated if the knowledge could not be used without incurring the guilt of piracy of the book.” Baker v. Selden, 101 U.S. 99, 103 (1879).

Under the 1976 Copyright Act, protection is extended to authors who create original works, ranging from literature to computer programs, that are fixed in a tangible medium of expression. 17 U.S.C. §102(a). While copyright is provided for the expression of ideas, it does not extend to “any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery.” Id., §102(b). As the Supreme Court explains, “Were an author able to prevent subsequent authors from using concepts, ideas, or facts contained in his or her work, the creative process would wither and scholars would be forced into unproductive replication of the research of their predecessors.” Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 582 (1985).

Original databases with factual contents qualify for copyright protection as compilations under the category of literary works.⁵ A compilation is defined as: “a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship.” 17 U.S.C. §101.

The balancing mechanism of copyright law was not always applied to databases containing non-copyrightable materials such as facts. All courts 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 Fed. 83, 87 (2nd Cir. 1922).

⁵⁾ Databases that assemble previously copyrighted works fall under a subset of compilations termed collective works. 17 U.S.C. §101.

For years, the federal courts were split over which part of such compilations was copyright protected. But in 1991, the Supreme Court answered the question. It held in Feist Publications v. Rural Telephone Service that facts and individual pieces of data are not copyrightable, but the selection and arrangement of a compilation, if original, is. 499 U.S. 340 (1991).

The claimant, Rural Telephone Service, was a public utility that provided telephone service in rural Kansas. As part of its monopoly status, it was required by law to print a telephone book. While the book was free to telephone service subscribers, Rural made money by selling advertising space for its yellow pages.

The defendant, Feist Publications, produced a directory that covered 11 different telephone service areas. It usually paid a license fee to obtain its white page listings. Rural was the only telephone service that refused to license. Without Rural's listings, Feist's directory would have been incomplete and the company would have had problems selling advertising space.

Feist used Rural's listings anyway. After discarding those not within its coverage, the company verified the name, telephone number and town of each Rural subscriber and added street addresses which were largely missing. In the end, 1,309 of Feist's white page listings were identical.

Rural sued for copyright infringement arguing that the data used in its directory was copyrightable. It argued that Feist had to knock on doors and recreate 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. Facts contained in a compilation are not protected by copyright because they are not original. Facts are not original, said the Court, 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 fact has not created the fact." Id., at 347. Thus, wrote the Court, "census takers do not create the population figures that emerge from their efforts; they copy them from the world around them." Id. The Court continued, "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.” *Id.*, at 349. In justifying its decision, the Court said, “It may seem unfair that much of the fruit of the compiler’s labor may be used by others without compensation...however, this is not ‘some unforeseen byproduct of a statutory scheme.’ It is, rather, ‘the essence of copyright.’” *Id.*

3.2 The Political Process

After *Feist*, only the selection and arrangement of a database could be protected, but never its factual contents. Even if the selection or arrangement of a work was sufficiently original to be granted copyright protection, proof of copyright infringement required near exact copying. Thus, the case law generally 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.⁶

Efforts to introduce legislation to protect database contents began in 1996 immediately after the passage of the Information Database Directive in the European Union. But even though bills have been introduced in almost every congressional year since then, none have passed. Over the years, two main models of protection have been forwarded. The first was a property rights model in which database makers were given a right to prevent certain uses of their database content. If others wished to use the contents, they had to obtain permission and pay for a license.

The “Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996” is an example of the strongest version of an exclusive property model. H.R. 3531, 104 Cong. (1996). Databases that qualified for protection were “the result of a qualitatively or quantitatively substantial investment of human, technical, financial or other resources in the collection, assembly, verification, organization or presentation of the database contents” and were “used, reused or intended to be used or reused” in commerce. *Id.*, §3. This definition was very similar to that in the EU Information Database Directive except that protected databases had to be of commercial interest.

The exclusive rights granted were also very similar to the EU Directive, but with a commercial focus. No person was allowed to “extract, use or reuse all or a substantial part, qualitatively or quantitatively...of the contents of a database...in a manner that conflicts with the database owner’s normal exploitation of the database or adversely affects the actual or potential market for that database.” *Id.*, §4(a)(1) “The repeated or systematic extraction, use or

⁶⁾ This was confirmed by analyzing all cases involving selection and arrangement of a compilation since 1991.

reuse of insubstantial parts, qualitatively or quantitatively” was also prohibited. Id., §4(a)(2).

The term of protection was 25 years. Any change of commercial significance would trigger a new term. Remedies for violations included both civil and criminal. Contrary to the Information Database Directive, all provisions of the act could be waived through contract.

The second model of protection forwarded was a misappropriation based model. Here, if someone used the database in a certain manner without permission and they were caught, then they had to pay damages to the database maker. The level of damages was determined by the court in a case-by-case basis. Thus, rather than having the price of use set through negotiations in the market place, the price was set by the court through an award of damages after a violation had occurred.

The most recent bill introduced on 2 March 2004, represents the narrowest misappropriation bill introduced in Congress. The purpose of the “Consumer Access to Information Act of 2004” is “to prohibit the misappropriation of databases while ensuring consumer access to factual information.” H.R. 3872, 108 Cong. (2004). The bill deems the misappropriation of a database as an unfair method of competition or an unfair or deceptive act to be enforced by the Federal Trade Commission. A violation occurs under the following circumstances: “(1) a person generates or collects the information in the database at some cost or expense; (2) the value of the information is highly time-sensitive; (3) another person's use of the information constitutes free-riding on the first person's costly efforts to generate or collect it; (4) the other person's use of the information is in direct competition with a product or service offered by the first person; and (5) the ability of other parties to free-ride on the efforts of the first person would so reduce the incentive to produce the product or service that its existence or quality would be substantially threatened.” Id., §2(b).

3.3 The Market Process

After Feist, copyright protection of database contents was insecure. Mass market licenses presented an alternative. Traditionally, any license affecting copyright was invalid. Under the preemption doctrine, federal copyright law traditionally superseded state contract law. 17 U.S.C. § 301.

This changed in 1996. In another telephone book dispute, a license provision to prevent commercial distribution of telephone listings was upheld by the 7th Circuit. ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996). Since the ProCD decision, the 8th Circuit Court of Appeals, the Federal Circuit and a 3rd

Circuit District Court have followed suit.⁷ Though other courts have followed its precedent, the ProCD decision has been severely criticized. Shrinkwrap licenses remain invalid in the 5th and 3rd Circuits and also have been held invalid by district courts in the 9th and 10th Circuits.⁸

In those circuits where such license provisions are valid, producers can: 1. prohibit copying that is normally allowed under traditional limitations to the copyright law; 2. protect material that is non-copyrightable, such as the factual contents of databases; and 3. create perpetual copyrights. However, breaches of license provisions can only be enforced against those in contract privity with the database maker. Thus enforcement can not be sought against third parties who breach.

Most producers combine licenses with technological protection measures. The Digital Millennium Copyright Act of 1988 is a powerful legal mechanism that protects technological measures used by producers of copyrighted works. 17 U.S.C. §§1201-1205. Rather than vary in their interpretations as is normal, the federal circuits agree on how the DMCA should be interpreted and readily grant preliminary or permanent injunctions to prevent circumvention.

Section 1201 contains anti-circumvention and anti-trafficking provisions aimed to prevent unlawful access to a copyrighted work and 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.⁹

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

⁷⁾ See Storm Impact v. Software of the Month Club, 13 F. Supp. 2d 782 (N.D. Ill. 1998); Lipsher v. LRP Pubs., Inc., 266 F.3d 1305 (8th Cir. 2001); Information Handling Servs. v. LRP Pubs., Inc., No. 00-1859, 2000 U.S. Dist. LEXIS 14531 (E.D. Pa. Sept. 20, 2000); Bowers v. Baystate Techs., 320 F.3d 1317 (Fed. Cir. 2003).

⁸⁾ 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 (3^d Cir. 1991). See also Arizona Retail Sys. v. Software Link, 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993) and Klocek v. Gateway, Inc., 104 F. Supp. 2d 1332 (D. Kan. 2000).

⁹⁾ All conclusions on the case law are based on research of every case involving infringement of the DMCA.

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.

Technological measures that circumvent copyright protection consist of those that “in the ordinary course of operation prevent, restrict, or otherwise limit the exercise of a right of a copyright owner.” *Id.* Courts have banned the trafficking of circumvention tools including: 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 extent to which the anti-circumvention and anti-trafficking provisions cover factual databases is difficult to predict. Technically, the DMCA applies only to electronic databases and to those components, such as an original selection and arrangement, that are copyrightable. Does this mean that a technological measure can be circumvented to use unprotected content? According to the 2nd Circuit, it is possible to make fair use of copyrighted material by circumventing technological measures. Universal City Studios, Inc. v. Corley 273 F.3d 429(2nd Cir.2001). The problem is that many individuals are unable to circumvent such measures on their own. Stated the Court: “the fact that Congress elected to leave technologically unsophisticated persons who wish to make fair use of encrypted copyrighted works without the technical means of doing so is a matter for Congress unless Congress' decision contravenes the Constitution.” *Id.*

4. The Protection of Factual Contents in the European Union

4.1 The Political Process

In the late 1980s, EU legislators began to explore methods of encouraging growth of a strong database industry. They sought to profit from rapid technological development and to thwart the productive advantage of third countries such as the United States. Member States boasted a variety of models that could form the basis of a potential directive. Probably the strongest property right existed in England and Ireland where factual database content was safeguarded by copyright law under a theory similar to sweat of the brow. Under the Nordic Catalogue Rule, Scandinavian countries prevented reproduction of large collections of data for 10 years. In some nations, factual database contents did not qualify for copyright protection, but the selection and arrangement of a database, if original, did. Countries such as France and

Germany prevented slavish copying and use of a database by competitors through unfair competition law.¹⁰

A misappropriation model targeting commercial competitors was forwarded in the initial proposal of 1992. Member States were directed to “provide for a right for the maker of the database to prevent the unauthorized extraction or re-utilization, from that database, of its contents, in whole or in substantial part, for commercial purposes.” Art. 2.5. Only electronic databases whose contents were not protected under national law were eligible. If granted, protection lasted for 10 years. Article 9.3.

The initial proposal did not become law. Instead, the EU legislature passed the 1996 Information Database Directive which features a strong property rights model.¹¹ Legislators pinpoint the gravest threat to database production as the risk that database contents may be copied and rearranged electronically without infringement. R38. But to address this legal gap, producers are granted a *sui generis* right to prevent: 1. “the 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.

Two definitions are provided. Extraction is reproduction: “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). Re-utilization equals public dissemination: “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.” *Id.*

Only certain databases qualify 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.” R40. According to Recital 19, the compilation of musical recordings on a CD does not meet the substantial investment criteria.

¹⁰⁾ See Mark J. Davison, The Legal Protection of Databases (Cambridge University Press, Cambridge, 2003) chapter 4, pp. 103-159.

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

If protection is granted, the term lasts for 15 years. Art. 10(1) & (2). 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." Art. 10(3). A substantial verification of database contents can trigger an additional term. Recital 55.

One mandatory limitation is established. The lawful user can freely take insubstantial parts of database contents "for any purpose whatsoever" as long as it does not "conflict with normal exploitation of the database or unreasonably prejudice the legitimate interests of the maker of the database." Three optional limitations also can be adopted. The lawful user can employ substantial parts of a database: "(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 of a non-commercial nature; and (c) in the case of extraction and/or re-utilization for the purposes of public security or an administrative or judicial procedure." Art 9.

4.2 The Judicial Process

Under the new Directive, many of the key concepts necessary for the implementation of the database protection right were undefined. Questions included: 1. what kind of investment is considered substantial and how is it measured; 2. what constitutes infringement of both a substantial and an insubstantial part of a database; and 3. how exactly can it be measured both quantitatively and qualitatively. Legislators may have purposively left key terms undefined to allow national courts to come up with their own interpretations.¹² These definitional gaps led to litigation.

Nearly 7 years after implementation, the European Court of Justice issued four decisions which dramatically redefined the scope of the Directive.¹³ The main judgment was British Horseracing Board v. William Hill Organization. The BHB determined British horse races. It created a fixture list which contained

¹²⁾ See British Horseracing Board v. William Hill Organization, Opinion of Advocate General Stix-Hackl, 8 June 2004.

¹³⁾ See British Horseracing Board v. William Hill Organization, Judgment of the ECJ, case C-203/02, Nov. 2004 (from England); Fixtures Marketing Limited v Organismos Prognostikon Agonon Podosphairou AE, Judgment of the ECJ, case C-444/02, 9 Nov. 2004 (from Greece); Fixtures Marketing LTD v. Oy Veikkaus Ab, Judgment of the ECJ, case C-45/02, 9 Nov. 2004 (from Finland); and Fixtures Marketing Ltd. V. AB Svenska Spel, Judgment of the ECJ, case C-338/02, 9 Nov. 2004 (from Sweden).

the information and formed part of a larger database of 214 tables with million records. William Hill was a leading off-track bookmaking in the UK that used horse racing data for its internet betting activities.

First case involving the *sui generis* right in England, the British Horseracing Board (BHB) claimed that its fixture list qualified for protection. Defendant William Hill violated both Article 7(1) on extraction and reproduction of a substantial part of a database and Article 7(5) on repeated and systematic use of an insubstantial part. In its defense, William Hill argued, among other things, that the data was already in the public domain by the time it was published on its website and was therefore free to all. William Hill also argued that it did not take a substantial part or even a repeated and systematic substantial part of the contents of the database but only a small part that was negligible.

The lower British court and the Advocate General sided with BHB.¹⁴ But in November 2004, the European Court of Justice shocked supporters of database rights by raising the threshold to qualify for protection. The ECJ rejected William Hill's interpretation that the purpose of the Directive was to promote and protect investment in data 'storage' and 'processing'.

Similar to the Advocate General's analysis, the Court stated that the expression 'investment in ... the obtaining, verification or presentation of contents' of a database must be understood, generally, to refer to investment in the creation of that database as such." ¶ 30. But the ECJ held that investment in obtaining the contents of a database can only refer to investment in finding and collecting existing data to put into a database. Contrary to the lower British Court and the Advocate General, it can refer to the creation of the actual data.¹⁵

The ECJ held that the BHB database lacked sufficient investment to qualify for protection. The part taken consisted primarily of data that was created not by BHB.

The claimant's investment in the list of horses scheduled to race was limited to "selection, for the purpose of organising horse racing, of the horses to run in the race" and "prior checks as to the identity of the person who entered the race, the characteristics of the horse and the classification of the horse by the owner and the jockey." ¶¶ 38-39. Concluded the Court, "It follows that the resources used to draw up a list of horses in a race and to carry out

British Horseracing Board v. William Hill Organization, High Court of Justice Chancery Division, Case No. HC-2000 1335, London, 9 February 2001 and British Horseracing Board, Advocate General's Opinion, 8 June 2004.

According to the Advocate General, resources used to create data did not count towards the investment. However, she noted that obtaining could include the creation of data if it takes place at the same time as its processing and was inseparable from it. British Horseracing Board, Advocate General's Opinion, 8 June 2004, ¶ 49.

checks in that connection do not represent investment in the obtaining and verification of the contents of the database in which that list appears.” ¶ 41.

Creators of data can receive protection if they prove a substantial investment independent of any resources used to create the data itself. This could consist of “the collection of those data, their systematic or methodical arrangement in the database, the organization of their individual accessibility and the verification of their accuracy throughout the operation of the database.” ¶ 36.

The Court also defined the terms substantial and insubstantial. First, it examined the objectives of the right. According to Recital 42, the right is intended to prevent a situation in which a user “through his acts, causes significant detriment, evaluated qualitatively or quantitatively, to the investment.” The implication, stated the ECJ, is that both substantial and insubstantial refers to “the investment in the creation of the database and the prejudice caused to that investment by the act of extracting or re-utilizing.” ¶ 69. In a complete departure from previous decisions, the Court announced that the intrinsic value of the materials affected does not constitute a relevant criterion.

The definition of a substantial part evaluated quantitatively refers to the volume of data extracted, stated the Court, and must be accessed in relation to the volume of the whole contents, not just a part. A user takes a quantitatively significant part of the contents of a database if the creation of that part requires the deployment of substantial resources. The definition of “substantial part, evaluated qualitatively,” on the other hand, refers to the scale of the investment, regardless of quantity. According to the Court, a small part of the contents of a database may represent a significant human, technical or financial investment in the obtaining, verifying and presenting of existing materials.

Finally, the Court defined what constitutes infringement of an insubstantial part. Agreeing with the Advocate General, the ECJ stated that this protection was designed to prevent circumvention of the right against use of a substantial part. Accordingly, the Court stated that the right against use of an insubstantial part “prohibits acts of extraction made by users which, because of their repeated and systematic character, would lead to the reconstitution of the database as a whole or, at the very least, of a substantial part of it, without the authorization of the maker,” regardless of the activity for which it will be used. ¶ 87. Acts of re-utilization of insubstantial parts are also prohibited.

4.3 The Market Process

The narrowed scope of the Information Database Directive may provide additional incentives for use of license provisions and technological measures to protect factual database content. Yet within the EU, it is not clear whether shrinkwrap, clickwrap or browsewrap licenses are valid or whether license provisions prohibiting certain actions allowed by the Directive would be upheld.

The only two statutes that shed light on these problems are Directive 97/7/EC on Distance Contracts and Directive 2000/31/EC on Information Society Services.¹⁶ The first Directive applies to suppliers of products and consumers, while the second covers suppliers of services and consumers. Both involve contracts concluded from a distance.

A goal of the Directives is to promote transparency to enable consumers to make well-informed decisions. Although they provide basic rights of information to protect consumers, neither defines how a contract is formed. Such information is important in determining the validity of electronic licenses.

What is certain is that contract terms must be clear and downloadable. In the Directive on Distance Contracts, information must be “provided in a clear and comprehensible manner in any way appropriate to the means of distance communication used.” Art. 4.2. Moreover, written confirmation must be provided in a “durable medium” that is “available and accessible.” Art. 5.1. The Information Services Directive mandates that information provided whether or not a contract is formed must be “easily, directly and permanently accessible.” Art. 5.1. When a contract is actually made, “contract terms and general conditions provided to the recipient must be made available in a way that allows him to store and reproduce them.” Art. 10(3).

These rules indicate that there must be some form of sufficient notice of basic contract terms and that those terms must be downloadable. Browsewrap licenses do not meet these requirements and thus are most likely invalid. Whether or not specific Members States would validate shrinkwrap licenses is subject to debate. According to one scholar, France and Germany would recognize shrinkwrap licenses under certain circumstances, while the

¹⁶⁾ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts; Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services.

Netherlands would not.¹⁷ Clickwrap licenses, if their terms are clear and downloadable, are the most likely to be accepted.

It is also unclear whether database producers can expand protection through licenses. The Database Directive mandates that “any contractual provision contrary to Articles 6 (1) and 8 shall be null and void.” Article 6(1) allows a lawful user to engage in any of the restricted acts of copyright – that is reproduction, alteration, distribution, communication or display – that are necessary to access and normal use. Article 8 of the *sui generis* right provides that a lawful user can exploit insubstantial parts of a database without permission as long as it does not conflict with normal exploitation or prejudice any copyright holder of materials included in the database.

Whether or not license provisions can deny database users the right to any other limitation or exception is debatable. In terms of whether exceptions and limitations of copyright can be prohibited by contract, one scholar believes that in France license provisions that expand copyright would probably be allowed, whereas in Germany they would probably not.¹⁸

While the status of licenses and license provisions is in doubt, the protection of technological measures, incorporated into Chapter III of the Information Society Directive 2001/29/EC, is strong, but varies from the US in several ways.¹⁹ The statute is divided into an anti-circumvention and an anti-trafficking component. Article 6.1 mandates the provision of “adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person carries out in the knowledge or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.”

The anti-circumvention provision embraces both efforts to circumvent access to copyrighted works and any efforts to circumvent technical measures that protect an exclusive right of copyright such as reproduction or dissemination. This makes the provision potentially broader than its US equivalent.

At the same time, however, the anti-circumvention provision requires proof that the action was carried out “in the knowledge or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.” *Id.* It may significantly weaken the force of the provision, especially outside the EU, if it can be

¹⁷ Lucie Guibault, Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright, (Information Law Services, Kluwer Law International, the Hague, 2002), p. 201.

¹⁸ *Id.*, at 220-222.

¹⁹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

shown that the person performing the act did not know about the provision. In the US, the intent requirement is absent except where criminal sanctions are sought.

The anti-trafficking provision is extremely similar to that in the US. It requires member states to provide, “adequate legal protection against the manufacture, import, distribution, sale, rental, advertisement for sale or rental, or possession for commercial purposes of devices, products or components or the provision of services which” aid in circumvention. Art. 6.2.

The definition of technical measures comprises both access and copyright control technologies. Technological measures are defined as “any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject-matter, which are not authorized by the right holder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the sui generis right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC.” Art.6.3.

In stark contrast to the US, Member States are encouraged to promote voluntary agreements to achieve the objectives of the exceptions and limitations. Art. 6.4 and R51. If voluntary agreements are impossible, Member States are mandated to take appropriate measures to ensure that users can exercise limitations and exceptions. Article 6.4 specifically states that technological measures can also be circumvented in order to achieve the exceptions and limitations outlined in the Database Directive. How effectively this provision will be implemented is open to question.

5. Evaluation of the Decision-Making Processes

5.1 General Observations

The best way to analyze the process of policy formation on database content protection in the US and EU is to answer the following questions: 1. what was the policy question being decided; 2. what interests were directly affected; 3. what institutional process formulated a solution; 4. what policy outcome evolved; and 5. how adequately were interests represented. Once these questions are answered, an evaluation must be made of whether the institutional process used to achieve the specific policy was the most representative. If not, alternative scenarios may also be considered.

5.2 The US Model

The initial policy question to be decided in the United States was whether or not the factual contents of databases should be protected by copyright. Quite a number of interests could be affected by this decision (See Table 3: Comparison of Institutional Processes in the US). Those favoring strong protection would tend to be commercial, nonprofit and private makers and/or publishers of factual databases who wish to control their content and earn money by licensing use of their material. Their stake in the issue is likely high because it impacts their profit margin. Although makers of databases who did not seek profit could potentially be interested in receiving protection from a moral rights perspective, it is likely that such actors would not even be aware of the policy problem.

A broader spectrum is likely to support little or no protection. Not all would be interested in making a profit. They could include commercial, nonprofit and private users of databases who wish to have guaranteed access to factual content. Commercial users are likely to have high stakes because the price of factual database contents could impact their profit margin. Nonprofit users would also have high stakes if their activities were dependent on reasonable access to factual contents. Private users, such as ordinary consumers of databases, are likely to have no knowledge of the issue or would tend to free ride because the cost of participation would outweigh the benefit.

It was the US Supreme Court that resolved the policy question. The lawsuit involved commercial competitors who were in direct dispute, Rural Telephone Services and Feist Publications. Both parties depended on advertising for their income. Naturally, they each had high stakes in the issue or they would not have paid the cost of taking a lawsuit all the way to the Supreme Court.

The Court also accepted motions to submit *amicus curiae* briefs from 13 third parties that proved an interest in the case. They primarily comprised a group of commercial competitors whose businesses included the production or use of telephone directories. Several parties had been or were involved in other lawsuits against each other that involved the copyright of factual contents.

Seven third parties supported Rural Telephone Services, including associations representing 200 American publishers concerned with protecting their factual compilations and the majority of American telephone companies.

Five parties supported Feist's position that factual contents were not copyrightable. They comprised associations representing 33,000 direct mail marketers who rely on telephone books to compile their mailing lists, 11 publishers of cross reference directories which take telephone book contents

and arrange them according to telephone number or address instead of name and 120 publishers of independent telephone directories which do not own telephone services.

Table 3: Comparison of Institutional Processes in the US

Institution	Interests	Stakes	Costs	Outcome	Evaluation
Legal Process	Represented: commercial competitors using/making telephone directories Not represented: 1. commercial and nonprofit users with general interest in content 2. private users	Represented: high Not represented: 1. high 2. low	Represented: high Not represented: 1. high 2. high	Database content not protected	Pro: -insulated from outside pressure Con: -lack of representation due to high costs or legal rules that prohibit participation -no consideration of impact
Political Process	Represented: commercial, public, nonprofit users and producers interested in factual content -Not represented: private users	Represented: high -Not represented: low	Represented: overcome due to high stakes -Not represented: high	No legislation	Pro: -most vigorous and representative process Con: -deadlock -no consideration of policy context
Market Process	-All producers -All users	-Producers: high -Users: varies from high to low	-Producers: varies from high to low -Users: varies but more likely high	-Both transactions and no transactions	Pro: -flexibility -parties create own solutions Con: -inefficient -possible fraud, sharp dealing mistaken choice

Were all directly affected interests represented in the decision-making process? Due to the high cost of participating and the Court's own legal rules, many interests were left out. No doubt individual users did not participate because they did not even know about the issue and its consequences. Others, such as noncommercial users of telephone directories, may have found the high cost of participation prohibitive. But even those who had high stakes were left out of the process if they could not prove a direct interest in the specific facts of the case. This could include commercial and noncommercial entities within the scientific and research communities.

One advantage of the judicial process was that the Supreme Court is isolated from any pressure and could make what some came to think was an unpopular decision. Yet, the process by which the decision was made was far from perfect. The parties comprised a narrow group of commercial competitors with a proven interest in telephone directory contents. Because of deficiencies implicit in the legal system, a wider representation of interests with a stake in factual database content in general could not have been achieved. The inherent nature of the legal system also meant that additional policy options were not considered. As a result, the Supreme Court's decision left a policy vacuum that proved difficult for both those who favored and disfavored protection.

Would another institutional process have been better? Many of the parties in the lawsuit agreed that the role of Congress was to define the copyright balance. Efforts to introduce legislation to protect database contents began in 1996 immediately after the passage of the EU Information Database Directive. Legislative proposals were introduced in 1996, 1997, 1999 and 2003.

During the history of legislative activity, public hearings were held in 1997, 1998, 1999 and 2003. The hearings boasted a healthy representation of those in favor and those against protection. Those in favor comprised a wider spectrum of companies who made money selling their factual databases. They were represented by groups such as the Coalition Against Database Piracy, the Information Industry Association and the Association of Directory Publishers.

Those who favored little or no protection made up a wider pool of users and producers. They represented the majority of US universities, public libraries, scientists, medical researchers and engineers. For example, the library associations that gave testimony represented 80,000 nonprofit libraries of the 120,000 existing in the United States. Opponents to protection proved very persuasive both because of the sheer numbers they represented and because of their warning that protection of database contents could bring the US research and innovation system to a halt.

It is fair to say that the legislative process allowed for representation of nearly all interests directly affected by the policy question at hand. The only interests not represented were those of individual users whose participation costs were too high to justify participation and were likely not even aware of the issue. Yet the outcome was no legislation. This result may indicate that a majoritarian bias occurred because the benefits gained, if any, were less than the cost of no protection to the minority.

In reality, it is difficult to determine whether the absence of legislation represents victory for opponents of protection or a malfunction of the political process in the form of deadlock. If it indicates a victory, that victory may be empty. This is because no matter how rigorous, the process failed to consider the context. In the absence of any legislation clarifying rights, the use of self-help measures, such as licenses and technological measures, may be even more threatening to the copyright balance. On the other hand, if the absence of legislation represents deadlock, then this may mean the legislative process was unable to mediate between majoritarian and minoritarian interests.

In the end, protection was left to the market process. But because there exists no delineation of rights for the producer or of guaranteed reasonable access for the user, negotiations for use are likely difficult. It is up to every community to work out solutions on their own, without any backing from the legal or political process. While this may be possible for commercial enterprises and for the library, science, engineering, education and other research communities, it is inefficient.

The situation could be even worse between individual users and producers. Here, the database maker would likely include license provisions and technological measures. But the individual user, unfamiliar with the law, would allow the maker to protect their factual contents. Even if the individual was aware of the legal consequences, they would have almost no power or interest in fighting for another result. None of the institutional processes represented these individual interests.

Given the constraints involved, the policy question could best be resolved through the legislature. This is because nearly all directly affected interests participated in the process. The fact that the outcome of this vigorous representation process was no legislation points to a possible weakness in the theory of comparative institutional analysis.

5.3 The EU Model

The policy question considered in the European Union was different than that considered in the United States. The question was not whether or not factual

database contents should be protected but rather should database contents be protected by a misappropriation model or a property rights model. This difference is likely due to the institution that made the initial policy decision.

The potential interests involved in such a decision are generally the same as those in the United States: all commercial, public and private producers and users of databases with factual contents. One active participant markedly different in the European context was, of course, governments.

The legislative process made the initial policy decision by drafting a directive through the co-decision procedure. While the Commission wrote the initial draft, the Council and the Parliament had a chance to amend and approve or reject it. This allowed representatives from the EU institutions, the Member States and the people of Europe to participate in the decision-making process. Such broad representation leaves no doubt that all directly affected actors had the opportunity to be involved (See Table 4: Comparison of Institutional Processes in the EU).

Unfortunately, a lack of transparency makes it difficult to determine which interests actually participated. In the US, the congressional record is available to the public, both oral and written. The European Union, in contrast, has no similar public record. What is apparent from the different versions of the Directive, however, is that the model of protection slowly evolved from a misappropriation model to a strong property rights model. The only indication of why these changes occurred is references to piracy that could be committed by both commercial and noncommercial users.

A backwards analysis would posit that because the final Directive granted strong protection, with few exceptions and limitations, a minoritarian bias must have occurred. Indeed one commentator has suggested that database makers lobbied strongly while other interests did nothing.²⁰ Only interviews with the parties involved and further research could prove whether this is correct or not.

The ECJ decision completely changed the coverage of database protection from extremely strong protection for potentially all databases to a very strong right granted to a select group of commercial entities involved in the use or production of factual database content. Which directly affected interests participated in the legal process? Clearly, the parties in the lawsuit represented commercial entities involved in the use or production of factual database content. But when a preliminary ruling is sought, all Member States and EU institutions

²⁰⁾ See, Davison, The Legal Protection of Databases.

Table 4: Comparison of Institutional Processes in the EU

Institution	Interests	Stakes	Costs	Outcome	Evaluation
Political Process	Represented: EU institutions, Member States (through EU Council) and the people of Europe (through EU Parliament)	Represented: varies from high to low with EU Commission likely to be high	Represented: varies from high to low	High protection through the Information Database Directive	Pro: -potentially most representative process Con: -possible lack of representation among certain groups
Legal Process	Represented: commercial entities using/making sports databases and fixture lists, EU institutions and Member States	Represented: high	Represented: high	Qualification threshold raised Infringement requirements raised	Pro: - potentially very representative process -insulated from outside pressure Con: -potentially too insulated from outside pressure
Market Process	All producers All users	Producers: high Users: varies from high to low	Producers: varies from high to low Users: varies but more likely high	Both transactions and no transactions	Pro: -flexibility -parties create own solutions Con: -inefficient -lack of legal certainty for licenses

also have the opportunity to contribute written observations and participate in oral hearings. The opinion of the Advocate General and the four ECJ decisions reveal that the Commission in its observations must have favored a strong property rights directive. For example, it argued that it was the intention of the Community legislature to provide a broad definition of the term, "database."

On the other hand, in the four cases involving the Information Database Directive, represented governments sought a softening of the law. For example, the Austrian, Belgian, Dutch, German and Portuguese governments all urged that the definition of investment in the obtaining of the contents of a database does not include creation of the data but only its collection. This revised definition was the key to the decisions.

The extent of interests represented in the court case is difficult to gauge. Only the ECJ decisions and the Advocate General's opinions are publicly available. One thing that can be said is that governments that were against strong protection voiced their opinion. A few of these countries, such as the Netherlands, had embraced the spin-off theory which states databases not made as a primary activity of a business should not be protected. The ECJ heard these voices. Thus although at first blush, the legislative process had the potential to be most representative, it may be that a wider spectrum of voices was heard at the Court.

Naturally, the new gap in protection could lead producers to protect their factual contents through self-help measures. But unlike the US context, the rights allocated are more clearly spelled out. Though arguments could ensue about whether or not the contents of a particular database are protected, at least sophisticated producers and users can more easily negotiate an agreement.

A preliminary evaluation of the European example would pose that both the legislature and judicial processes had the potential to be most representative, but in this particular instance, it may have been the judiciary. However, this conclusion is not substantiated and much more research is necessary to confirm it. Furthermore, a better explanation of what happened in the EU legislature is necessary. It could be that there is more involved than an application of concepts of comparative institutional analysis. Other factors to consider are: 1. the historical traditions and development of the institutions involved; 2. the legal traditions; and 3. the fact that the option which comes out of the most vigorous representation process may not be the best.

6. Conclusion

The theory of comparative institutional analysis offers a tempting way to surpass the weaknesses of single institutionalism. A positive lesson arising from the analysis is that when it comes to intellectual property, the market process works much more smoothly when rights of users and producers are clearly defined through other institutional processes. However, a weakness in the theory is also revealed - its focus on a single, decisive policy decision. Another weakness is that the theory focuses solely on the inputs to decision making at the risk of a bad outcome. Responsible academics need to decide for themselves whether or not to abandon the theory or combine it with others.

An initial problem is that comparative institutional analysis views policy decisions as single events occurring in single institutions. But the case of database content protection reveals that policy decisions are a series of events each of which is involved with and reacts to other equally decisive events. This could be corrected by analyzing each event separately as is done in this paper. But a mega theory, which can take an overview of the entire process, is missing.

The concept of effective representation, that a decision should be made in the institution in which the most directly affected interests can be represented, could also be faulty. In the case of database content protection in the United States, the legislative process but boasted the most effective representation, either forwarded a majoritarian bias or was deadlocked.

This outcome may not have been the best available. Yet it is likely that no other institutional process would have been better. Constraints in the judicial system meant that a wider spectrum of interests could not be represented. Within the market process, variations in the stakes and costs meant that representation of those directly affected would not be optimized through this institutional process.

The simple truth is that the theory focuses on providing the inputs in decision making while assuming that favorable policy outcomes will naturally result. While this theory may work in the marketplace, it may not be the most effective method of decision making in every institutional process.

What occurred in the EU is equally difficult to explain. For example, even though the legislative process may have been potentially the most representative, it was the ECJ's surprise policy decision that arguably was the most beneficial because it incorporated both majority and minority interests. Does this mean there is something wrong with the legislative process? Does it

mean that, in reality, the judicial process is more representative? Or does it mean that the theory of comparative institutional analysis is ineffective?

The theory of comparative institutional analysis is appealing because of its flexibility. But inherent in this flexibility is the possibility that every academic can emerge with a policy option that they personally favor. Thus, Komesar's theory is subject to the same criticism he slings to others: that all policy options can be justified no matter what the goal.

IP-telefoni

Søren Sandfeld Jakobsen

1. Begrebet

IP-telefoni (eng.: Voice over IP, eller blot VoIP) er taletelefoni, hvor telefonsamtalen, i stedet for at blive distribueret via det almindelige, offentlige telefonnet, distribueres over IP-netværk såsom Internettet eller andre datanetværk. IP-netværk er netværk, der er baseret på IP-protokollen, som bl.a. Internettet anvender (hvorfor IP-telefoni ofte også kaldes internet-telefoni). IP-telefoni er, som det fremgår, udtryk for en sammensmeltning af telefoni og internetteknologi.

Ved IP-telefoni omsættes telefonsamtalen til en datastrøm på lige fod med andre datastrømme som e-mails, kommunikation via hjemmesider osv. Idet transmission af data i IP-netværk er betydelig billigere end transmission af telefonsamtaler i det traditionelle telefonnet, er der uhyre store omkostningsbesparelser at hente for telebrugere ved at skifte fra traditionel telefoni til IP-telefoni. Af samme årsag er IP-telefoni i kolossal vækst i disse år og spås på lidt længere sigt helt at udkonkurrere traditionel telefoni.

IP-telefoni har imidlertid ikke kun interesse ud fra en teknologisk og erhvervsøkonomisk synsvinkel, men også ud fra en juridisk. IP-telefoni rejser en række stadigt mere påtrængende spørgsmål, der spænder fra det helt overordnede spørgsmål om, hvorvidt IP-telefoni retligt må betragtes som en internet- eller telefonitjeneste, til en række mere detaljerede spørgsmål om anvendelsen af gældende ret på IP-tjenester. Det er nogle af disse spørgsmål, der behandles i denne artikel.

I afsnit 2 beskrives IP-telefoni som teknisk fænomen. Afsnit 3 beskriver retsgrundlaget for forskellige kategorier af IP-telefoni.

2. Teknologisk baggrund

Når en telefonsamtale over det almindelige telefonnet (også kaldet PSTN, Public Switched Telephone Network) gennemføres, bliver der – via teleoperatøren – oprettet en dedikeret linie (et kredsløb) mellem de to samtalende parter, der opretholdes, så længe samtalen varer. Linien har kapacitet (båndbredde) nok til, at de to parter kan tale sammen på samme tid. Da kun den ene part normalt taler ad gangen, og da der også ofte forekommer pauser i en telefonsamtale, hvor ingen af parterne taler, udnytter traditionelle telefonsamtaler ikke fuldt ud den kapacitet, som er til rådighed (og som parterne betaler for). I IP-baserede datanetværk, fx Internettet, bliver der ikke oprettet en dedikeret linie. I stedet transformeres informationen – her den analoge telefonsamtale – til data, der opsplittes i pakker, som transporteres ad de veje i netværket, hvor der er bedst plads, for så at samles til en helhed igen hos modtageren (hvor datastrømmen også omdannes til lyd igen). Dette er en langt mere optimal – og dermed væsentlig billigere – udnyttelse af netværket end ved det traditionelle telefonnet.

IP-telefoni som transmissionsform har været kendt i næsten 10 år, men har indtil for ganske nylig lidt af en række ”børnesygdomme”, som gjorde, at den, trods det betydelige potentiale for omkostningsbesparelser, ikke fremstod som et reelt alternativ til traditionel telefoni. Disse børnesygdomme, fx en ofte tvivlsom kvalitet og stabilitet, er i dag stort set elimineret, ligesom den hastige udbredelse af højhastigheds- og bredbåndsnetværk (fx ADSL og optiske fiber-netværk) giver stadig flere slutbrugere mulighed for at anvende IP-telefoni.

3. Retlig behandling

Telefoni reguleres i telelovgivningen. Idet den gældende telelovgivning (af-født af den bagvedliggende EU-lovgivning) bygger på et princip om *teknologineutralitet*, er udgangspunktet for den retlige behandling af IP-telefoni ganske klart: IP-telefoni reguleres på helt samme måde som almindelig telefoni, dvs. på baggrund af reglerne i telelovgivningen, navnlig telekonkurrenceloven (TKL).¹ Denne lovs regler om bl.a. etablering af infrastruktur, forsyningspligt, samtrafik, krav til teleudbydere vedrørende adgang til alarmtjeneste mv., forbrugerbeskyttelse, krav om udbud af funktioner og faciliteter mv., (jf. om disse regler uddybende nedenfor) finder fuldt ud anvendelse på IP-telefoni.

Når dette udgangspunkt er fastslået, giver IP-telefoni alligevel anledning til visse særlige juridiske problemer og overvejelser. Det skyldes dels, at IP-telefoni ikke er én bestemt tjeneste, men fremkommer i flere – meget forskel-

¹⁾ Lovbekendtgørelse 679/2004.

lige – varianter, dels at enkelte af telelovgivningens regler – på trods af intentionen om teknologineutralitet – er udformet så specifikt med sigte på traditionel telefoni, at de vanskeligt lader sig overføre på IP-telefoni.²

IP-telefoni omfatter forskellige typer tjenester,³ herunder a) ”ren” internettelefoni, dvs. telefoni direkte over Internettet, uden kobling til det almindelige telefonnet, b) telefoni mellem en person tilkoblet et IP-net og en person tilkoblet det almindelige telefonnet, c) IP-telefoni i lukkede netværk. Den retlige regulering afhænger i høj grad af, hvilken af disse typer IP-telefoni, der konkret er tale om.

3.1 ”Ren” internettelefoni

For så vidt angår ren internettelefoni, etablerer og gennemfører samtaleparterne selv samtalen via software og udstyr, der ligger på og/eller tilkobles deres egne computere, uden at nogen teleoperatør er involveret. De to samtalede parter anvender begge en computer med tilhørende særligt software beregnet til IP-telefoni, og samtalen foregår alene via Internettet. Under forudsætning af, at begge parter er online på samme tid og har downloadet det samme IP-software, fx det meget populære program ”Skype”,⁴ kan parterne ringe til hinanden ved brug af en almindelig IP-adresse, typisk deres e-mailadresse. Ved hjælp af et simpelt høretelefonsæt med mikrofon, der tilsluttes computeren, kan parterne høre og tale med hinanden.⁵ Telefonsamtalen afvikles som en datastrøm på Internettet på lige fod med enhver anden datastrøm, fx e-mails, kommunikation med hjemmesider osv. Det er derfor heller ikke nødvendigt at anvende 8-cifrede numre fra den danske nummerplan, idet parternes IP-adresser eller andre særlige, virtuelle identifikationsadresser som nævnt kan anvendes.⁶

Som det fremgår, etablerer og gennemfører samtaleparterne selv samtalen via udstyr, der ligger på og/eller tilkobles deres egne computere, uden at nogen

²⁾ Der pågår for tiden politiske overvejelser, såvel i Danmark som i EU-regi, om den retlige regulering af IP-telefoni. Der er i den forbindelse udarbejdet en række rapporter, jf. fx IT- og Telestyrelsens rapport om analyse af barrierer for udbredelsen af IP-telefoni i Danmark (14. oktober 2004).

³⁾ Jf. EU-Kommissionens meddelelse C 6/4-98 om telekommunikation via Internet, s. 1 f.

⁴⁾ Et tocifret antal millioner mennesker verden over antages allerede i dag at have downloadet Skype. Programmet er i øvrigt i konstant udvikling, og tjenesten giver i dag også mulighed for kommunikation med personer, der er koblet til det almindelige telefonnet. Skype er altså ikke længere en ren peer-to-peer internettjeneste.

⁵⁾ Har parterne tillige tilkoblet et såkaldt webkamera til computeren, kan de samtidig se hinanden, mens de taler sammen – en enkel og billig form for videotelefoni.

⁶⁾ Se om nummerreglerne nedenfor 3.2.2.

teleoperatør er involveret. Da telefonsamtalen som nævnt bevæger sig som enhver anden datastrøm på Internettet, betaler parterne alene (via deres respektive internetudbydere) den sædvanlige pris for trafik til og fra Internettet. Er denne – hvad der er meget almindeligt i dag – en såkaldt ”flat rate”, altså en fast månedlig pris, uanset mængden af data, der transporteres, er telefonsamtalen i princippet gratis, uanset hvor i verden modtageren befinder sig.⁷ Ulemper ved denne form for IP-telefoni er først og fremmest, at der ikke kan telefoneres til personer, der er tilkoblet det almindelige telefonnet.⁸ For det andet, at der kun kan kommunikeres mellem parter, der begge er online samtidigt. Den rene internetbaserede IP-telefoni betragtes af disse grunde endnu ikke som et reelt alternativ til traditionel telefoni.

De internetudbydere, der er involveret i den rene internettelefoni, gør ikke andet end de plejer, dvs. afvikler internettrafik for deres abonnenter, uden kendskab til, at datastrømmen konkret måtte dække over en IP-telefonsamtale. De involverede internetudbydere er i forvejen – i kraft af deres udbud af den elektroniske kommunikationstjeneste, der består i at afvikle internettrafik for abonnenterne – omfattet af telelovgivningen, herunder en række af reglerne i udbudsbekendtgørelsen, jf. nedenfor. Den omstændighed, at en del af denne trafik består af telefonsamtaler, gør ikke internetudbydere til udbydere af *taletelefoni*. De særlige regler i udbudsbekendtgørelsen, der knytter sig til taletelefoni, jf. nedenfor, finder derfor ikke anvendelse.

Udbydere af det særlige software mv., der muliggør den rene internettelefoni, er heller ikke omfattet af telelovgivningen. Det skyldes, at disse softwareudbydere ikke foretager transport af elektronisk kommunikation gennem et elektronisk netværk og derfor ikke udbyder en elektronisk kommunikationstjeneste omfattet af telelovgivningen. Heller ikke i den situation, hvor softwareudbyderen (eller andre) stiller en adresseserver eller lignende til rådighed for brugerne på Internettet, er der tale om en elektronisk kommunikationstjeneste, der medfører, at telelovgivningen finder anvendelse.

Udbudet af softwaret og adresseserveren vil derimod, såfremt det er tilgængeligt som tjenester på Internettet, være informationssamfundstjenester omfattet af e-handelsloven og den øvrige internetlovgivning. *Internetretten* er ikke på samme måde som telelovgivningen en sektorregulering, men består for det første af en række få og spredte regelsæt, der tager sigte på forhold, der følger af Internettets særlige virtuelle karakter. Sådanne regelsæt omfatter fx e-handelsloven, lov om digital signatur, forbrugeraftalelovens fjernsalgsregler

⁷⁾ Af samme grund anses denne form for IP-telefoni særligt som en trussel mod de almindelige – og i dag temmelig dyre – langdistancesamtaler.

⁸⁾ Som nævnt oven for har Skype dog netop lanceret en version, der muliggør kommunikation mellem Internettet og PSTN.

samt visse bestemmelser i ophavsretsloven. Herudover udgøres internetretten af en fortolkning af dansk rets almindelige regler, der også gælder i "offline"-verdenen, fx den almindelige formueret, personoplysningsloven, markedsføringsloven og betalingsmiddel-loven. Som teleretten hviler også internetretten i vid udstrækning på EU-retlige regler.⁹

Afgrænsningen mellem tele- og internetretten beror i udgangspunktet på karakteren af den udbudte tjeneste. Teleretten omfatter (med enkelte undtagelser) alene tjenester, der vedrører *transport* (overførsel) af kommunikation via elektroniske netværk, ikke *indholdstjenester*, jf. TKL § 3, stk. 2. En tjeneste, der fx består i at udbyde telefoni (transport af telefonsamtaler i et elektronisk netværk) eller internetadgang (transport af trafik til og fra Internettet) er således omfattet af telelovgivningen. En hjemmeside på Internettet, derimod, er ikke en transporttjeneste, men en indholdstjeneste, og omfattes derfor ikke af telelovgivningen, men af internetretten.

Idet de fleste typer IP-tjenester, uanset den nærmere teknologiske platform, ikke hører til typen "ren internettelefoni", men involverer en IP-operatør eller i det mindste en internetudbyder, der forestår eller formidler selve transporten af telefonsamtalen mellem afsender og modtager, vil de fleste IP-tjenester være transporttjenester omfattet af teleretten. Om internetretten tillige finder anvendelse, afhænger af, om tjenesten indeholder elementer af indholdstjenester. Dette kan fx være tilfældet, hvor selve etableringen af IP-tjenesten indebærer download af software fra Internettet til brugerens PC (jf. Skype). Her vil den tjeneste, der består i at udbyde det pågældende software fra en hjemmeside på Internettet, i udgangspunktet være en informationssamfundstjeneste omfattet af e-handelsloven.¹⁰ Det samme vil fx en internettjeneste, der udbyder salg af taletid til en given IP-tjeneste.

3.2 IP-telefoni, der involverer kobling til det almindelige telefonnet

Eftersom IP-telefoni er i sin vorden og langt de fleste stadig anvender det traditionelle, kredsløbsbaserede telefonnet (PSTN), får IP-telefoni først rigtig værdi, når det giver mulighed for at kommunikere med personer, der er tilkoblet PSTN. IP-netværket skal altså kunne "tale" med PSTN. Dette kræver, at der etableres en gateway, dvs. et koblingspunkt mellem de to netværk, hvor samtalen kan udveksles og konverteres fra analog til digital information og omvendt. Det IP-netværk, der anvendes, kan være det åbne Internet eller et lukket, privat net baseret på IP-protokollen.

⁹⁾ Jf. bl.a. Ruth Nielsen, E-handelsret (2001), s. 34 ff.

¹⁰⁾ Forudsat betingelserne for at anvende loven, jf. dennes § 1, i øvrigt er opfyldt.

IP-telefonitjenester, der muliggør opkald til og fra PSTN, forudsætter tilstedeværelse af én eller flere tredjemænd. For det første en IP-operatør, der kan etablere gateway'en til telefonnettet og terminere (aflevere) samtalen fra IP-nettet til telefonnettet (eller omvendt). For det andet en sædvanlig teleoperatør, der, når samtalen er afleveret til det traditionelle telefonnet, kan route (dirigere) og terminere samtalen frem til modtageren. Involveringen af denne/disse tredjemænd (IP-operatøren kan og vil ofte også være identisk med teleoperatøren) betyder samtidig, at IP-tjenesten kan tilføjes de øvrige faciliteter, der kendes fra PSTN, herunder et traditionelt nummer-, opkalds- og signalsystem, telefonterminaler, der også kan fungere som traditionelle telefoner osv. Det er således ikke nødvendigt at anvende en PC og være online for at kunne tale sammen.¹¹

Fordelen for kunden ved disse typer af IP-telefonitjenester er herudover, at de – om end de ikke er helt gratis (idet der som minimum skal betales for brugen af PSTN) – fortsat er billigere end traditionel telefoni. Endvidere er de, ligesom mobiltelefoner, ikke bundet til bestemte fysiske punkter, idet alt, hvad der kræves, er en internetadgang. I takt med, at adgangen til Internettet breder sig overalt i det offentlige rum, fx i lufthavne og andre trafikknudepunkter, på cafer osv.,¹² udvides også adgangen til at anvende IP-tjenester. For udbyderne afhænger afkastmulighederne selvsagt af den aftale, der indgås mellem IP-udbyderen og teleoperatøren vedrørende udveksling af trafik mellem de to netværk.

IP-telefonitjenester, der giver adgang til PSTN, er undergivet en ganske anderledes retlig behandling end den rene internettelefoni. Den afgørende forskel er, at der her optræder egentlige udbydere af IP-taletelefonitjenester. Det betyder, at disse udbydere ikke blot omfattes af de regler i telelovgivningen, der gælder for enhver udbyder af elektroniske kommunikationstjenester, men også omfattes af de særlige regler, der gælder for udbydere af taletelefonitjenester.

3.2.1 Særlige regler om taletelefoni

Efter udbudsbekendtgørelsens¹³ § 2, stk. 2, er en taletelefonitjeneste ”...en tjeneste, hvorved offentligheden på kommercielt grundlag har adgang til direkte transport af tale i realtid gennem det offentlige tilkoblede net eller et net af en sådan karakter, at en bruger kan anvende udstyr, der er koblet til et nettermi-

¹¹⁾ Opkald fra fx en internetttilsluttet telefon til en almindelig PSTN-telefon gennemføres rent praktisk ved, at der indtastes et nummer til den gateway, der forbinder datanettet med PSTN. Herefter indtastes nummeret på modtageren (det almindelige nummer fra nummerplanen).

¹²⁾ Sådanne internetadgange i forskellige knudepunkter kaldes også hotspots.

¹³⁾ Jf. bekendtgørelse 638/2005.

neringspunkt på et fast sted til at kommunikere med en anden bruger af udstyr, der er koblet til et andet nettermineringspunkt”.

Ordene ”det offentlige tilkoblede net” sigter til PSTN og offentlige mobilnet. Imidlertid indebærer de resterende ord i definitionen, at ethvert net, der via to nettermineringspunkter kan anvendes til taletefoni, omfattes af definitionen. Den nugældende definition af et nettermineringspunkt, jf. TKL § 3, stk. 3, indebærer, at et termineringspunkt ikke længere er identisk med et traditionelt telefonstik sammen med et telefonnummer og en telefonterminal. I dag omfatter et termineringspunkt også logiske grænseflader som fx et domænenavn, en e-mailadresse samt andre former for adresser på Internettet, herunder adresser til IP-telefoni.¹⁴ Der er derfor ingen tvivl om, at en udbyder af en IP-telefonitjeneste, der giver brugerne mulighed for at kommunikere med brugere af PSTN/offentlige mobilnet, udbyder en ”taletelefonitjeneste” inden for rammerne af udbudsbekendtgørelsens § 2, stk. 2 – på lige fod med en udbyder af traditionel taletelefonitjeneste alene via PSTN og/eller offentlige mobilnet.

Retsvirkningen heraf er, at udbydere af sådanne IP-tjenester skal stille gratis alarm- og nummeroplysningstjenester til rådighed, ligesom udbyderen skal give abonnenten adgang til en takstoplysningsfacilitet jf. udbudsbekendtgørelsens §§ 3-4. Kravet om, at slutbruger skal kunne foretage opkald til den offentlige alarmtjeneste (112), jf. § 3, stk. 1, nr. 1, suppleres af reglen i § 3, stk. 5, hvorefter udbydere af taletelefonitjenester skal sikre, at opkald til den offentlige alarmtjeneste straks termineres i forsyningspligtudbyders net, hvorfra det straks skal dirigeres til den for brugeren nærmeste alarmcentralgiver. Dette krav giver på det nuværende teknologiske stadie anledning til særlige vanskeligheder i relation til IP-telefoni. Det skyldes, at IP-telefoni kan være en nomadisk tjeneste, dvs. en tjeneste, der ikke er knyttet til et fast geografisk punkt (således som fx et telefonnummer i fastnettet er det).¹⁵ Det eneste, der kræves for at kunne ringe op, er opkobling til Internettet, hvilket i princippet kan foretages hvor som helst fra og derfor gør det særdeles vanskeligt at stedfæste opkaldet og videredirigere det.

Kravet vedrørende opkald til den nærmeste alarmcentral har baggrund i EU-retten¹⁶ og giver anledning til problemer i en række EU-lande. EU-kommissio-

¹⁴⁾ Jf. lovbemærkningerne til TKL § 3, stk. 3 (i hovedloven fra 2000). Jf. ligeledes IT- og Telestyrelsen: Rapport om analyse af barrierer for udbredelsen af IP-telefoni i Danmark (2004), s. 36-38.

¹⁵⁾ Af definitionen på taletelefonitjeneste i udbudsbekendtgørelsens § 2, stk. 2, fremgår ganske vist, at brugerens udstyr skal være koblet til et nettermineringspunkt ”på et fast sted”, men denne formulering antages ikke at begrænse definitionen til et traditionelt 8-cifret telefonnummer, men kan omfatte ethvert termineringspunkt i nettet, fysisk såvel som logisk. Se uddybende IT- og Telestyrelsen: Rapport om analyse af barrierer for udbredelsen af IP-telefoni i Danmark (2004), s. 37.

¹⁶⁾ Jf. direktiv 2002/22/EF (forsyningspligtdirektivet), artikel 26, stk. 1.

nen har på den baggrund indledt en dialog med medlemslandene om, hvorledes dette problem (og andre, men mindre, reguleringsproblemer knyttet til IP-telefoni) skal løses.

Idet IP-tjenester, der giver mulighed for opkald til og fra PSTN/offentlige mobilnet, er taletelefonitjenester, er de samtidig offentlige elektroniske kommunikationstjenester, jf. TKL § 3, stk. 2, og § 5. Dette indebærer, at ikke blot de særlige regler om taletelefoni finder anvendelse for IP-telefonitjenester, men også de øvrige regler i TKL, der knytter sig til udbydere af elektroniske kommunikationstjenester.

3.2.2 Anvendelse af telelovgivningens almindelige regler

3.2.2.1 Nummerreglerne

Reglerne om det danske nummersystem findes i TKL kap. 6-10 samt bekendtgørelse 653/2003 om den samlede danske nummerplan (nummerbekendtgørelsen). Den samlede danske nummerplan består af de nummerressourcer, Danmark har fået tildelt gennem ITU-samarbejdet (den Internationale Telekommunikations Union), jf. nummerbekendtgørelsens § 2. Nummersystemet hviler i det hele taget på de internationale aftaler, standarder og anbefalinger, der er vedtaget i ITU, jf. TKL § 25, stk. 1. Administrationen af nummerplanen er i Danmark henlagt til IT- og Telestyrelsen, jf. TKL § 30.

De rettigheder og forpligtelser, der følger af nummerreglerne, finder i det hele også anvendelse på IP-telefoni. Det gælder således retten for alle teleudbydere til at få tildelt nummerserier, jf. TKL § 31 og nummerbekendtgørelsens § 4. Retten gælder også i forhold til udbydere af lukkede net eller tjenester, samt udbydere af datatjenester, der benytter sig af nummerplaner, herunder udbydere af IP-telefoni.¹⁷ Også pligten til at tilbyde frit operatørforvalg og nummerportabilitet, gælder i udgangspunktet for IP-telefoni. Ved frit operatørforvalg forstås, at slutbrugere af fastnet- eller mobiltelefoni har ret til – via en såkaldt forvalgskode – at skifte fra én teleoperatør til en anden og dermed blive i stand til at fordele sit forbrug på forskellige, konkurrerende udbydere, uanset at man som udgangspunkt har sit abonnement hos en bestemt udbyder, jf. TKL § 35

TKL § 36 fastsætter, at udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller – tjenester skal sikre slutbrugere adgang til nummerportabilitet for så vidt angår tjenesterne telefoni (fastnet eller mobil) og ISDN.¹⁸ Nummerportabilitet betyder, at slutbrugeren er berettiget til at medtage sit abonnentnummer ved skift mellem udbydere. Retten til nummerportabilitet har til formål at gøre det lette-

¹⁷⁾ Jf. bemærkningerne til TKL § 31 (2000-hovedloven).

¹⁸⁾ Jf. direktiv 97/33/EF som ændret ved direktiv 98/61/EF.

re for slutbrugere at skifte udbyder og dermed fremme konkurrencen på telemarkedet.¹⁹

Nummerportabilitet indføres i Danmark i to etaper. Status er i skrivende stund, at der er gennemført nummerportabilitet inden for og mellem fastnettelefoni og ISDN. Der er ligeledes gennemført nummerportabilitet inden for mobilkommunikation. Senest ved udgangen af 2005 skal der være gennemført nummerportabilitet mellem fastnet/ISDN og mobilkommunikation.²⁰ Herved vil der være gennemført fuld nummerportabilitet i Danmark.

3.2.2.2 Samtrafik

TKL er bl.a. en sektorkonkurrencelov, der har til formål at sikre effektiv konkurrence på telemarkedet. Den tidligere monopolist, TDC, besidder stadig størsteparten af den (i dag fuldt afskrevne) fysiske infrastruktur og kundemasse. Det er derfor nødvendigt – i hvert fald i en overgangsperiode, indtil den generelle konkurrenceret kan ”overtage” reguleringen – at have særlige regler, der kan hindre TDC’s (og andre udbydere med stærk markedsposition, såkaldt SMP-udbydere) misbrug af dominerende stilling, samt sikre nye aktører, der ikke selv besidder infrastruktur, adgang til de forskellige delmarkeder.

Disse regler, de såkaldte samtrafikregler,²¹ giver nye aktører ret til at få adgang til en SMP-udbyders infrastruktur og tjenester på markedsmæssige vilkår. IT- og Telestyrelsen udpeger SMP-udbydere på baggrund af løbende markedsundersøgelser og kan efter loven pålægge disse en række forpligtelser, herunder fastsætte samtrafikpriser på de enkelte markeder. Udover retten til adgang til SMP-udbyderes infrastruktur og tjenester omfatter samtrafikreglerne også en ret såvel som pligt for alle udbydere af elektroniske netværk til at sammenkoble deres net.

Samtrafikreglerne finder i princippet også anvendelse på IP-telefoni, men er næppe relevante for nærværende. Det skyldes, at markedet for IP-telefoni endnu er et nyt og relativt beskedent marked, hvor der endnu ikke har udviklet sig SMP-udbydere, og hvor der heller ikke i øvrigt er tegn på teknologiske flaskehalse, der kan virke hæmmende på markedsudviklingen. Såfremt konkurrencemyndighederne måtte nå frem til, at der ikke kan afgrænses et særligt marked for IP-telefoni, men at dette er en del af et samlet marked for taletelefoni, vil udbydere af IP-telefoni have en så meget desto mindre andel af det samlede marked og derfor i endnu mindre grad have status af SMP-udbydere.

¹⁹⁾ Jf. bemærkningerne til TKL § 36 (2000-hovedloven).

²⁰⁾ Jf. bekendtgørelse 185/2004 om fuld nummerportabilitet, § 2.

²¹⁾ Jf. TKL afsnit IV. Samtrafikreglerne suppleres af den almindelige konkurrenceret.

3.2.2.3 Forsyningspligt

TKL indeholder desuden regler om forsyningspligt, jf. lovens kap. 4. Forsyningspligten er en forpligtelse for én eller flere udpegede forsyningspligtudbydere til – til enhver, der anmoder derom, såvel virksomheder som private – at levere en række grundlæggende tjenester, herunder basale taletelefonitjenester, ISDN samt nummer-, oplysnings- og nødopkaldstjenester, jf. den udtømmende opstilling i TKL § 16.²² IT- og Telestyrelsen udpeger forsyningspligtudbydere og fastsætter maksimalpriser for de forskellige forsyningspligttydelser.²³

Det er ikke for nærværende et krav efter loven, at forsyningspligtudbydere skal stille IP-telefoni til rådighed. Idet forsyningspligten er teknologineutral, er der på den anden side ikke noget til hinder for, at forsyningspligtudbyderen opfylder forpligtelsen til at levere taletelefoni helt eller delvist ved hjælp af IP-telefoni.²⁴ Da forsyningspligtudbyderen således har ret, men ikke pligt til at udbyde IP-telefoni, og idet retten næppe vil blive udnyttet inden for en overskuelig fremtid, har forsyningspligtreglerne på nærværende tidspunkt ingen større betydning i relation til IP-telefoni.

3.2.2.4 Forbrugerbeskyttelse

TKL indeholder en række særlige forbrugerbeskyttelsesregler, jf. § 10 og den oven for omtalte udbudsbekendtgørelses kap. 2-4. Disse regler skal beskytte forbrugeren over for teleudbyderen i forhold til 1) kontraktindgåelse (herunder navnlig i form af, at der skal foreligge en kontrakt som grundlag for ethvert kundeforhold), 2) brugerens mulighed for at kontrollere sit teleforbrug (gælder dog kun, hvis der er tale om *forbrugsafhængig* debitering²⁵), og 3) behandling af persondata (herunder begrænsninger i teleudbyderes adgang til at behandle trafik- og lokaliseringsdata²⁶ om slutbrugeren). For så vidt angår udbydere af

²²⁾ Jf. uddybende bkg. 665/2003.

²³⁾ TDC blev med virkning fra 1. januar 1998 udpeget som forsyningspligtudbyder for en periode på 10 år. Der er ikke for nærværende udpeget yderligere forsyningspligtudbydere.

²⁴⁾ Dette må dog skulle ske uden særlige udgifter eller gener for slutbrugerne i forhold til traditionel PSTN-baseret taletelefoni.

²⁵⁾ Jf. bekendtgørelsens § 14. Se uddybende IT- og Telestyrelsens notat om bekendtgørelsen (oktober 2003), der er tilgængeligt på styrelsens hjemmeside www.itst.dk.

²⁶⁾ Trafikdata er data, som behandles med henblik på *overføring* af kommunikation i et elektronisk kommunikationsnet eller debitering heraf. Lokaliseringsdata er data, som behandles i et elektronisk kommunikationsnet og angiver den *geografiske placering* af det terminaludstyr, som brugeren af en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste anvender. Reglerne om lokaliseringsdata hviler på EU-teleretten og blev gennemført som en konsekvens af, at det med den stigende mediekonvergens i langt højere grad bliver muligt at følge og registrere en telebrugers (herunder en internetbrugers) elektroniske "spor".

taletelefonitjenester, skal disse herudover sikre, at alle slutbrugere kan foretage gratis opkald til den offentlige alarmtjeneste og kan foretage opkald til minimum én landsdækkende nummeroplysningstjeneste.²⁷

3.3 IP-telefoni i lukkede net

IP-telefoni i lukkede, private netværk, fx internt i virksomheder, organisationer mv., er den form for IP-telefoni, der er i størst vækst for tiden. Virksomhederne mv. kan ofte drage fordel af i forvejen at have et udbygget internt bredbånds-datanetværk (også kaldet LAN (local area network) eller WAN (wide area network), der forbinder afdelinger, filialer og datterselskaber. Ved at installere den nødvendige hardware og software og overføre den interne telefoni fra traditionelle telefonlinier til datanettet, kan der opnås betydelige omkostningsbesparelser. Involvering af en teleoperatør er ikke længere nødvendig (om end virksomheden typisk vælger at outsource selve driften af det interne IP-netværk til en tredjemand).

Idet hovedparten af reglerne i TKL og udbudsbekendtgørelsen retter sig mod udbydere af *offentlige* elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, finder telelovgivningen kun i begrænset omfang anvendelse på IP-telefoni i lukkede net. En udbyder af IP-telefoni i lukkede netværk har, som andre udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, krav på at få stillet nødvendige numre til rådighed, jf. i det hele bkg. 653/2003 og det oven for anførte om nummerreglerne. Endvidere gælder de helt generelle bestemmelser i TKL §§ 13-15, herunder om hemmeligholdelse af oplysninger og bistand til aflytning efter retsplejeloven.

4. Afslutning

Som nævnt er IP-telefoni i kolossal vækst i disse år og forventes inden for relativt få år helt at have erstattet traditionel PSTN-telefoni. De regulatoriske barrierer, som IP-telefoni rejser, fx vedrørende adgang til den offentlige alarmtjeneste 112, er ikke større, end at de kan løses inden for kort tid, såvel på EU- som nationalt niveau. Det er derfor sandsynligt, at IP-telefoni i sig selv bliver en væsentlig faktor i realiseringen af det moderne informationssamfund, hvor Internettet, og de teknologier, som Internettet bygger på, spreder sig til og smelter sammen med tele- og andre mere traditionelle medier. Denne udvikling vil som en refleksvirkning betyde en større sammensmeltning mellem det regulatoriske grundlag for de forskellige elektroniske medier. Som sådan er IP-telefoni et illustrativt eksempel på den retlige udvikling, der finder sted på medieområdet i disse år.

²⁷⁾ Jf. bekendtgørelsens § 3.

Forhåndsprisgodkendelser - Advance pricing agreements (APA)

Karin Skov Nilausen

1. Indledning

I denne artikel behandles muligheden for på forhånd at afklare den skattemæssige behandling af dispositioner på transfer pricing området. Sådanne arrangementer omtales internationalt som advance pricing agreements (forhåndsprisgodkendelser).¹ I artiklen tages udgangspunkt i de nationale regler, hvorefter betydningen af arbejdet i OECD og i EU-regi behandles.

I Danmark er der endnu ikke indført specifikke regler om APAs. Artiklen omhandler således anvendelsen af reglerne om bindende ligningssvar i forbindelse med forhåndsprisgodkendelser, samt i hvilket omfang der eksisterer vejledning fra OECD eller fra EU til udfyldning af disse regler.

En forhåndsprisgodkendelse er en aftale, der for kontrollerede transaktioner på forhånd bestemmer egnede kriterier (for eksempel metode, sammenligningsgrundlag og nødvendige korrektioner hertil eller afgørende antagelser om fremtidige begivenheder) for bestemmelsen af de interne afregningspriser for disse transaktioner for en bestemt periode. En forhåndsprisgodkendelse kan være unilateral, dvs. involvere en skatteadministration og en skatteyder, eller bi- eller multilateral, dvs. hvor to eller flere skatteadministrationer er omfattet af aftalen.² Kontrollerede transaktioner er transaktioner mellem to forbundne virksomheder.³

¹⁾ Advance pricing agreements er tillige behandlet i *Karin Skov Nilausen, Løsning af internationale skattevister* (2005), kapitel 12.

²⁾ Definitionen er hentet fra OECD's definitioner til transfer pricing retningslinierne. Her defineres "Advance pricing arrangement".

³⁾ OECD's definitioner til transfer pricing retningslinierne.

Der er flere fordele ved at opnå en APA, herunder at man på forhånd kender den skattemæssige behandling af de pågældende transaktioner, at dobbeltbeskatning undgås, at forhandlingsklimaet formentlig er bedre end i forbindelse med en efterfølgende skattemæssig kontrol, og at man undgår risikoen for at skulle betale bøder.⁴

I afsnit 2 behandles de danske regler om bindende ligningssvar, der giver mulighed for at opnå en APA mellem en eller flere skatteydere og skattemyndighederne i Danmark. I afsnit 3 behandles artikel 25 i OECDs modeloverenskomst. En bestemmelse lig artikel 25 i OECDs modeloverenskomst giver mulighed for at indgå aftaler mellem skattemyndighederne i to eller flere lande. I afsnit 4 behandles arbejdet i EU's Joint Transfer Pricing Forum, der arbejder for at lette muligheden for at indgå aftaler mellem skattemyndigheder i to eller flere EU-lande. Afsnit 5 indeholder en opsummering af artiklen.

2. APA i Danmark – reglerne om bindende ligningssvar

Fra og med 1. juli 2004 har der været mulighed for at opnå et bindende ligningssvar fra den skatteansættende myndighed.⁵ I forbindelse med kommunalreformen blev reglerne flyttet til skatteforvaltningsloven, jf. kapitel 8, §§ 21-25. Skatteforvaltningsloven træder i kraft den 1. november 2005.⁶

En skatteyder kan anmode om en vurdering på forhånd af de danske interne regler vedrørende transfer pricing, f.eks. en arms længde vurdering efter ligningslovens § 2. Skattemyndighederne kan ikke afvise at give et svar under henvisning til at reglerne er for komplicerede.⁷ Efter skatteforvaltningslovens § 24, stk. 2, kan en anmodning i særlige tilfælde afvises, hvis spørgsmålet er af en sådan karakter, at det ikke kan besvares med fornøden sikkerhed eller andre

⁴⁾ Se Jens Wittendorff, *Revision & Regnskabsvæsen* 2004, s. 26ff om Transfer Pricing og Forsvarsstrategier.

⁵⁾ Lov nr. 357 af 19. maj 2004. Fysiske personer havde allerede denne adgang fra 2003, jf. lov nr. 332 af 9. maj 2003. Se om reglerne for fysiske personer, Søren Lehmann Nielsen, TfS 2003, 637; Bjørg Lilja i SpO 2003, s. 203ff og Hans Henrik Bonde Eriksen i SR-Skat 2003, s. 290 ff. Se om reglerne for selskaber og hovedaktionærer, Jakob Bundgaard i SpO 2004, s. 281ff.

⁶⁾ Jf. lov nr. 427 af 6. juni 2005. Skattestyrelsesloven ophæves med virkning fra 1. november 2005.

⁷⁾ I Rapport om klar besked om bindende ligningssvar til fysiske personer afvises, at nationale regler vedrørende grænseoverskridende forhold skulle undtages fra muligheden for bindende ligningssvar, jf. afsnit 6.4.3. om udenlandske relationer. Fremrykningen af vurderingen kunne ikke give anledning til at undtage reglerne. Tilsvarende må gælde for så vidt angår andre skattepligtige.

hensyn taler afgørende imod en besvarelse. I forarbejderne til loven er det nævnt, at der er spørgsmål, som:

”ikke egner sig for den forenkledte og borgerstyrede sagsbehandling, der ligger i ordningen med bindende svar. Det vil derfor ske, at en anmodning om bindende svar må afvises med henvisning til, at det pågældende spørgsmål har en sådan karakter, at det enten ikke kan besvares med den hast, som spørgeren ønsker, eller at det ikke kan besvares løsrevet fra andre skattemæssige forhold vedrørende den pågældende. Et bindende svar binder jo skattemyndighederne i op til 5 år.

Afvisning kan også komme på tale, eksempelvis hvis der pågår en kontrol eller revision af en skattepligtig, der omfatter den eller de dispositioner, der er stillet spørgsmål om. Der kan også være tale om, at anmodningen om et bindende svar har en sådan karakter, at told- og skatteforvaltningen, respektive Skatterådet, finder, at der bør foretages kontrol i virksomheden af dispositionen, f.eks. fordi virksomheden aldrig har været registreret i forhold til aktiviteten.

Afvisningsmuligheden er i øvrigt tænkt anvendt på spørgsmålet om en påtænkt disposition, hvis spørgsmålet er af mere teoretisk karakter.”⁸

Skattemyndighederne kan således afvise en anmodning om et bindende ligningssvar af flere årsager. I relation til transfer pricing spørgsmål bør skattemyndighederne som alternativ til en afvisning på grund af mangel på tid, orientere skatteyderen om, at svaret kan blive forsinket, og dernæst sammen med skatteyderen finde en passende løsning.⁹ Tilsvarende bør skattemyndighederne søge at undgå en afvisning på grund af, at spørgsmålet ikke kan løsrives fra andre forhold vedrørende skatteyderen, ved eventuelt at udvide spørgsmålets omfang i fællesskab med skatteyderen.

Reglerne om bindende ligningssvar giver mulighed for at opnå en unilateral godkendelse af fastsættelsen af priser og vilkår på forhånd. Tidligere var et bindende ligningssvar vedrørende en grænseoverskridende transaktion, omfattet af skattekontrollovens § 3 B, betinget af en godkendelse fra den centrale told- og skatteforvaltning (Kontoret for International Selskabsbeskatning). Som følge af etableringen af en enhedsforvaltning er denne lovbestemte betingelse bortfaldet. I forbindelse med behandlingen af forslaget til skatteforvaltningsloven er det nævnt, at de centrale elementer i godkendelsesordningen – herunder fortsat sikring af koordinering og ensartet anvendelse af transfer pricing reglerne hos de lignende myndigheder – forudsættes opretholdt i den nye organisationsstruktur, idet reglerne herfor vil blive fastsat administrativt. Det

⁸⁾ Lovforslag 110, vedtaget som lov nr. 427 af 6. juni 2005. Se Karin Skov Nilausen, *Løsning af internationale skattetvister* (2005), s. 21f, om den tilsvarende adgang i forbindelse med en bindende forhåndsbesked.

⁹⁾ Se herom i relation til reglerne om bindende ligningssvar i skattestyrelsesloven, L 170 om bindende ligningssvar for selskaber og hovedaktionærer m.v., vedtaget som lov nr. 357 af 19. maj 2004.

er nævnt, at det præcise indhold af disse administrative regler vil afhænge af den nærmere organisering af ligningen på transfer pricing området.¹⁰

Den relevante skattemyndighed – Kontoret for International Selskabsbeskatning eller vedkommende lokale transfer pricing ligningscenter - kan oplyse om muligheden for at kombinere et bindende ligningssvar med en aftale mellem de kompetente myndigheder i Danmark og de kompetente myndigheder i det pågældende land, jf. herom i afsnit 3.¹¹ I forarbejderne til udvidelsen af reglerne om bindende ligningssvar til selskaber og hovedaktionærer var det nævnt, at de danske skattemyndigheder ved afgivelsen af et bindende ligningssvar vedrørende et transfer pricing-forhold skal tage forbehold for, at udenlandske skattemyndigheder kan være af en anden opfattelse.¹² Endvidere skal den skatteansættende myndighed, inden et bindende ligningssvar afgives i transfer pricing sager, oplyse spørgeren om de danske skattemyndigheders internationale forpligtelser til at udveksle oplysninger med andre landes skattemyndigheder. Dette gælder særligt forpligtelsen til af egen drift at udveksle oplysninger med et andet EU-lands skattemyndighed.¹³

En skatteyder skal således være opmærksom på, at en anmodning om et bindende ligningssvar om priser og vilkår for kontrollerede transaktioner kan medføre, at skattemyndighederne i andre lande får nærmere oplysninger om de pågældende transaktioner. Såfremt de danske skattemyndigheder har taget forbehold for, at de udenlandske skattemyndigheder er af en anden opfattelse, f.eks. at den udenlandske skattemyndighed når frem til en anden arms længde pris, er det bindende ligningssvar efter omstændighederne ikke bindende. Ydermere vil det bindende ligningssvar, såfremt det vedrører fortolkningen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst og en udenlandsk, færøsk eller grønlandsk skattemyndighed lægger en anden vurdering af det pågældende spørgsmål til grund, ikke være bindende, jf. skatteforvaltningslovens § 25, stk. 3.¹⁴ Såfremt

¹⁰⁾ Told- og Skattestyrelsen har ved meddelelsen af 31. oktober 2005 fastsat, at godkendelsesproceduren (herunder i forbindelse med bindende ligningssvar) fortsætter indtil videre, dvs. også efter 1. november 2005.

¹¹⁾ Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff, *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing* (2001), s. 243, hvor denne adgang behandles i forbindelse med en bindende forhåndsbesked. Se endvidere Jan Pedersen, *Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning* (1998), s. 305, hvor det udtales, at såfremt der forefindes et nationalt hjemmelsgrundlag til at indgå en unilateral APA giver artikel 25 grundlag for, at denne aftale indgår i en bi- eller multilateral APA-aftale.

¹²⁾ L 170 om bindende ligningssvar for selskaber og hovedaktionærer m.v., vedtaget som lov nr. 357 af 19. maj 2004.

¹³⁾ Se om denne forpligtelse i artikel 4 i bistandsdirektivet (77/799/EØF). Direktivet er ændret ved direktiv 2004/56/EC, hvorefter skattemyndighederne i EU-landene gives mulighed for at foretage simultane skattekontroller, jf. artikel 8b.

¹⁴⁾ Se kritisk om denne bestemmelse Søren Mørup i et brev til Folketingets Skatteudvalg i forbindelse med behandlingen af forslaget til en skatteforvaltningslov. L 130 – bilag 5,

et bindende ligningssvar ikke ønskes kombineret med en aftale mellem de pågældende skattemyndigheder bør en skatteyder derfor nøje overveje, om det er hensigtsmæssigt at anmode om et bindende ligningssvar om priser og vilkår for kontrollerede transaktioner.

En yderligere betingelse for at opnå et bindende ligningssvar om en kontrolleret transaktion, som beskrevet i ligningslovens § 2, eller om en transaktion mellem en hovedaktionær og det af denne beherskede selskab er, at hver af parterne i transaktionen skal anmode om svaret, jf. skatteforvaltningslovens § 22, stk. 2, nr. 3. Ved afgørelsen af, om der er tale om en hovedaktionær, finder definitionen i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 2 og 3, anvendelse.

En godkendelse fra den skatteansættende myndighed kan ikke umiddelbart sidestilles med en aftale. Reglerne om bindende ligningssvar medfører blot, at man rykker tidspunktet for vurderingen af fastsættelsen af pris og vilkår frem. Vurderingen sker imidlertid på basis af de samme regler, hvorefter skatteansættelsen foretages. Ved en aftale har man mulighed for at stille vilkår. Ved en aftale kunne man eksempelvis indsætte en betingelse om, at virksomheden en gang årligt skulle afgive rapport om, at priser og vilkår fortsat svarer til arms længde standard.¹⁵

Et bindende ligningssvar kan imidlertid ikke på samme vis som en aftale frit betinges af opfyldelsen af vilkår. En fuldt lovbunden afgørelse kan ikke gøres betinget ved indsættelsen af vilkår. En skønsmæssig afgørelse kan godt i nogle tilfælde betinges af saglige og proportionale betingelser.¹⁶ En arms længde vurdering vil indeholde et vist element af skøn. I forbindelse med afgrænsningen af domstolenes adgang til at prøve forvaltningens skøn har der været sondret mellem traditionelle forvaltningsretlige skøn og skatteskøn. Det forvaltningsretlige skøn træder i stedet for retsregler. Et skatteskøn udøves, hvor faktum - den virkelige indkomst eller den virkelige formue eller forhold, der er af betydning for dissers rigtige fastsættelse - ikke kan fastlægges nøjagtigt på grundlag af de bevisligheder, det er praktisk muligt at fremskaffe. Et skatteskøn træder mere eller mindre i stedet for bevis for noget faktisk.¹⁷ En arms længde vurdering efter ligningslovens § 2 indeholder elementer af begge typer skøn. Sondringen kan ikke antages at have betydning i forhold til adgangen til at fastsætte vilkår.

genfremsat efter folketingsvalget og vedtaget som lov nr. 427 af 6. juni 2005, samt tilsvarende Karin Skov Nilausen, *Løsning af internationale skattetvister* (2005), s. 24f.

¹⁵⁾ En sådan betingelse har Told- og Skattestyrelsen stillet ved indgåelsen af aftaler med andre landes kompetente myndigheder om fastsættelsen af priser og vilkår.

¹⁶⁾ Jens Garde i *Forvaltningsret - Almindelige emner* (2004), Jens Garde m.fl., s. 278ff.

¹⁷⁾ Jørgen Mathiasen i *Forvaltningsret - Almindelige emner* (2004), Jens Garde m.fl. s. 454ff. Se også Betænkning om Landsskatteretten, bet. nr. 339 (1963), s. 72f.

Der kræves ikke udtrykkelig lovhjemmel som forudsætning for indsættelsen af vilkår.¹⁸ Adgangen til at knytte vilkår til en skønsmæssig beføjelse afhænger af bemyndigelsen.¹⁹ Eksempelvis kan en skatteansættelse ikke betinges af vilkår. I forbindelse med et bindende ligningssvar kan en accept fra den pågældende virksomhed ikke automatisk antages at medføre at vilkåret bliver lovligt.²⁰ Formentlig kan der godt i nogle tilfælde indsættes et vilkår om en årlig dokumentation af, at priser og vilkår fortsat svarer til en arms længde standard. Der skal imidlertid i alle tilfælde foretages en vurdering af, om der konkret er behov herfor.²¹

Såfremt et bindende ligningssvar er gjort betinget af afleveringen af en årlig rapport, vil en manglende opfyldelse af dette vilkår som hovedregel medføre, at det bindende ligningssvar ikke længere er bindende for skattemyndighederne. En manglende opfyldelse af et vilkår svarer som udgangspunkt til, at skattemynderen ikke lægger det bindende ligningssvar til grund ved udarbejdelsen af selvangivelsen. I forvaltningsretten forudsættes, at vilkårsovertrædelsen er væsentlig.²² En vilkårsovertrædelse må imidlertid som hovedregel være væsentlig, idet der, forinden vilkåret opstilles, skal foretages en vurdering af, om der konkret er behov herfor. Såfremt det konkret kan påvises, at en manglende opfyldelse af en betingelse om en årlig rapport ikke har haft betydning, må det bindende ligningssvar fortsat være bindende. Dette kan eksempelvis være tilfældet, såfremt den skatteansættende myndighed i forbindelse med behandlingen af et nyt bindende ligningssvar har modtaget de oplysninger, som ville have været indeholdt i en årlig rapport.

Såfremt et bindende ligningssvar er kombineret med en gensidig aftale med den eller de kompetente myndigheder i et andet land,²³ vil de folkeretlige konsekvenser af en manglende opfyldelse af et vilkår afhænge af, om vilkåret er indføjet i den gensidige aftale. Såfremt vilkåret ikke er indføjet i den gensidige aftale, vil den manglende opfyldelse i Danmark ikke have nogen betydning for den gensidige aftale, hvorfor de danske skattemyndigheder fortsat vil være

¹⁸⁾ Jens Garde i *Forvaltningsret - Almindelige emner* (2004), Jens Garde m.fl., s.277.

¹⁹⁾ Jon Andersen i *Forvaltningsret* (2002), Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 369.

²⁰⁾ Jon Andersen i *Forvaltningsret* (2002), Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 370.

²¹⁾ Jens Garde anfører: "Grundsætningen om det pligtmæssige skøn medfører, at forvaltningen i almindelighed ikke uden videre generelt kan knytte bestemte typer af bi-bestemmelser til forvaltningsakter uden at tage stilling til, om der er et konkret behov for det i den enkelte sag. Man vil således til eksempel ikke uden videre kunne tidsbegrænse alle spildevandstilladelser, der udstedes i henhold til miljøbeskyttelsesloven" i *Forvaltningsret - Almindelige emner* (2004), Jens Garde m.fl., s. 282.

²²⁾ Jørgen Mathiassen i *Forvaltningsret - Almindelige emner* (2004), Jens Garde m.fl., s. 637f. Eller at vilkåret har karakter af en betingelse for, at afgørelsen kan fastholdes (resolutiv betingelse), Jon Andersen i *Forvaltningsret* (2002), s. 372.

²³⁾ Efter en bestemmelse lig artikel 25 i OECD's modeloverenskomst.

bundet af denne folkeretlige aftale. Med henblik på at give en manglende opfyldelse af et vilkår virkning må de kompetente myndigheder således sikre, at vilkåret er indeholdt i den gensidige aftale.

Efter skatteforvaltningslovens § 25, stk. 1, er et bindende ligningssvar bindende for skattemyndighederne i forhold til spørgeren ved behandlingen af det beskrevne forhold i fem indkomstår. Den skatteansættende myndighed kan dog efter en konkret vurdering i forbindelse med afgivelse af et bindende ligningssvar begrænse den bindende virkning til en kortere periode end fem indkomstår. I forarbejderne til loven er det nævnt at, i forbindelse med kontrollerede transaktioner vil markedsforhold og konkurrenceforhold ofte hurtigt ændre sig, hvorfor virkningsperioden for det bindende ligningssvar vil skulle begrænses.²⁴

3. APA – OECDs artikel 25

I dette afsnit behandles muligheden for at indgå aftaler om priser og vilkår for kontrollerede transaktioner mellem de kompetente myndigheder i forskellige lande.

Bestemmelsen om den gensidige aftaleprocedure i OECD's modeloverenskomsts artikel 25 kan finde anvendelse såfremt en person mener, at foranstaltninger truffet af en eller begge de kontraherende stater, for ham medfører eller vil medføre en beskatning, som ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i denne overenskomst. Den pågældende skatteyder skal blot sandsynliggøre, at der er tale om sådan en beskatning.²⁵ Denne vide formulering kan omfatte forhåndsprisgodkendelser, idet risikoen for økonomisk dobbeltbeskatning normalt vil være sandsynlig. Økonomisk dobbeltbeskatning inden for transfer pricing området må anses for omfattet af den gensidige aftaleprocedure, jf. punkt 9 i OECDs kommentarer til artikel 25. Told- og Skattestyrelsen har også tilkendegivet, at de anser økonomisk dobbeltbeskatning, der opstår i relation til transfer pricing problemer for omfattet af artikel 25 i OECD's modeloverenskomst.²⁶ I teorien er det antaget, at formålet med artikel 9 blandt andet er at sikre, at den gensidige aftaleprocedure kan finde anvendelse.²⁷

²⁴⁾ L 170 om bindende ligningssvar for selskaber og hovedaktionærer m.v., vedtaget som lov nr. 357 af 19. maj 2004. Heraf fremgår, at perioden for løbende transaktioner typisk vil være indeværende periode plus et til to år.

²⁵⁾ OECD's kommentarer til artikel 25, punkt 12.

²⁶⁾ Ligningsvejledning 2005-3, S.1.2.12.1.

²⁷⁾ Se herom Aage Michelsen, *International skatteret* (2003), s. 368 og Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff, *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing* (2001), s. 83.

OECD har i 1995 udarbejdet retningslinier for transfer pricing problemstillinger.²⁸ Disse retningslinier blev refereret i bemærkningerne til lovforslaget om de formelle transfer pricing regler i Danmark.²⁹ Retningslinierne må derfor indgå som et væsentligt fortolkningsbidrag ved vurderingen af transfer pricing problemstillinger i Danmark.³⁰

OECD giver en anbefaling i retningslinierne, idet de udtaler, at der umiddelbart er mange fordele ved at give mulighed for en forhåndsprisgodkendelse, men usikkerheden om fremtidige forhold gør det meget vanskeligt at foretage en prisgodkendelse for et fremtidigt tidsrum. Erfaringerne med forhåndsprisgodkendelser er sparsomme, men det er imidlertid sandsynligt, at forhåndsprisgodkendelser i nogle situationer vil kunne hjælpe til at løse transfer pricing sager. OECD vil derfor overvåge brugen af forhåndsprisgodkendelser, samt tilskynde til en ensartet praksis i de lande, der vælger at etablere en ordning med disse godkendelser. Endvidere angives, at en forhåndsprisgodkendelse bør ske bilateralt eller multilateralt for at sikre, at den udenlandske skattemyndighed ikke forkaster den godkendte prisfastsættelse. På dette tidspunkt mente OECD således, at det var for tidligt at komme med en endelig anbefaling til landene om at anvende forhåndsprisgodkendelser.

OECD udsendte i oktober 1999 "Guidelines for conducting advance pricing arrangements under the mutual agreement procedure" ("MAP APAs"): Disse retningslinier er offentliggjort som et annekset til guidelines. Annekset er en opfølgning på anbefalingerne i de generelle retningslinier. Formålet er at sikre en ensartet anvendelse af forhåndsprisgodkendelser ved at give vejledning til skattemyndighederne i de lande, der ønsker at anvende forhåndsprisgodkendelser. Annekset indeholder vejledning for gennemførelsen af den gensidige aftaleprocedure, der omfatter en forhåndsprisgodkendelse.³¹

Forhåndsprisgodkendelser behandles i OECD's retningslinier i punkterne 4.124- 4.166. Af punkt 4.140 fremgår, at OECD anser forhåndsprisgodkendelser for omfattet af den gensidige aftaleprocedure. I dette punkt henvises imidlertid til artikel 25, stk. 3. Som nævnt indledningsvis i afsnittet må det imidlertid antages, at forhåndsprisaftaler kan behandles under artikel 25, stk. 1 og 2,

²⁸⁾ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

²⁹⁾ L 84, Forslag til lov om ændring af skattekontrolloven (Oplysningspligt vedrørende koncerninterne transaktioner).

³⁰⁾ Se tillige Jan Pedersen, Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning (1998), s. 175, hvor retningslinierne tillægges retskildemæssig værdi på linie med danske lovforarbejder, se tilsvarende Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing (2001), s. 42 og Aage Michelsen, International Skatteret (2003), s.371.

³¹⁾ Annekset er gennemgået af Jan Hansen og Dan Buxbom i SU 1999, 298.

hvilket giver den pågældende skatteyder en bedre beskyttelse.³² Spørgsmålet er endvidere behandlet i punkt 16 i OECD's anneks til retningslinierne, hvor det udtales:

“However, Article 25 does not oblige the competent authorities to enter into MAP APAs at the request of the taxpayer. The willingness to enter into MAP APAs will depend on the particular policy of a country and how it interprets the Mutual Agreement Article of its bilateral treaties. Some competent authorities will only consider such an agreement for cases that require the resolution of “difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the Convention”. The desire of the taxpayer for certainty of treatment is therefore not, in isolation, sufficient to pass the above threshold. Other competent authorities apply a less restrictive threshold for entering into MAP APAs, based on their view that the MAP APA process should be encouraged ...”

Af denne formulering følger, at medlemslandene selv kan vælge. En begrundet anmodning om indledning af en gensidig aftaleprocedure efter artikel 25, stk. 1, skal besvares og begrundes. Da Told- og Skattestyrelsen tidligere har tilkendegivet, at muligheden for at opnå en “APA” eksisterer, skal en anmodning formentlig alene afvises med god grund.³³ Såfremt det andet lands kompetente myndighed i stedet anser en forhåndsprisgodkendelse for at være omfattet af artikel 25, stk. 3,³⁴ kan det medføre, at denne myndighed ikke vil behandle en forhåndsprisaftale. Den kompetente myndighed kan henvise til, at anmodningen ikke vedrører problemer med fortolkning eller anvendelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, men alene vedrører skatteyderens behov for at sikre sig mod dobbeltbeskatning. Såfremt denne kompetente myndighed imidlertid accepterer at indlede en forhandling om en forhåndsprisaftale, gør det ingen forskel for den pågældende skatteyder.

I Danmark har der været stillet spørgsmålstejn ved, om artikel 25 er tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag for at indgå aftaler mellem skatteyder og skattemyndigheder.³⁵ Spørgsmålet om anvendelsen af artikel 25 i denne situation er behandlet i punkterne 4.142 og 4.163 i OECD's retningslinier. I punkt 4.142 er angivet:

³²⁾ Se tilsvarende Berndt R. Runge, ITPJ januar / februar 2002, s. 20.

³³⁾ Se eksempelvis i et svar til Folketingets Skatteudvalg, 2001-02, 2. samling – Skatteudvalget, Alm. Del – bilag 86.

³⁴⁾ Se eksempelvis for Frankrigs vedkommende Pierre-Jean Duvier, hvor et Statement of Practice fra de franske skattemyndigheder om muligheden for at opnå en APA refereres, International Transfer Pricing Journal, maj/juni 2000, s. 84. Heraf fremgår, at de franske skattemyndigheder anser en APA-anmodning for omfattet af artikel 25, stk. 3, i OECD's modeloverenskomst.

³⁵⁾ I praksis har der som nævnt ovenfor været adgang til at indgå sådanne aftaler også inden reglerne om bindende ligningssvar blev indført.

“Some countries lack the basis in their domestic law to enter into APAs. However, when a tax convention contains a clause regarding the mutual agreement procedure similar to Article 25 of the OECD Model Tax Convention, the competent authorities generally should be allowed to conclude an APA, if transfer pricing issues were otherwise likely to result in double taxation, or would raise difficulties or doubts as to the interpretation or application of the Convention. Such an arrangement would be legally binding for both States and would create rights for the taxpayers involved. Inasmuch as double tax treaties take precedence over domestic law, the lack of a basis in domestic law to enter into APAs would not prevent application of APAs on the basis of a mutual agreement procedure.

Endvidere er i punkt 4.163 angivet: “... concluding an APA through the mutual agreement procedure may be the only form that can be adopted by a tax administration which lacks domestic legislation to conclude binding agreements directly with the taxpayer”. OECD er altså af den opfattelse, at der kan indgås forhåndsprisaftaler med artikel 25 som selvstændig hjemmel. Det er imidlertid ikke helt klart, om OECD tillige er af den opfattelse, at der kan indgås aftaler direkte med de berørte skatteydere.

Det kan imidlertid ikke antages, at artikel 25 i OECD’s modeloverenskomst tillige med OECD’s retningslinier kan give basis for, at der i Danmark kan indgås forhåndsprisaftaler direkte med skatteydere.³⁶

En aftale mellem de kompetente myndigheder i overensstemmelse med en artikel 25 lig OECD’s modeloverenskomst kan imidlertid godt skabe “afledede rettigheder” for skatteyderen.

En aftale på forhånd mellem de kompetente myndigheder om priser og vilkår for kontrollerede transaktioner er en folkeretligt forpligtende aftale, der som udgangspunkt vil blive lagt til grund ved den efterfølgende ligning. En skatteyder kan imidlertid - uanset en indgået aftale mellem de kompetente myndigheder i to lande - indbringe en skatteansættelse for Landsskatteret og domstole. Såfremt aftalen er af præciserende karakter, vil den indgå som et fortolkningsbidrag efter Wienerkonventionens artikel 31, stk. 3, (a). Er der derimod tale om en aftale, der ændrer eller udvider overenskomsten, vil Landsskatteretten eller domstolene ikke være forpligtede til at lægge den til grund.

4. APA i EU – EU’s Joint Transfer Pricing Forum

EU’s Joint Transfer Pricing Forum (JTPF) holdt sit første møde i oktober

³⁶⁾ Se tilsvarende Jan Pedersen, Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning (1998), s. 305.

2002. Etableringen af et forum til at arbejde med transfer pricing spørgsmål var foreslået i Kommissionens selskabsskattemeddelelse om det indre marked uden skattemæssige hindringer.³⁷ I JTPF's første arbejdsperiode (2002-2004) blev der fortrinsvis arbejdet med udarbejdelsen af et adfærdskodeks for anvendelsen af voldgiftskonventionen.³⁸ I foråret 2005 blev alternative metoder til at afværge eller løse tvister sat på JTPF's dagsorden.³⁹ Sekretariatet for JTPF (Kommissionen) havde til dette formål udarbejdet et diskussionsoplæg om forskellige muligheder, herunder APAs. I relation til APAs havde sekretariatet rejst følgende spørgsmål om muligheden for at fastlægge fælles retningslinier for afgivelsen af APAs; hvorvidt medlemslandene skal sikre skatteydere mulighed for at opnå en bilateral eller multilateral APA – i det mindste med andre EU-lande – og om medlemslandene vil være indstillet på at undersøge muligheden for at gennemføre en fælles model for APAs, dvs. en "EU model APA". Endvidere har sekretariatet spurgt, om JTPF mener, at det er formålstjenligt at lette vejen for APAs for SME'er (mini-APAs).

Der er endnu intet officielt om JTPF's reaktion på sekretariatets oplæg. Det forlyder, at der arbejdes positivt med spørgsmålet, hvorfor man formentlig kan forvente et adfærdskodeks for APAs på et tidspunkt, måske allerede i løbet af 2006. Sekretariatet har vedhæftet OECDs retningslinier for APAs som et anneks til deres oplæg til JTPF. Man vil formentlig skele til disse retningslinier ved udformningen af en "EU model APA".

5. Opsummering af artiklen

En forhåndsprisaf tale er en aftale, der for kontrollerede transaktioner på forhånd bestemmer egnede kriterier for bestemmelsen af de interne afregningspriser for disse transaktioner for en bestemt periode.

I Danmark er der mulighed for at opnå et bindende ligningssvar om fastsættelsen af pris og vilkår for en kontrolleret transaktion fra den skatteansættende myndighed. Et bindende ligningssvar kan kombineres med en aftale mellem de kompetente myndigheder. Der kan formentlig - såfremt der konkret er behov herfor - i forbindelse med et bindende ligningssvar fastsættes vilkår om aflevering af årlige rapporter om overholdelsen af det bindende ligningssvar.

OECD har udarbejdet retningslinier for APAs, som er offentliggjort som et anneks til deres transfer pricing retningslinier. OECDs retningslinier må indgå

³⁷⁾ COM (2001) 582 final.

³⁸⁾ Adfærdskodekset er offentliggjort som KOM (2004) 297 endelig.

³⁹⁾ JTPF/003/2005/EN.

som et væsentligt fortolkningsbidrag ved vurderingen af transfer pricing problemstillinger i Danmark. De danske skattemyndigheder vil derfor formentlig ved gennemførelsen af en APA med skattemyndighederne i et eller flere andre lande (på basis af en bestemmelse lig en bestemmelse lig artikel 25 i OECDs modeloverenskomst) tage udgangspunkt i OECDs retningslinier.

Såfremt der opnås enighed om en EU model APA vil adgangen til at opnå APAs inden for EU, dvs. mellem skattemyndighederne i et eller flere EU-lande lettes. Det kan forventes, at virksomhederne fremover i videre omfang vil betragte muligheden for at opnå en APA, som en relevant forsvarsstrategi.

Er Wallonske busser og Bent Moustén Vester-gaard-afgørelserne om offentlige udbud blevet “overruled” og Telaustria modificeret?

Jens Fejø

Indledning

EF-domstolen, som den stadig hedder,¹ har inden for området for offentlige udbud, som inden for andre retsområder, udviklet en praksis, som i en række henseender naturligt har påkaldt sig opmærksomhed som følge af dens vidtgående karakter. “Vidtgående” i den forstand, at en række kommentatorer har givet udtryk for undren, kritik eller respekt for Domstolens fremsynethed eller “aktivisme” som et særkende ved dens afgørelser. Når området for offentlige udbud særskilt skal nævnes i den forbindelse, skyldes det, at Domstolen her indenfor ved en række afgørelser har markeret en pligt til at gennemføre procedurer, som har haft vidtgående eller strenge konsekvenser for det offentlige (staten, kommunerne, de offentligretlige organer m.v., som er underlagt eller kan være underlagt udbudspligt). Således har Domstolen utvetydigt fastslået, at der er tale om offentligretlige organer, uafhængigt af, hvilken hjemmel der er for et organs virksomhed. I *Beentjes*-sagen² fastslog den nemlig, at for at give princippet om fri bevægelighed fuld virkning skal begrebet “stat” fortolkes funktionsbestemt³. Ellers ville direktivets formål – der var effektivt at gennemføre etableringsfriheden og fri udveksling af tjenesteydelser i forbin-

¹⁾ Jf. EU-traktatens artikel 46.

²⁾ *Beentjes* mod Nederlandene, sag 31/87, Sml. 1988, 4635, præmis 11. Se om denne dom nærmere nedenfor.

³⁾ Domstolen har senere stadfæstet denne opfattelse ved henvisning til *Beentjes*-dommens præmis 11 i *Arnhem* mod BFI Holding BV, sag C-360/96, Sml. 1998, I-6821, præmis 59 ff.

delse med offentlige bygge- og anlægskontrakter⁴ – blive bragt i fare, hvis man ikke skulle kunne anvende direktivets ordning alene af den grund, at udbud af offentlige kontrakter blev foretaget af et organ, som ganske vist var oprettet for at udføre opgaver, som loven havde tildelt det, men ikke formelt var integreret i statens administration. Dette krav forhindrer således, at der sondres efter den retlige form, som de bestemmelser har, hvorved organet oprettes, og hvorved de behov specificeres, som det skal imødekomme. Og Domstolen har f.eks. fundet det stridende mod udbudsdirektiverne at opretholde en i medlemsstaterne vidt udbredt national fremgangsmåde ved udbud, hvorefter der måtte føres forhandlinger på grundlag af et ikke-konditions-mæssigt bud, idet dette ifølge Domstolen udgjorde en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne.⁵ Et par yderligere sager, som i særlig grad har tiltrukket sig opmærksomhed, er dommen om de *Wallonske busser*⁶ og *Telaustria*-dommen⁷, samt *Bent Moustén Vestergaard*-kendelsen⁸. I juli 2005 har Domstolen imidlertid afsagt *Coname*-dommen⁹, som påkalder sig yderligere interesse.

Wallonske busser-dommen

I *Wallonske busser*-dommen afviste Domstolen i forbindelse med dens behandling af anvendeligheden af fællesskabsretten¹⁰ den belgiske regerings påberåbelse af, at da alle tilbudsgivere i den foreliggende sag alene var belgiske virksomheder, kunne sagen kun vedrøre rent interne forhold. Og her, sagde den belgiske regering, finder fællesskabsretten ikke anvendelse. Domstolen påpegede her overfor, at kravet til ordregiverne i det relevante direktiv¹¹ ikke var undergivet betingelser vedrørende de bydendes nationalitet eller hjemsted.

⁴⁾ Der var tale om en sag efter det dagældende direktiv 71/305.

⁵⁾ Jf. herved Kommissionen mod Danmark (*Storebælt*-sagen), sag C-243/89, Sml. 1993, I-3353, præmisserne 32-44. Den danske regering havde således gjort gældende, at dansk lovgivning om offentlige bygge- og anlægsarbejder gav mulighed for at acceptere forbehold.

⁶⁾ Kommissionen mod Belgien (*Wallonske busser*), sag C-87/94, Sml. 1996, I-2043.

⁷⁾ *Telaustria* Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, sag 324/98, Sml. 2000, I-10745.

⁸⁾ *Bent Moustén Vestergaard* mod Spøttrup Boligselskab, sag C-59/00, præjudiciel kendelse af 3.12.2001, Sml.I-9505.

⁹⁾ *Consortio Aziende Metano (Coname)* mod Comune di Cingia de' Botti, sag C-231/03, dom af 21. juli 2005, endnu ikke i Sml.

¹⁰⁾ *Wallonske busser* præmis 30 ff.

¹¹⁾ Der var tale om det dengang gældende Rdir 90/531 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, EFT 1990 L 297/1.

Og Domstolen tilføjede yderligere den betragtning – som generaladvokaten i sagen havde anført i sit forslag til afgørelse – at det var “*muligt, at virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater direkte eller indirekte [var] berørt af tildelingen af en udbudt kontrakt*” (min fremhævelse). Den fremgangsmåde, der fremgik af direktivet, skulle således respekteres uafhængigt af de bydendes nationalitet og hjemsted.

Man måtte efter *Wallonske busser*-dommen naturligt forstå EF-domstolen således, at udbudsreglerne måtte respekteres uden hensyn til, om der var realistisk udsigt til, at der ville komme interesserede bydere fra andre medlemsstater, idet det altid kunne være *muligt*, at virksomheder fra andre medlemsstater, kunne dukke op.

Telaustria-dommen

I *Telaustria*-sagen fastslog Domstolen en pligt til *gennemsigtighed* af hidtil uventet omfang.¹² Baggrunden for Domstolens ageren var, at der i Østrig udspandt sig en sag mellem Telaustria på den ene side og Telekom Austria på den anden side angående Telekom Austrias indgåelse af en koncessionskontrakt med et tredje selskab, Herold Business Data AG, vedrørende fremstilling og udgivelse af trykte og elektroniske telefonbøger.

Uden at det er nødvendigt at gå nærmere ind på, hvordan Domstolen nåede frem til sit resultat i henseende hertil, kan det konstateres, at Domstolen, efter at have gjort forskellige overvejelser, indledte med at fastslå, at en gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem på den ene side en virksomhed, der i medfør af lovgivningen i en medlemsstat særligt er gjort ansvarlig for driften af en teletjeneste, og hvis kapital ejes 100% af de offentlige myndigheder i denne medlemsstat (altså her Østrig), og på den anden side en privat virksomhed, og som indebærer, at den førstnævnte virksomhed (den offentlige televirksomhed, her Telekom Austria) overlader fremstilling og udgivelse af trykte og elektroniske telefonbøger med henblik på udsendelse til offentligheden til den sidstnævnte virksomhed (altså koncessionshaveren, her Herold Business Data AG), var omfattet af direktiv 93/38¹³. Men Domstolen tilføjede imidlertid i samme åndedrag, at selv om en sådan aftale var omfattet af direktivet, var den udelukket fra direktivets anvendelsesområde, navnlig fordi den modydelse, som den førstnævnte virksomhed (her Telekom Austria) leverer til koncessionshaveren, består i, at koncessionshaveren med henblik på at opnå

¹²⁾ Der deltog 3 dommere i afgørelsen, afdelingsformand V. Skouris (som refererende dommer) og dommerne J.-P. Puissochet og F. Macken.

¹³⁾ Rdir 93/38 var det såkaldte “forsyningsvirksomhedsdirektiv”.

betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse¹⁴. Så vidt, så godt. En koncessionskontrakt var ikke omfattet af direktivet. De medlemsstater, som havde indgivet indlæg for Domstolen, var utvivlsomt tilfredse med Domstolens resultat, så langt¹⁵.

Men Domstolen standsede ikke sin besvarelse af de præjudicielle spørgsmål her. I stedet fortsatte den ved at udtale, at den kendsgerning, at en sådan aftale ikke var omfattet af anvendelsesområdet for direktivet, imidlertid ikke var til hinder for, at Domstolen gav den nationale ret, som havde forelagt de præjudicielle spørgsmål, en besvarelse, der kunne være nyttig. Og Domstolen fremholdt, at den med henblik herpå kunne tage hensyn til andre fortolkningselementer, der kunne være nyttige for løsning af tvisten i hovedsagen¹⁶.

Domstolen sagde herpå:

“Det bemærkes i denne forbindelse, at selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed. [Præmis 60]

Som Domstolen fastslog i sin dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S (Sml. I, s. 8291, præmis 31), indebærer dette princip navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes. [Præmis 61]

Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske”. [Præmis 62]¹⁷

Domstolen kunne altså meddele, at traktatens *grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed* måtte respekteres. Der er for så vidt intet mærkeligt

¹⁴⁾ Præmis 58. Domstolen anvendte ikke udtrykket koncessionshaveren, men gjorde tværtimod den reservation, at “Det er med hensyn hertil vigtigt at præcisere, at Domstolen kan tage stilling til det andet problem uden at behøve at bekræfte den definition af en koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser, der er nævnt i artikel 1, litra h), i forslaget af 13. december 1990”.

¹⁵⁾ Ud over den østrigske regering, afgav den danske, franske og hollandske regering indlæg for Domstolen.

¹⁶⁾ Præmis 59.

¹⁷⁾ I den konkrete sag tilkom det den nationale østrigske ret at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt denne forpligtelse blev overholdt i hovedsagen, og at bedømme relevansen af de bevismidler, der var fremlagt i relation hertil, jf. præmis 63.

heri. De grundlæggende traktatregler og specielt nationalitetsdiskriminationsforbudet skal naturligvis til enhver tid, når ikke særlige grunde gør sig gældende, respekteres af medlemsstaternes myndigheder. Men det markante ved Domstolens udtalelse var de konsekvenser, den drog af disse principper i retning af en *gennemsigthedsforpligtelse*. Dens udtalelse om, at der skulle sikres en "passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver" kunne lede tanken hen på eventuelt at stille krav om en egentlig udbudsforpligtelse. Den franske version af dommen på dette punkt lød endda at "Cette obligation ... consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, *un degré de publicité adéquat* permettant une ouverture du marché des services à la ...". Den engelske version lød tilsvarende sted "That obligation ... consists in ensuring, for the benefit of any potential tenderer, *a degree of advertising sufficient* to enable the services market to be opened up to"¹⁸.

Markant er det tillige, at Domstolen talte om hensynet til "enhver potentiel tilbudsgiver", uden at sondre mellem, om der var tale om indenlandske eller potentielle tilbudsgivere fra andre medlemslande.

Bent Moustén Vestergaard-sagen

Telaustria-dommen er bl.a. blevet påberåbt af Domstolen selv i den senere *Bent Moustén Vestergaard*-kendelse.¹⁹ Bent Moustén Vestergaard var tømrermester og afgav tilbud på tømrerentreprisen på fire byggerier, der var udbudt af Spøttrup Boligselskab, som var en almen boligorganisation, i foråret 1997. Der var tale om udbud af 20 almene boliger i Spøttrup Kommune i offentligt udbud, hvorved opførelsen af de 20 boliger var fordelt på fire forskellige byggerier, der udgjorde selvstændige juridiske enheder. Bent Moustén Vestergaards tilbud vedrørende to af byggerierne var laveste bud og blev derfor accepteret. I forbindelse med sin underskrivelse af entreprisekontrakten indføjede han imidlertid en bemærkning om, at han tog forbehold med hensyn til levering af vinduer af mærket "Hvidbjerg Vinduet", idet han havde kalkuleret sine tilbud med anvendelse af vinduer af mærket "Trokal", der var et tysk fabrikat. Merprisen ved anvendelse af vinduer af mærket Hvidbjerg Vinduet var 23.743 DKK ekskl. moms. Ved sin underskrift af entreprisekontrakten den 31. juli 1997 anførte Spøttrup Boligselskab, at det nævnte forbehold ikke kunne godkendes.

¹⁸⁾ I lyset af, at fransk er Domstolens interne arbejdssprog, må den franske version af dommene normalt anses for mest retvisende. Ofte vil den engelske version imidlertid også kunne supplere forståelsen af de danske versioner. (Fremhævelserne i den franske og engelske version her er foretaget af mig).

¹⁹⁾ Der deltog 3 dommere i kendelsen, afdelingsformand N. Colneric, og dommerne R. Schintgen og V. Skouris (som refererende dommer).

Det totale budgetbeløb for kontrakten udgjorde små 10 mio. DKK, dvs. et beløb, der var lavere end den tærskelværdi på 5 mio. EUR, der var fastsat i det dagældende Bygge- og anlægsdirektiv 1993/37²⁰, af hvilken grund Spøttrup Boligselskab ikke havde fulgt direktivets fremgangsmåde. I stedet blev der sendt udbudsbetingelser til de håndværksmestre, som ønskede det.

Med hensyn til tømmerentreprisen for hvert enkelt byggeri, som bl.a. omfattede udvendige døre og vinduer, indeholdt udbudsbetingelserne følgende bestemmelse: "PVC-VINDUER OG -DØRE. Udvendige døre og vinduer skal leveres af: Hvidbjerg Vinduet, Østergade 24, 7790 Hvidbjerg (Danmark) [...]".

Byggeriet blev herefter gennemført og, som Spøttrup Boligselskab havde forlangt, anvendte Bent Mousten Vestergaard vinduer af mærket Hvidbjerg Vinduet. Han fastholdt imidlertid sit krav om betaling af 23.743 DKK, hvilket krav Boligselskabet afviste. Bent Mousten Vestergaard indbragte herefter sagen for Klagenævnet for Udbud med påstand om, at det blev fastslået, at Spøttrup Boligselskab havde overtrådt EF-traktatens artikel 12 og 28 ved i det omhandlede udbud at foreskrive, at der skulle anvendes et bestemt fabrikat af udvendige døre og vinduer. Bolig- og Byministeriet indtrådte i sagen til støtte for Bent Mousten Vestergaard's påstande og anførte, at den omhandlede bestemmelse i udbudsbetingelserne stred mod, hvad ministeriet havde tilkendegivet over for offentlige udbydere. Ministeriet anførte således, at Bygge- og Boligstyrelsen i en tidligere skrivelse havde udtalt, at det følger af EF-traktaten, at selv om et udbud vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder ikke er omfattet af udbudsdirektiverne, skal de bydende udvælges ved objektive kriterier, og aftalerne skal tildeles på ikke diskriminerende måde. Desuden havde Styrelsen i en skrivelse udtalt, at ingen kontrakter vedrørende bl.a. offentlige bygge- og anlægsarbejder måtte indeholde bestemmelser, der går ud på at forskelsbehandle leverandører på grund af nationalitet og varernes oprindelse inden for EU. For Klagenævnet for Udbud henviste ministeriet bl.a. til *Dundalk-sagen*²¹. Klagenævnet for Udbud tog dog ikke Bent Mousten Vestergaard's klage til følge²².

Klagenævnet udtalte herved, at dommen i *Dundalk-sagen* havde angået et stort projekt, hvis værdi overskred tærskelværdien i Bygge- og anlægsdirektivet,²³ og at dommen derfor ikke var relevant ved afgørelsen af den sag, der var indbragt for Klagenævnet. Med hensyn til sagens realitet udtalte Klagenævnet, at

²⁰⁾ EFT 1993 L 199/54.

²¹⁾ *Dundalk-dommen*: Kommissionen mod Irland, sag 45/87, Sml. 1988, 4929.

²²⁾ Kendelse af 11.11.1998.

²³⁾ Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter EFT 1971 II, s. 613. Dette direktiv var senere blevet ophævet og erstattet af Rdir 93/37.

offentlige bygge- og anlægskontrakter af mindre værdi, som i modsætning til den kontrakt, der var omhandlet i dommen i sagen *Dundalk*-dommen, ikke overskrider tærskelværdien i direktiv 93/37, almindeligvis ikke har interesse og betydning i EU-sammenhæng, og at det for sådanne kontrakter ville være uforholdsmæssigt omkostningskrævende for udbyderne at skulle overholde bestemmelserne i direktivet om tekniske specifikationer. Nævnet fandt herefter, at traktatens artikel 12 og 28 i hvert fald almindeligvis ikke indebærer et krav om, at angivelse af et bestemt mærke ikke må forekomme uden tilføjelse "eller dermed ligestillet" ved udbud, der ikke når op på tærskelværdien i direktiv 93/37.

Bent Moustén Vestergaard indbragte herefter sagen for Vestre Landsret, som udsatte sagen og forelagde EF-domstolen præjudicielle spørgsmål, der blev omformuleret således af Domstolen:

"Med de tre præjudicielle spørgsmål, som vil blive behandlet under ét, ønsker Vestre Landsret nærmere bestemt oplyst, om den omstændighed, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne for en offentlig bygge- og anlægskontrakt, der ikke overskrider tærskelværdien i direktiv 93/37, indsætter en bestemmelse, hvorefter det kræves, at der benyttes et produkt af et bestemt fabrikat, er i strid med traktatens grundlæggende regler og navnlig med dens artikel [12] og [28], når kravet ikke ledsages af bemærkningen 'eller dermed ligestillet'."²⁴

EF-domstolen behandlede sagen ved en "begrundet kendelse", da besvarelsen af det omformulerede spørgsmål "klart kan udledes af retspraksis".²⁵

Domstolen indledte sit svar med at bemærke, at EF-udbudsdirektiverne kun finder anvendelse på kontrakter, hvis værdi overskrider en bestemt tærskel, der udtrykkeligt er fastsat i hvert enkelt af de pågældende direktiver. Den omstændighed, at fællesskabslovgiver har fundet, at de særlige og strenge fremgangsmåder, der er fastsat i disse direktiver, ikke er egnede, såfremt der er tale om offentlige kontrakter af mindre værdi, indebærer imidlertid ikke, at sådanne kontrakter er udelukket fra fællesskabsrettens anvendelsesområde. I så henseende henviste Domstolen til dommen i *Telaustria*-sagen, idet den påpegede, at selv om visse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for EF-udbudsdirektiverne, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, dog forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler, hvorved Domstolen henviste til *Telaustria*-dommens ovenfor citerede præmis 60. Heraf fulgte, sagde Domstolen, at uanset at en bygge- og anlægskontrakt ikke når den tærskel, der er fastsat i direktiv 93/37, og således ikke er omfattet af direktivets

²⁴⁾ Præmis 16.

²⁵⁾ Domstolen henviste herved "navnlig" til *UNIX*-dommen: Kommissionen mod Nederlandene, sag C-359/93, Sml. 1995, I-157.

anvendelsesområde, skal spørgsmålet om, hvorvidt en bestemmelse i udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt er lovlig, vurderes i relation til traktatens grundlæggende regler, herunder det princip om frie varebevægelser, der er fastsat i traktatens artikel 28.²⁶

Herefter bemærkede Domstolen, i lyset af denne konstatering, at i henhold til retspraksis vedrørende offentlige indkøb kan en undladelse af at tilføje bemærkningen "eller dermed ligestillet" efter angivelsen i udbudsbetingelserne af et bestemt produkt ikke blot medføre, at erhvervsdrivende, der anvender systemer svarende til det pågældende produkt, undlader at afgive bud, men i strid med traktatens artikel 28 også skabe hindringer for indførsler i handelen inden for Fællesskabet, idet kontrakten herved alene forbeholdes leverandører, der har til hensigt at anvende det specielt angivne system.²⁷

Domstolen fortsatte med at bemærke, at i præmis 22 i *Dundalk*-dommen, som havde vedrørt en offentlig bygge- og anlægskontrakt, der ikke var omfattet af anvendelsesområdet for det dagældende Bygge- og anlægsgdirektiv 71/305, havde Domstolen udtalt – med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt en klausul, hvorefter trykledningerne af asbestcement skulle være i overensstemmelse med "Irish Standard Specification 188:1975", var i overensstemmelse med traktatens artikel 28 – at såfremt de irske myndigheder i den omtvistede meddelelse havde indsat ordene "eller dermed ligestillet" efter angivelsen af den irske standard, kunne de have kontrolleret, at de tekniske krav var overholdt, og ikke allerede fra starten have forbeholdt de tilbudsgivere kontrakten, der ville anvende irske materialer.²⁸

På dette grundlag nåede Domstolen frem til, at det således klart fremgik af retspraksis, at uanset at en offentlig bygge- og anlægskontrakt ikke overskrider den tærskelværdi, der var fastsat i direktiv 93/37, og derfor ikke var omfattet af direktivets anvendelsesområde, var traktatens artikel 28 til hinder for, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt indsætter en bestemmelse, hvorefter der til opfyldelsen af den pågældende kontrakt skal anvendes et bestemt fabrikat, uden at der tilføjes bemærkningen "eller dermed ligestillet". Det var, sagde Domstolen, med dette svar ikke nødvendigt også at tage stilling til, om en bestemmelse som den, der var omtvistet i hovedsagen, eventuelt måtte være uforenelig med traktatens artikel 12.²⁹

²⁶⁾ Præmisserne 19-21.

²⁷⁾ Jf. præmis 22. Domstolen henviste herved til *UNIX*-dommens præmis 27.

²⁸⁾ Præmis 23.

²⁹⁾ Præmisserne 24-25.

Man kan konstatere, at Domstolen med kendelsen ikke lader meget råderum tilbage til medlemsstaterne, selv under direktivernes tærskelværdier.

Coname-dommen

I juli måned 2005 afsagde Domstolen, formeret i "Store Afdeling" med 13 dommere,³⁰ dom i *Coname*-sagen.³¹ Sagen angik tildeling af en koncessionskontrakt vedrørende driften af offentlig gasforsyning. Cingia de' Botti kommune havde således overdraget opgaven at drive, levere og vedligeholde kommunens metangasforsyningsanlæg til et selskab, Padania Acque SpA. Foranlediget heraf anlagde Consorzio Aziende Metano (*Coname*) sag mod kommunen.

Baggrund for sagen var, at *Coname* med Cingia de' Botti kommune tidligere havde haft aftale, hvorved *Coname* var blevet overdraget retten til at udføre tjenesteydelser i forbindelse med vedligeholdelse, drift og overvågning af metangasnettet fra 1. januar 1999 til 31. december 2000. Ved skrivelse af 30. december 1999 meddelte kommunen imidlertid *Coname*, at kommunalbestyrelsen ved beslutning af 21. december 1999 havde overdraget retten til at udføre de pågældende tjenesteydelser i perioden fra den 1. januar 2000 til den 31. december 2005 til Padania. Dette var sket ved direkte tildeling i henhold til en italiensk lovbestemmelse. Den overvejende offentlige kapital i Padania blev ejet af Cremona-provinsen i fællesskab med så godt som samtlige provinsens kommuner, hvorved Cingia de' Botti kommune var ejer af tæt ved 1% af selskabets kapital.

Coname nedlagde herefter for Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia påstand om annullation af beslutningen af 21. december 1999. *Coname* anførte, at tildelingen af den omhandlede tjenesteydelse burde være sket gennem afholdelse af et udbud.

Tribunale forelagde EF-domstolen et præjudicielt spørgsmål, som EF-domstolen, efter at have udbedt sig yderligere oplysninger fra Tribunale, omformulerede til, at hovedsagen tilsyneladende omhandlede en koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Domstolen tilføjede, at en sådan kontrakt hverken falder ind under anvendelsesområdet for det dagældende tjenesteydelsesdirektiv³² el-

³⁰ Nuværende retspræsident V. Skouris, der også havde deltaget i *Telaustria* og *Bent Moustén Vestergaard*-sagerne, jf. ovenfor, præsiderede således.

³¹) Consorzio Aziende Metano (*Coname*) mod Comune di Cingia de' Botti, sag C-231/03, dom af 21. juli 2005, endnu ikke i Sml.

³²) Rdir 92/50, EFT 1992 EFT L 209/1.

ler forsyningsvirksomhedsdirektiv³³, i hvilken forbindelse Domstolen bl.a. henviste til *Telaustria*-dommen.

Domstolen tilføjede: "Herefter bemærkes, at den forelæggende ret med sit spørgsmål ønsker at opnå en fortolkning af artikel 43 EF, 49 EF og 81 EF".³⁴

Om artikel 81 kunne Domstolen kort udtale, at denne bestemmelse ikke finder anvendelse på koncessionskontrakter³⁵.

Om artiklerne 43 og 49 sagde Domstolen – ud over igen at bekræftede sin *Telaustria*-dom, hvor denne havde fastslået, at tildelingen af en koncessionskontrakt ikke er omfattet af udbudsdirektiverne – at, i mangel af en sådan regulering skal de fællesskabsretlige følger af tildelingen af sådanne koncessionskontrakter fortolkes i lyset af den primære ret og navnlig de grundlæggende friheder, der er nedfældet i traktaten. Domstolen udtalte herefter, stadig i forlængelse af *Telaustria*-dommen og med direkte henvisning til denne:

"17 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at *for så vidt som*³⁶ den omhandlede koncessionskontrakt også kan have interesse for en virksomhed, der er *beliggende i en anden medlemsstat* end den, hvori Cingia de' Botti kommune ligger, kan tildelingen af denne koncessionskontrakt til en virksomhed, der er beliggende i sidstnævnte medlemsstat, udgøre en forskelsbehandling af virksomheden i den anden medlemsstat, hvis der ikke er gennemsigtighed (jf. i denne retning *Telaustria* og *Telefonadress*-dommen, præmis 61). (fremhævelserne mine)

18 Hvis der ikke er gennemsigtighed, har sidstnævnte virksomhed nemlig ingen reel mulighed for at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af den omhandlede koncessionskontrakt"

I præmis 19 fremkom Domstolen imidlertid med en yderligere præcisering, som vel kan ses som tilknyttet reservationen om "for så vidt som" i præmis 17. Den udtalte nemlig:

19 *Medmindre den er begrundet ud fra objektive omstændigheder*, er en sådan forskelsbehandling, som ved at udelukke alle virksomheder, *der ligger i en anden medlemsstat*, [...] til skade for disse virksomheder, udtryk for indirekte forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, hvilket er forbudt i henhold til artikel 43 EF og 49 EF [...] ³⁷ (fremhævelsen min)

³³⁾ Rdir 93/38.

³⁴⁾ Præmis 11.

³⁵⁾ Præmissene 12-14.

³⁶⁾ I den franske version "dans la mesure où"; engelske "in so far as".

³⁷⁾ Med henvisning til forskellige af Domstolens egne tidligere udtalelser.

Med dette udsagn havde Domstolen således forklaret, hvorfor en gennemsigthed måtte kræves. Det var for at gøre det muligt for virksomheder i *andre medlemslande* at kunne tilkendegive deres interesse i at få tildelt kontrakten. Man kunne imidlertid i den forbindelse overveje, om ikke Domstolens egen, tilsyneladende generelle, tilkendegivelse i *Wallonske busser*-dommen af, at det var muligt, at virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater direkte eller indirekte var berørt af tildelingen af en udbudt kontrakt, hermed altid måtte føre til et krav om den anviste gennemsigthed. På dette punkt fremkom imidlertid en særdeles interessant tilføjelse i Coname, præmis 20³⁸:

“20 I den foreliggende sag bemærkes, at det ikke fremgår af sagsakterne, om det på grund af særlige omstændigheder, som f.eks. en meget begrænset økonomisk betydning, med rette kan hævdes, at en virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori Cingia de' Botti kommune ligger, ikke ville være interesseret i at opnå tildeling af den omhandlede koncessionskontrakt, og at virkningerne for de omhandlede grundlæggende friheder må betragtes som for usikre og for indirekte til, at man kan fastslå, at disse er blevet tilsidesat”³⁹. (fremhævelserne mine).

Afslutning

Med præmis 20 må man kunne fastslå, at Domstolen nu har underlagt sig den reservation, at der kan være tale om kontrakter, hvor værdien er så beskeden, at virksomheder i andre medlemsstater end udbyderens ikke kan være interesserede heri. Dette forekommer at være en betydningsfuld tilføjelse til det meget generelle udsagn fra *Wallonske busser*-dommen og fra *Bent Moustens Vestergaard*-kendelsen. Sidstnævnte afgørelse drejede sig i realiteten om 23.000 kr., der utvivlsomt udgjorde et beløb, som lå langt under det beløb, det ville have kostet udbyder at skulle foretage en tilbundsgående undersøgelse af de forskellige vinduestypers kvaliteter, som kunne komme på tale fra potentielle byderes side, hvis man, som Domstolens afgørelse krævede det, havde tilføjet bemærkningen “eller dermed ligestillet”. Det turde vel også have været særdeles usikkert, om gennemførelsen af dette udbud med tilføjelsen af nævnte be-

³⁸⁾ Domstolen (5. kammer) har dog efterfølgende i *Parking Brixen* mod Gemeinde Brixen, sag C-458/03, dom af 13.10.2005, endnu ikke i Sml., henvist til Coname-dommens præmisser 16 og 17, men ikke til den her citerede præmis 20, jf. *Brixen* præmisserne 46 og 55. Det synes dog heller ikke i *Brixen* at have været relevant at drøfte, om der var tale om en kontrakt af “en meget begrænset økonomisk betydning”.

³⁹⁾ Domstolen foretog herved følgende henvisning: “(jf. i denne retning dom af 7.3.1990, sag C-69/88, Krantz, Sml. I, s. 583, præmis 11, og af 21.9.1999, sag C-44/98, BASF, Sml. I, s. 6269, præmis 16, samt kendelse af 12.9.2002, sag C-431/01, Mertens, Sml. I, s. 7073, præmis 34)”.

mærkning overhovedet ville have ført til, at der kunne være tale om virksomheder uden for Danmark, som ville have haft interesse i at byde.

Coname-dommen bliver herved særlig interessant, fordi den således rammer ned i hjertet af en af de debatter, som medlemsstaterne ikke reelt har turdet tage ved revisionen af udbudsdirektiverne, der førte til direktiv 2004/17 og /18, nemlig spørgsmålet om de små og mellemstore virksomheders placering med de meget høje tærskelværdier.⁴⁰

Når man har *Telaustria*-dommens krav om gennemsigtighed, i form af at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for tilbudsgiverne, i erindring, og samtidig konstaterer, at denne dom taler om offentlighed til fordel for "enhver potentiel tilbudsgiver", for at kunne gøre det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske, må man nok kunne tillade sig at se den nye *Coname*-dom som en vigtig modifikation. Vi må nu forstå Domstolens store kammers opfattelse som den, at vel er gennemsigtighed m.v. vigtige elementer i markedsåbningen, men hvor der ikke er nogen reelle udsigter til, at der findes interesserede virksomheder uden for udbyderlandet, kræver gennemsigtighedskravet ikke, at det store apparat sættes i gang.

Kan man således drage den konklusion, at *Wallonske busser* og *Bent Moustens Vestergaard*-afgørelserne om offentlige udbud er blevet overruled, fordi Domstolen nu har præciseret, at ikke alle udbud uden videre taler til virksomheder uden for udbyders land, og at *Telaustria*-dommen er blevet modificeret, idet den dom ikke indeholdt den vigtige reservation, som *Coname* nu har påpeget: kravet til det grænseoverskridende?

Meget taler for at, dette spørgsmål må besvares bekræftende.

⁴⁰⁾ I direktiv 2004/17 siges det på sin side i præambelens punkt 9 i.f.: "For offentlige kontrakter, hvis værdi er lavere end den, der udløser anvendelse af bestemmelserne om fællesskabssamordning, kan der henvises til Domstolens retspraksis, som fastslår, at ovennævnte regler og principper i EF-traktaten finder anvendelse".

Sex Inequality in Danish Universities*

Lynn Roseberry

1. Introduction

The percentage of women among assistant professors, associate professors and full professors at Danish universities is far less than 50%. The conventional explanation for the under representation of women on Danish university faculties has been that they are relative newcomers to academia. As more women obtain university educations, more women would enter Ph.D. programs and continue up the university hierarchy. It would just be a matter of time before the percentage of women on university faculties would match the percentage of women in the Danish population.

A recent study, discussed in section 2 below, indicates that the conventional explanation is not correct. The study suggests that women have been completing university educations and Ph.D.s in large enough numbers to have had an impact on the gender composition of university faculties. It has simply not happened, though. Assuming that the implications of this study are correct, one explanation for the low number of women on university faculties could be sex discrimination—whether intentional or unintentional. This possibility raises the question of how this problem can be remedied. What remedies do sex discrimination law provide? Are they sufficient, or should some form of positive action be taken? The purpose of this essay is to offer some answers to these questions.

* This essay is based on an earlier report presented at a conference at Lund University, Sweden, 2-3 December 2004, on Women in Academia and Equality Law. That article will be published by Kluwer in the fall of 2005 in an anthology including all the reports presented at the conference.

This essay will first present, in section 2, the statistical evidence of sex inequality in Danish academia. In section 3, the essay describes the career paths of Danish academics and points out the places where women may drop out. Section 4 focuses on the hiring procedures and the factors that may result in unequal treatment of women. Sections 5 and 6 then discuss how Danish sex discrimination law may be used to remedy sex inequality in the universities and the extent to which Danish and EU law permit the use of positive action measures to redress sex inequality in university employment. Conclusions are presented in section 7.

2. The evidence of sex discrimination: Horizontal and vertical sex segregation at Danish universities

In 2002, 36% of assistant professors (the Danish title is “*adjunkt*”) were women.¹ Women occupied 22% of the associate professor (“*lektor*”) positions and only 10% of the professor (“*professor*”) positions.

Most of the female academics are found in the humanities, health and agricultural areas. In the period 1998-2000 the percentage of women lecturers in humanities was 35%. The lowest percentages of women are found in the natural sciences and technological areas.² In the natural sciences only 28% of the assistant professors, 13% of the associate professors, and 4% of professors are women. In the technological fields only 3% of the professors and 10% of the associate professors are women.

The Danish Research Policy Council (*Forskningspolitisk Råd*) issued a report in 1993 that asserted that the low percentage of women among Danish university academics is a function of low percentages of women among the university students over the past 50 years, the low percentage of women among the students recruited to PhD programs and the low percentage of women among the professors given tenure over the last 40 years.³ As a consequence of this report, the dominant view of women's under representation in academia has been that the problem would eventually solve itself since the number of women graduating from university educations had been increasing steadily

¹⁾ Unless otherwise noted, the statistics on the gender composition of the universities' research staff were collected by the Danish Center for Research Analysis (Dansk Center for Forskningsanalyse) and reflects the situation in 2002. They are available (in Danish) on the website of the Danish Minister for Equality, http://www.lige.dk/kil_universiteterne.asp.

²⁾ Id.

³⁾ See Inge Henningsen, “Modselektion eller efterslæb” in Lis Højgaard and Dorte Marie Døndergaard, *Akademisktilblivelse: Akademia og dens kannede befolkning*, (Copenhagen, Akademisk Forlag 2003), pages 25-60.

and dramatically and a large number of the tenured professors would be retiring in the near future.⁴

A group of Danish social scientists has recently challenged this view based on their examination of statistics on the gender composition of university graduating classes and changes in the gender composition of university faculties over a period of roughly 35 years.⁵ They found that the gender composition of the university faculties has not changed at a rate that reflects the increasing numbers of female university graduates. While they acknowledge that significant changes may occur in certain disciplines where women now comprise substantially more than 50% of the students and relatively few of the professors are women, they point out that the gender composition of most of the faculties has been and will likely remain relatively stable. For example, at Copenhagen University the percentage of women among tenured professors hired before 1970 was the same as for the period from 1970 to 1996: 19%.⁶ From 1997 to 2001 27% of newly tenured professors were women, but a significant part of the increase occurred in only three disciplines: social science, law and theology, each with 34% women obtaining tenure.⁷

The next section explores the factors that may contribute to women's continuing under representation on university faculties.

3. Vertical sex segregation: the leaky pipeline

The typical career path of a Danish university academic begins with the Ph.D. and proceeds through three positions: assistant professor (untenured, 3-year contract⁸), associate professor (tenured) and professor (tenured).⁹ In addition to these positions, there are a number of temporary and clinical positions that can be made available. However, the progression through the three main positions is the surest way towards establishing a life-long career in academia.

⁴) Id.

⁵) See id., presenting the findings of these researchers.

⁶) Id. .

⁷) Id.

⁸) The contract can be extended to make up for leave due to illness, maternity or other reasons.

⁹) Both the associate professor and professor positions can be either for a fixed term or indefinite period. The positions, wages and working conditions for academics are generally the product of collective bargaining between the Ministry for Science, Technology and Innovation and the Danish Confederation of Professional Associations (in Danish, Akademikernes Centralorganisation (AC)). The AC is an umbrella organisation for 22 member organisations, which offer services to professional and managerial staff that have graduated from universities and other higher educational institutions.

The first point along the career path where women may fall out of the pipeline is at the Ph.D. level. Most of the PhD's who embark on a university career have done their research in an area connected with high prestige and have studied abroad for at least three months.¹⁰ Hanne Nexø Jensen asserts that women are generally under represented among the PhDs on the university career track.¹¹ Unfortunately this assertion is not supported by any statistics indicating whether women are under represented among the PhDs that are the main source of recruitment because they do not choose research areas with high prestige, because they do not study abroad, or because of a combination of both factors.

The next point that may cause women to drop out of academia is the transition from Ph.D. to assistant professor. Every year between 900 and 1000 new PhDs are awarded in Denmark, but the universities only hire about 150 assistant professors, the first position available to a new PhD, annually.¹² Temporary employment in "post-doc" positions has become a common way of trying to absorb the new PhDs into the system even when they are not hired as assistant professors. These positions are often connected with externally financed projects, which are common in the natural sciences, technology and medicine.

Post-doc positions can be fraught with uncertainty because they are far less regulated than the "normal" academic positions, and the research environments in which they are common have much more discretion when selecting candidates for assistant professor positions.¹³ Scholars accepting employment in post-doc positions generally do so on the basis of unenforceable assurances that an assistant professor position will be opened for them as soon as possible, and that until then, the institution will obtain financing for as many temporary contracts as needed to cover the waiting period for the assistant professor position. The uncertainty and the additional time post-docs insert between the PhD and the first step on the university career ladder can be particularly disadvantageous for women. Women in these positions tend to be of child-bearing age. If they have children before an assistant professor position is opened for them, it may be more difficult for many of these women to enhance their qualifications, for example through publication, and to prove their academic worth in preparation for the application process. How much difficulty women may have in these cases is dependent on a number of personal and so-

¹⁰⁾ Hanne Nexø Jensen, text box 2-1 in Henningsen, note 3, at page 43.

¹¹⁾ Id.

¹²⁾ Bertel Ståhle, "Forskere søges-ansøgere mangler. Forskerpersonale og forskerkruttring på danske universiteter 1998-2000" (28 February 2003), report available from the Danish IT-Center for Education and Research (UNI-C), www.uni-c.dk.

¹³⁾ See Henningsen, note 3 above, at pages 44-7, in relation to this point and the following discussion of post-docs.

cial factors, such as availability of the fathers, grandparents, relatives and friends who can help with the children and domestic responsibilities.

Most of these post-doc positions are made available in the areas where women are most under represented –natural sciences, technology and medicine. The problems they can create for female scholars could be an important contributing factor to women's very low rate of success in making the transition from PhD to assistant professor in especially the first two disciplines. This explanation is merely conjectural, however, as statistical information about the proportion of female PhDs who accept post-doc positions is unavailable.

If temporary employment in a post-doc position is the only way for a PhD to remain in the academic environment, the PhD may consider dropping out of academia altogether because of the uncertainty associated with these positions. The following career paths might be available, depending on the discipline: 1) a career at a public sector research institution, e.g. the National Institute of Occupational Health, the Danish Space Research Institute, 2) a medical career at a hospital, or 3) a career in research in the private sector.¹⁴ Those who work at public sector research institutions have generally not chosen a prestigious research area and have often not studied abroad. Writing a PhD thesis while employed at a hospital generally ensures a medical career at a hospital. These PhDs have seldom studied abroad. Finally, a career in the private sector generally results when the PhD was an employee of a business while a PhD student.

Another contributing factor to the under-representation of women among applicants to university positions may be due to female scholars' concerns about balancing the requirements of an academic career with child-care obligations. An informal poll of 30 female PhD students by an Internet newspaper published by journalism students at the Danish School of Journalism showed that only 3 of them were considering continuing their careers in academia.¹⁵ Those who were not planning to continue their careers in the university explained that they did not think they would be able to allocate the necessary time and energy to qualify for professorships because of their childcare and family obligations. One PhD student went so far as to say that she should not have chosen to have children if she wanted to have a career as a scholar. That childcare and family obligations may be discouraging a large number of women from trying to advance along the academic pipeline is supported by statistics showing that male scholars' wives work in female dominated occupations, which

¹⁴⁾ This outline of the alternative career paths and characteristics of PhDs that lead to them are outlined by Hanne Nexø Jensen in Henningsen, note 3 above, at 43.

¹⁵⁾ Kristine Lefevre Sckerl, "Akademikerkvinder finder nye græsgange" in *Byen i byen*, 11 April 2001, available at [http://manila.djh.dk/byenibyen/stories/storyReader\\$849](http://manila.djh.dk/byenibyen/stories/storyReader$849).

are easier to combine with responsibility for childcare, while female scholars' husbands are most often scholars.¹⁶ Many of the female scholars may conform to the pattern seen in the majority of Danish two-earner families and spend more time on childcare and household duties than their scholar husbands.¹⁷

After the assistant professor's contract expires, an appropriate vacant position, ideally an associate professor position without any time limit, must be available.¹⁸ The factors that determine whether an associate professor position becomes available are difficult to predict or control. The Ministry of Science, Technology and Innovation and the Ministry of Finance jointly determine the total number of professorships in Denmark. At the moment, the universities have approximately 1300-1350 professor positions, of which approximately 200-250 are vacant.¹⁹ When an assistant professor approaches the end of her contract, she may find that the department's (or university's) plans for development have changed so that the associate professorship is allocated to another subject area or the position is not opened at all.²⁰

More than two-thirds (69%) of the professors, associate and assistant professors that were hired during this period were also already employed in another position at the same institution just before their employment in the new position.²¹

Statistics for Copenhagen University in 1996 indicate that women are disproportionately sorted out in the transition from assistant professor to associate professor.²² In 1996 there were 82 assistant professors in natural science, humanities and medicine. Only 59% were hired as associate professors at the University five years later. Only 41% of the female assistant professors as compared with 63% of the men obtained associate professorships. No observable difference between the hiring rates of male and female assistant professors in social sciences and theology occurred because nearly all the assistant professors obtained associate professorships.

¹⁶⁾ Id., referring to remarks by Kirsten Gomard, associate professor in gender studies, at the Centre for European Studies, at Aarhus University.

¹⁷⁾ Statistics from 1997 show that 48% of married women who work 39 hours or more per week were doing 76-100% of the housework and 17% of the same group was doing 51-75%. Women working 21-38 hours per week performed slightly less, with 24% doing 51-75% and 44% doing 76-100% of the housework. Source: Danmarks Statistik og Socialforskningsinstituttet: *Levevilkår i Danmark* 1997.

¹⁸⁾ Henningsen, note 3 above, at 47.

¹⁹⁾ Rerpot by the Ministry of Science, Technology and Innovation, "Danish universities in transition: background report to the OECD examiners panel" (2003) page 52.

²⁰⁾ Henningsen, note 3 above, at 47.

²¹⁾ Bertel Ståhle, note 12 above.

²²⁾ Henningsen, note 3 above, at 47.

Temporary positions may be available after the expiration of an assistant professor's contract, but these positions generally do not help women get through this transitional period. At the humanities faculty at Copenhagen University in 1996 there were 22 temporary associate professors employed, of these 15 were men and 7 were women.²³ In 2001 only 9 of the 22 had been hired as associate professors, and only *one* of these was a woman.²⁴

The foregoing discussion shows that women fall out of the academic pipeline at a higher rate than men at each transition point and that some women report difficulty in reconciling a research career with their family obligations. The next section focuses on what happens in the hiring process itself that may be contributing to women's difficulties in pursuing academic careers.

4. Hiring procedures: the potential for sex discrimination

The hiring process for all positions on Danish university faculties is governed by a regulation issued by the Ministry of Science, Technology and Innovation.²⁵ The regulation seeks to exclude the possibility that personal relationships will influence employment decisions by requiring, in general, that the application procedure for each appointment be open to all qualified applicants and advertised in such a way as to ensure that the open position comes to the attention of potential qualified applicants. Exceptions can be made to this rule, permitting professor and associate professor positions to be filled without opening it to general applications, when a unanimous selection committee issues a well-founded recommendation for doing so.

A selection committee is established to review all the applications after the specified deadline for applications.²⁶ The selection committee consists of a chairperson and two or four other academics who are at least at the rank of associate professor in the same discipline or research area as the position to be filled. The regulation seeks to avert the possibility of nepotism by requiring that at least one of the two or two of the four members of the committee must be employed elsewhere than the university that is seeking to fill the advertised position. The regulation also seeks to reduce the likelihood of gender bias by requiring that the committee include both men and women. The hiring committee then evaluates the applicants on the basis of the documentation submit-

²³⁾ *Id.*, at 48.

²⁴⁾ *Id.*

²⁵⁾ The currently applicable regulation is found in *Bekendtgørelse* nr. 820 of 31 August 2000.

²⁶⁾ "Selection committee" is my translation of the Danish term "*bedømmelsesudvalg*".

ted with their application, which usually includes examples of their publications. The committee decides which applicants possess the qualifications necessary for employment and provides the management of the department or institution a written, confidential evaluation of the applicants. On the basis of this opinion, the institution's management decides who should be hired. Only those applicants whom a majority of the hiring committee have judged to be qualified can be hired.

Decisions to hire academic staff are based on the selection committees' evaluations of the candidates' scholarly and teaching qualifications. The likelihood that intentional gender bias influences the process is probably small since gender and other social and personal circumstances are generally considered irrelevant in relation to the measurement of research quality.²⁷ Indeed, the administrative legal principles that apply to university employment decisions *prohibit* consideration of factors that are irrelevant—including race and gender—to the qualifications actually needed or relevant to the job.²⁸ The general administrative legal rules that govern public employment require that employment decisions be made on a basis that is as neutral, qualified and well informed as possible.

Nevertheless, the selection committees have wide discretion in the evaluation of the applicants. Although a collective agreement between the Association of Professional Associations (AC) and the Ministry describes the basic qualifications necessary for employment, much is left undetermined.

Employment qualifications for the assistant professors are a PhD or equivalent. The overall evaluation of the applicant is supposed to emphasise the applicant's research potential, but the collective agreement does not offer any guidance on what the criteria should be for determining how much potential an applicant has.

The qualifications for associate professor are supposed to correspond to the level that can be achieved on the basis of employment as an assistant professor. It requires that the applicant can provide documentation of both research at international level and teaching qualifications.²⁹ No additional criteria are described.

²⁷⁾ Henningsen, note 3 above, at pages 51-2.

²⁸⁾ For an overview of the general principles of administrative law that apply to public employment see Oluf Emborg and Peer Schaumburg-Müller, *Offentlig arbejdsret* (Copenhagen, Gad Jura 1998).

²⁹⁾ If the applicant does not have the teaching experience normally acquired during the 3-year assistant professor position, employment as an associate professor can occur on a trial basis for 1½ years. At the end of that period, the teaching qualifications of the person concerned must be evaluated and judged to be at the same level as required for em-

The main focus of attention for employment as a professor are the quality and quantity of original research produced by the applicant. Additional criteria include the applicant's ability and possibilities for continuing to develop his or her research area, the applicant's ability to assume responsibility for managing research and any other relevant management functions and for teaching in his or her subject area.

In each case, the selection committee must make decisions about how to judge research qualifications. It must determine how much weight should attach to teaching experience and ability as compared with scholarly qualifications.³⁰ It must also determine what criteria to apply to the scholarly qualifications. Questions about how to judge quality of scholarship are left entirely open to the selection committees. Each of these decisions is an occasion for subjectivity and opacity. Decisions about how to evaluate teaching and scholarship are generally not subjected to any kind of open discussion, and it is difficult to discern how they may affect men's and women's opportunities in academia. Because they are not subject to any kind of systematic scrutiny, a substantial part of the hiring process arguably involves unspoken, unchallenged and therefore subjective assumptions about how to evaluate qualifications.

Given the fact that the members of the selection committees are themselves employed as associate or full professors, most of whom are men, part of the dynamic operating in the hiring process may well be a preference, whether conscious or not, for candidates that resemble themselves.

Numerous studies in the U.S. have demonstrated men generally tend to evaluate male applicants more positively than women even when individual candidates possess equal objective qualifications.³¹ A much-publicized study presented to the National Bureau of Economic Research by Claudia Goldin, a Harvard economist, and Cecilia Rouse, of Princeton University, reveals how unconscious sex discrimination affects a woman's chances of landing a job with a major orchestra.³² Goldin and Rouse studied the effect of blind auditions for orchestral positions, in which a musician auditions for a panel (usu-

ployment as an associate professor. If not, the person must be dismissed with the notice required by the applicable collective agreement. If the associate professorship involves only limited teaching obligations, the probationary period can be omitted.

³⁰⁾ See *id.*

³¹⁾ Anne Lawton, "The Meritocracy Myth and the Illusion of Equal Employment Opportunity", 85 *Minnesota Law Review* 587, 607 (2000)

³²⁾ See *id.* at 610-11. For news reports about this study, see Joseph McLellan, "Do Unseen Musicians Get Fairer Hearings?; Professors See link Between 'Blind' Auditions and Rise in Orchestras' Female Hires", *Wash. Post*, July 13, 1997, at G16 and Jonathan Marshall, "'Blind' Auditions Putting Discrimination on Center Stage," *San Fran. Chron.*, Feb. 10, 1997, at B1.

ally including the orchestra's conductor and concert master, who are usually men) behind a screen. They found that using blind auditions increases by 50% the chances that a woman will advance from the preliminary round and nearly triples her chances of being selected from among the finalists. This study demonstrated that awareness of the musician's sex affected the selection rate of men and women independently of the quality of their playing.

In another study, conducted by researchers at Ohio State University, the participants were asked to identify which of ninety-two different traits characterized a successful middle manager (without any gender specification), a successful male middle manager, and a successful female middle manager.³³ The male and female participants in the study identified similar traits as characteristic of the typical middle manager, and they also largely agreed on descriptions of male managers, viewing male managers in a positive light. Significant disagreement arose between male and female participants in their descriptions of female managers. The male participants were more likely than female subjects to describe the successful female manager in negative terms, such as bitter, easily influenced, frivolous, hasty, nervous, quarrelsome, reserved, shy, uncertain, and timid. This research suggests that men are more likely to evaluate female candidates in a negative light.

It is not unreasonable to suppose that the same kind of unconscious sex discrimination that operates in orchestra auditions and evaluation of managers may be operating in the selection process for academics in Danish universities. In the next section, I will evaluate the usefulness of Danish sex discrimination law in addressing this kind of sex discrimination.

5. Using sex discrimination law to remedy sex inequality in Danish universities

In sections 3 and 4, I identified two factors that may be contributing to the observed sex inequality on Danish university faculties: 1. Women's difficulties in reconciling the demands of an academic career with their family obligations, and 2. hidden or unintentional gender bias in the academic hiring process. When these factors operate to prevent women from proceeding with academic careers, evidence of intentional direct sex discrimination is unlikely to be present.

Let us assume that on average male scholars with families may produce more publications than female scholars with families due to the way work in the home is allocated. The number of publications a scholar produces per year is

³³) See *id.*, at 610.

generally accepted as a rough measure of one's scholarly qualifications.³⁴ Evaluation committees may thus have a tendency to focus on the number of entries on an applicant's publication list without considering the gender implications of that practice. Even though hiring committees also probably consider the quality of the publications—for example by noting whether an article is published in a refereed journal—women as a group are still at a disadvantage as long as the quantity of publications is considered without referring to the circumstances of the individual applicants. Many female applicants to associate professor positions will have been on maternity leave more than once during their academic careers. Even after they have had their children, women as a group are not able to devote as much time to their research as their male colleagues because of the gendered division of labour at home.

The only legal basis for raising a claim of sex discrimination in such cases would be the prohibition against indirect discrimination found in the Danish law on equal treatment of men and women (*ligebehandlingsloven*). The prohibition against indirect discrimination aims to remove apparently neutral barriers, which in fact function to exclude more women than men. The Danish Equal Treatment Act currently incorporates the definition of indirect discrimination provided in the Directive on the Burden of Proof, which states: "[I]ndirect discrimination shall exist where an apparently neutral provision, criterion or practice disadvantages a substantially higher proportion of the members of one sex unless that provision, criterion or practice is appropriate and necessary and can be justified by objective factors unrelated to sex." This definition has been changed by Directive 2002/73/EEC amending the 1976 Equal Treatment Directive. Danish courts became obligated to interpret Danish law in conformity with the new Directive as of 5 October 2005, the deadline for implementation in the Member States. The new definition of indirect discrimination no longer requires proof that a "substantially higher proportion of the members of one sex" are disadvantaged. This kind of proof required statistical information on the impact of the contested practice. Instead, the new directive requires a showing that the "neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex."

While the new Directive may have eliminated the legal requirement for statistical evidence of a disproportionate effect on one sex, such statistical evidence may still be necessary to make potential female plaintiffs aware of the fact that some aspects of university hiring practices pose a disadvantage for them. This

³⁴⁾ This criterion may in fact be the operational one. More than 2/3 of the professors, associate professors and assistant professors that were hired in 1998-2000 already occupied a position at the same institution and knew at the time their positions were opened who the likely candidates would be (including those who applied externally) and who had the most research results. See Bertal Ståhle, note 12 above.

awareness may only come by assembling statistical information regarding the number of male and female applicants for academic positions, the hiring rates of men and women over a certain period of time and what criteria have been applied in the evaluation process. Statistics help to counteract the tendency to focus on individual cases. Individual women who have had difficulty writing and publishing because of the extra time constraints imposed by family obligations may know of other female academics who are somehow able to produce more, although they have similar family obligations. In such situations these women may believe they simply do not measure up to the standards applied in academic hiring. Similarly, women who publish a reasonable amount and still are not hired, may not see any reason to suppose that gender had anything to do with their concrete situation. Good statistical information helps us see the gender impact of seemingly neutral practices. Unfortunately, obtaining the kind of statistical information that reveals such gender impacts usually requires substantial financial and intellectual resources.

Furthermore, even if an individual plaintiff could persuade a court, with or without statistical evidence, that the hiring practices of the university that rejected her have a tendency to disadvantage women as compared with men, the practice will not be found unlawful if the university is able to prove that the practice is based on objective reasons that are unrelated to gender, and that it is proportional to the universities' need to employ high quality scholars.

For example, if the university admits that the number and quality of publications are decisive criteria, the university would have the burden of proving that these criteria were objective and proportional to the university's need to employ high quality scholars, and that taking account of the individual circumstances of the applicants would prevent them from hiring the most qualified applicants.

It is not obvious how a Danish court would view this practice. The case law of the European Court of Justice has been generous to employers when it has considered how to apply the proportionality requirement to justifications of indirect sex discrimination.³⁵ That case law would not prevent a Danish court from accepting a university's argument that ignoring individual family circumstances with regards to publications is justifiable on the grounds that the university's scholarly reputation depends on the productivity of its scholars.

Finally, even if a female plaintiff were to win such a case, the outcome may not bring about change. For example, if the impact of different personal fam-

³⁵) For a discussion of the generally deferential treatment of employers' justifications by the ECJ, see Siofra O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice* (Oxford, Hart Publishing, 2002) 151-9.

ily circumstances (such as maternity or parental leave and primary responsibility for childcare) would be taken into consideration when evaluating quantity and quality of publications, the unconscious gender bias observed in the studies referred to above may still operate to women's disadvantage.

6. Positive Measures to Redress Sex Inequality in Hiring Procedures at Danish University Faculties

If it is true that gender bias has been operating in the universities' hiring procedures to disadvantage women, Article 141(4) of the Community Treaty suggests an alternative to litigation strategies. It states:

With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

The ECJ's case law on positive measures to remedy the under-representation of one sex has established that preferential treatment of women at hiring is permissible if certain criteria are met. According to the ECJ's case law, measures granting preferential treatment to the under-represented sex must be shown to reduce actual instances of inequality, provide a guarantee of individual assessment that could override the priority given to one sex, and be otherwise proportional to the ends to be achieved.³⁶ The requirement of an objective assessment of individual circumstances that could override a claim for preferential treatment has given rise to considerable uncertainty. Implicit in this requirement is the idea that some individual circumstances must override a claim for preferential treatment, yet nothing in the case law sheds light on what those circumstances could be.

So far, Denmark has not exploited the full potential of Article 141(4) as it has been outlined in the ECJ's case law. The farthest Denmark has gone toward using positive measures is a regulation issued by the Sex Equality Minister on 29 March 2004, which allows employers, both public and private, to adopt positive action measures where women occupy only 25% of the positions in a

³⁶⁾ Case C-409/95 *Marschall* [1997] ECR I-6363 and Case C-158/97 *Badeck* [2000] ECR I-1875 provide the basis for all the criteria except the proportionality requirement. Proportionality was first introduced by the ECJ into its analysis in Case C-407/98 *Abrahamsson* [2000] ECR I-5539, premise 55, where it stated that although Article 141(4) permitted measures providing for special advantages intended to compensate for disadvantage, "it cannot be inferred from this that it allows a selection method....which [is]....disproportionate to the aim pursued."

certain area without first seeking approval from the Minister whose portfolio included the employer's sector.³⁷ However, the new regulation explicitly prohibits preferential treatment for the under-represented sex at employment or at acceptance to training or education that results in qualification for a certain profession or occupation. Employers can adopt other kinds of positive action measures for a period of up to 2 years to attract applications from the under represented gender. In § 3 the regulation provides for an exception from the general prohibition against employment announcements that indicate a gender preference in order to permit encouragement of the under- represented sex to apply for employment or education. The advertisement or marketing material must still be formulated in a way that makes it clear that all applicants can apply, and that the under-represented sex will not receive preferential treatment in the employment process or with regards to acceptance to the education or training program.

The effect of the new regulation is simply to allow employers to adopt recruitment measures to enlarge the pool of applicants of the under-represented sex and training measures targeted at one gender without prior approval by a government Minister. Otherwise, the Equal Treatment Law (§ 13, paragraph 2) still permits preferential treatment of the under-represented sex in hiring decisions, but only with the prior approval of a government Minister. An example of one such positive action initiative was a handful of 5-year research professorships that were made available by the Danish Research Agency for the Humanities³⁸ with an announcement indicating that insofar as it were possible, women would be selected for these professorships. The announcement explained that a dispensation was obtained from the Minister for Science, Technology and Innovation to prefer female applicants where there were equally qualified male and female applicants under the condition that all applications would receive a concrete evaluation that would ensure that female applicants would not be considered if there were male applicants who were better qualified based on all the relevant criteria other than gender. This formulation is a clear attempt to fall within the parameters outlined by the European Court of Justice in its case law on positive action.³⁹ The announcement

³⁷⁾ Bekendtgørelse nr. 233 om initiativer til fremme af ligestilling. The regulation became effective on 15 April 2004 and will remain in effect until 15 April 2007.

³⁸⁾ The Danish Research Agency consists, *inter alia*, of six scientific research councils, covering all fields of scientific research, including humanities, social sciences, mathematics and natural sciences.

³⁹⁾ The European Court of Justice's case law has consistently required that male and female candidates must have demonstrated equivalent or substantially equivalent qualifications before any preferential treatment of women can be triggered. Case C-407/98 *Abrahamsson et al v Fogelqvist* [2000] ECR I-5539 para 62. *Abrahamsson* was the first case decided by the ECJ involving positive action measures that permitted hiring female candidates whose qualifications were considered to be inferior to a male competitor's. The three previous cases on positive action, Case C-450/93 *Kalanke v Freie Hansestadt*

apparently had the desired effect. Five new female research professors were appointed. All were, according to the press release issued by the Research Council, the best-qualified applicants within their disciplines.

The kind of positive measure used for these time-limited research professorships fall within the limits of EU law. They had the desired effect. Why then has the Danish Sex Equality Minister not issued a regulation permitting, or even requiring, these kinds of initiatives in university hiring generally?

Positive action in the form of preferential treatment of female applicants has not enjoyed much political support in Denmark. In 1997 the Minister for Research launched an 11-point plan that targeted certain areas for special efforts to recruit women to academic careers. As part of this plan the minister established a committee for Sex Equality in Research, which was given the assignment of developing concrete suggestions for reaching the goals laid out in the minister's plan. The Committee completed its report on 20 November 1998.⁴⁰ There was little political support in the national legislature for the suggestions contained in the report. Accordingly, many of the recommendations were never implemented. One of the most criticised recommendations made by the Sex Equality in Research Committee was that 40 professorships should be reserved for female scholars and that there should be a special pool of funds for recruiting female guest professors, from abroad if necessary, and especially in research environments where there are few women.

The controversy surrounding positive action to increase women's presence in occupations where they are under-represented—particularly in academia—generally arises from three competing concepts of equal treatment. The formal approach to equal treatment treats certain group-based criteria, such as race and sex, as always irrelevant to the way we treat individuals. According to this view, any kind of measures that take gender into account, even if the measures will have the effect of counteracting or remedying gender discrimination, is unjustifiable differential treatment.

Another concept of equality emphasises the importance of ensuring that equal treatment is given to those who have had equal opportunities, and that certain group-based characteristics should never be the basis for denying equal opportunities. Positive measures are justified to the extent they help those disadvantaged by unequal opportunities. Equal opportunity maintains some element of

Bremen [1995] ECR I-3051, Case C-409/95 *Marschall v Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-6363, and Case C-158/97 *Badeck* [2000] ECR I-1875, concerned only positive action measures that required equal qualifications.

⁴⁰⁾ The report is available from the Ministry of Science, Innovation and Technology, at http://www.fsk.dk/cgi-bin/doc-show.cgi?doc_id=9201&leftmenu=PUBLIKATIONER

formal equality in that it requires formal equal treatment once equal opportunity is shown to be present.

A third concept of equal treatment is substantive equality. The substantive approach to equality emphasises the importance of attending to the way legal rules actually interact with society. It rejects reliance on the concept of individual merit, based on the view that the choice of criteria for deciding merit unavoidably reinforces existing societal discrimination or incorporates implicit discriminatory assumptions. This approach clearly provides the most leeway for positive action measures.

In EU law expressions of both equal opportunity and substantive equality are present. Article 2(4) of the old Equal Treatment Directives uses the rhetoric of equal opportunity as the basis for positive measures: "This Directive shall be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women...." Article 141(4) of the EC Treaty is more ambiguous, referring to "full equality in practice" and articulating two aims for "measures providing for specific advantages" for the under-represented sex: (1) to "make it easier" for the under-represented sex to pursue a vocational activity and (2) to prevent or compensate for disadvantages in professional careers. The Treaty's formulation is consistent with both equality of opportunity and substantive equality.⁴¹

The ECJ's case law on positive action has tended to emphasise the importance of preserving concepts of individual merit and fair treatment on the basis of individual qualities, indicating discomfort with substantive equality's focus on results and its suspicious treatment of individual merit. On the other hand, the ECJ has recognised that conceptions of merit may result in something less than "full equality in practice", and thus, the Court seems somewhat receptive to a limited substantive equality approach.

While EU law leaves the door open for the member States to adopt positive action measures that are consistent with equal opportunity and to some extent substantive approaches to equality, it does not force them through. Denmark has chosen, for the time being, not to go through that door.

7. Conclusion

New research by Danish social scientists indicates that the under-representation of women on Danish university faculties is not due to their rela-

⁴¹⁾ Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press 2002) at pages 128-9.

tive newness to academia. At different points in the academic pipeline, women must pass through selection procedures in which subjective factors come into play. A number of studies from the United States indicate that to the extent subjective factors play a role in selection, unconscious gender bias influences the process to the disadvantage of women.

The usefulness of Danish sex discrimination law in remedying such unconscious gender bias in the Danish universities is uncertain. Without clear statistical evidence showing that women are not being hired at the same rate as men, it is difficult to overcome the entrenched view that academic appointments are governed by evaluation of objective scholarly qualifications, and that it is just a matter of time before equal numbers of men and women occupy university research positions at all levels of the hierarchy.

Positive measures extending preferential treatment to women scholars under the conditions established by EU law could provide a means of improving women's chances of succeeding in the competition for places in Danish university faculties. Political controversy about which approach to equality should hold sway—formal, equal opportunity or substantive—stands in the way of attempts to introduce such measures. In the meantime, more and more women are completing university educations and continuing to PhDs, but assuming the recent research is correct, their efforts, and Danish society's investments in them, are not producing the intended results.