

Vishv Priya Kohli
& Peter Arnt Nielsen (red.)

Erhvervsretlige emner
1917-2017

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2017

Vishv Priya Kohli & Peter Amt Nielsen (red.)
Erhvervsretlige emner -1917-2017

1. udgave, 1. oplag

© 2017 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: Marianne Tingkov
Tryk: Toptryk, Gråsten**

**Printed in Denmark 2017
ISBN 978-87-574-4015-7**

**Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K**

**Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk**

Indholdsoversigt

Forord	7
Konkurrenceretten i 100 år	9
<i>Jens Fejø</i>	
Hundred Years of Labour Law	23
<i>Ruth Nielsen</i>	
Alf Ross and the Functional Analysis of Law	43
<i>Henrik Lando</i>	
Danmark og international handelsret 1917-2017	69
<i>Peter Amt Nielsen</i>	
Aftaler og handelsvidenskab -100 år med aftaleloven og CBS	103
<i>Christina D. Tvarnø</i>	
Grundtræk af Aktieselskabsloven af 1917 i nordisk perspektiv	125
<i>Søren Friis Hansen</i>	
Indkomstbeskatning - Væsentlige lovgivningsmæssige ændringer gennem de seneste 100 år	137
<i>Jane Bolander</i>	
Aspects of Danish International Insolvency Law 1917-2017	157
<i>Patrik Lindskoug</i>	
100 Years of Telecommunications Regulation - The Changing Paradigm	169
<i>Andrej Savin</i>	

INDHOLDSOVERSIGT

Aktieselskabsloven 100 år - Syv særlige selskabsretlige sager fra 1917.....	185
<i>Troels Michael Lilja</i>	
Mere end 100 år med lønudgifter i den danske indkomstbeskatning - fradrag eller ej?	203
<i>Michael Tell</i>	
Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster og deres historiske udvikling.....	225
<i>Peter Koerver Schmidt</i>	
The Danger of Misinterpreting Economic Measuring Rod in Commercial Law Making - What lawmakers got from 100 years of law & economics and the future needs.....	255
<i>Kalle J. Rose</i>	
Overregulering af OPP i Danmark - En analyse af den offentligretlige ramme for offentlige-private partnerskaber.....	277
<i>Sarah Maria Denta</i>	

Forord

Erhvervsretlige emner er udgivet af Juridisk Institut, Copenhagen Business School (CBS). Antologien skal præsentere Instituttet og give eksempler på artikler inden for de områder, som Instituttet og dets forskere beskæftiger sig med.

Instituttets forskning fokuserer på erhvervsretten ud fra et samfunds- og virksomhedsperspektiv. Forskningen tager udgangspunkt i erhvervslivets rammevilkår nationalt og internationalt på baggrund af globaliseringen og er derfor koncentreret om indholdet af og samspillet mellem dansk ret, EU-ret og international ret.

Mere konkret er forskningen opdelt i tre kategorier og forskningsgrupper, hvor forskerne er medlem af mindst én gruppe. Der er tale om:

- 1) Handel og transaktioner, dvs. kontrakter, finansiering og retsøkonomi,
- 2) Markedet, dvs. international handelsret og EU-ret mv. og
- 3) Virksomhedsorganisation og samfundsansvar, dvs. skatteret, selskabsret og iværksætteri.

Juridisk Institut står for forskningsbaseret undervisning på CBS og har fagansvaret for de juridiske fag på CBS. De største uddannelser for Instituttet er HA-jur. og cand.merc.jur., cand.merc.aud., HA Almen og HD, der alle hører til blandt de største uddannelser på CBS. Endvidere står Instituttet for Master i skat på CBS.

Instituttet har ca. 27 ansatte fordelt på 15 forskere, syv ph.d.-studerende, tre administrative medarbejdere og to studentermedhjælpere. Hertil kommer to professorer emeriti, en adjungeret professor og ca. 100 eksterne undervisere.

CBS fejrer i 2017 sit 100-års jubilæum. I den anledning er Juridisk Instituts antologi dedikeret til den erhvervsretlige udvikling de seneste 100 år på de områder, som Instituttets forskere beskæftiger sig med.

God læselyst!

Vishv Priya Kohli Peter Amt Nielsen

Konkurrenceretten i 100 år

Professor emeritus Jens Fejø

1. 1917

Da Copenhagen Business School/Handelshøjskolen i København blev etableret i 1917, eksisterede der ikke meget af det, vi i dag betegner som (den egentlige) »konkurrenceret«, nemlig regler om konkurrencebegrænsende aftaler, misbrug af dominerende markedsstilling og fusionskontrol. I *Danmark* havde vi ingen lovgivning, som med rette havde kunnet betegne sig som noget, der blot nærmede sig »konkurrenceret«. Virksomhederne, være sig producenter, distributører eller andre former for servicevirksomheder, kunne uden myndighedsindgreb organisere sig, som de ønskede. De var endda så »heldige«, at det gamle lavsvælde, som havde styret erhvervene igennem århundreder, stadig havde godt fodfæste i det økonomiske liv. Dette indebar en række restriktive foranstaltninger, der var vedtaget og håndhævet af det offentlige og af de erhvervsdrivende selv, hvorved en fri konkurrence havde meget vanskelige muligheder. Havde man lyst til at etablere sig som selvstændigt næringsdrivende, skulle der offentlig tilladelse til, og mellem de erhvervsdrivende bestod en vidtforgrenet adfærdskodeks, som tilgodeså det etablerede, og som kun lod nye erhvervsformer og erhvervsaktive få fodfæste under streng kontrol.

På nogenlunde samme måde, hvad angik en konkurrencelovgivning, forholdt det sig i *andre europæiske lande* i 1917, hvor 1. Verdenskrig rasede på sit 4. år, og hvor produktionen orienteredes hen mod krigens krav på bekostning af konkurrence og forbrugerhensyn m.v.

I *USA* derimod, havde man allerede i 1890 udstedt Sherman Act, den første egentlige monopollov i verden.¹ Sherman Act's grundlæggende be-

1. For fuldstændighedens skyld skal det blot nævnes, at man allerede året før havde udstedt en canadisk lov ad samme baner, jf. R J Roberts, *Anticombines & An-*

stemmelser i Sections 1 og 2 indeholdt forbud mod hhv. »every contract, combination, or conspiracy in restraint of trade« og »monopolization, attempted monopolization, or conspiracy or combination to monopolize«. I 1914 var antitrust-lovgivningen i USA blevet suppleret med Clayton Act, der udgjorde en styrkelse og delvis udbygning af Sherman Act. Således styrkede den bl.a. mulighederne for, at private sagsøgere kunne kræve erstatning for konkurrenceretlige krænkelse og tab. Og den definerede forskellige forretningsmetoder, der kunne begrænse konkurrencen. Det gjaldt bl.a. prisdiskrimination og visse begrænsninger pålagt købere, samt visse tilfælde af erhvervelse af et andet selskabs aktier. Man havde også i 1914 i USA udstedt Federal Trade Commission Act, som havde etableret en specialiseret administrativ enhed til undersøgelse og forfølgelse af påståede overtrædelser af antitrust-regelsættet. Den US-amerikanske konkurrenceret blev således udviklet med forbud, stærke sanktioner i form af opsplitning af virksomheder, bøder, fængsel og erstatningskrav. Den tildrog sig stor opmærksomhed i erhvervslivet og almenheden. Ikke mindst Supreme Court's dom i *Standard Oil*-sagen havde i 1911² lagt for dagen, at visse konkurrencebegrænsningers skadelighed var så overvældende, at de måtte forbydes. Ved dommen fastslog Supreme Court, at en række aftaler om at monopolisere og begrænse handelen med råolie, raffineret olie og andre olieprodukter havde været i strid med bl.a. Sherman Act Articles 1 og 2. Sagen er senere blevet fremhævet som særlig betydningsfuld.³

2. 1930 London-deklarationen

I Europa kan konkurrenceretten derimod siges at være startet mere tilbagegået som de pæne mænds norm, nemlig med *London-deklarationen 1930*, der baserede sig på *offentlighedsprincippet* og *kontrolprincippet*. Indgik virksomheder konkurrencebegrænsende aftaler, skulle aftalerne anmeld-

titrust. The Competition Law of Canada and the Antitrust Law of the United States, Toronto 1980. Det er dog Sherman Act, som består i erindringen.

2. *Standard Oil Co. of New Jersey v. US*, 221 US 1 (1911). Også den samtidige *US v. American Tobacco Co.*, 221 US 106, 1911 tiltrak sig stor opmærksomhed. Se f.eks. til de to sager R L Raymond, 25 Harv. Law Rev. 31, s. 1911-1912.
3. Se herved f.eks. Supreme Court i den langt senere *Klor's Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 US 207, 211, 1959, hvor der henvises til, at Supreme Court i *Standard Oil* havde fastslået, at visse klasser af begrænsninger »from their »nature and character« were unduly restrictive and hence forbidden«.

KONKURRENCERETTEN 1100 ÅR

des og offentliggøres, og konkurrencemyndighederne skulle herefter kunne gribe ind her overfor. I Danmark blev der ikke grebet ret meget ind, må man erkende. Der blev dog udstedt love på konkurrencebegrænsningslovens område i 1929, 1931 og 1937 om værn for erhvervs- og arbejdsfriheden og om prisaftaler.⁴¹ en lang periode i Handelshøjskolens første år, kan man altså konstatere, fortsatte den manglende lovgivning på konkurrencerettens område i Danmark. Højdepunktet var prislovene fra 1937, hvis væsentligste indhold var nedsættelsen af et Priskontrolråd med undersøgelsesbeføjelser og anmeldelsespligt hertil af aftaler eller bestemmelser, når disse ville kunne udøve en bestemmende indflydelse, hvorved fri prisdannelse eller erhvervsudøvelse inden for et område blev udelukket eller væsentligt begrænset.

I andre europæiske lande kunne man ligeledes iagttage stor tilbageholdenhed. Således har man f.eks. for *Tysklands* vedkommende påpeget/ at spørgsmålet om det retlige udgangspunkt for håndteringen af kartellerne må føres tilbage til en afgørelse fra 1897, hvor Reichsgericht stod over for et valg mellem handelsfrihed eller kontraktfrihed, men valgte kontraktfriheden.⁶ I 1923 udstedtes ganske vist en forordning mod misbrug af økonomisk magtstilling, som tog sigte på en kontrol af - i modsætning til et forbud imod - karteller. Samtidigt bemyndigedes en særlig Kartellgericht til at skride ind over for misbrug.⁷ Imidlertid tiltog kartelleringen efter 1. Verdenskrig i det forarmede Tyskland, som led kraftigt under den økonomiske verdenskrise. Denne tendens blev senere understøttet af militærindustrien, som baserede sig på en yderligere accept af karteldannelser. En decideret tvangskartelliseringslovgivning så endda dagens lys.⁸ Først i 1957, samtidigt med tilkomsten af det, der i dag er TEUF's konkurrenceretlige bestemmelser, blev den tyske Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vedtaget til ikrafttræden i 1958.

4. Se hertil Frederik Jensen, Uffe Schlichtkrull & Ingeborg Thomsen, *Monopolloven*, 1968, s. 11 ff.

5. Se herved K Ebb (ed.), *Business Regulation in the Common Market Nations*, Vol. III West Germany, 1969, s. 87 ff.

6. Reichsgericht 1897 - Sächsischer Holzstaff-fabrikanten Verband, RGZ (BD) 155.

7. Se hertil Rudolf Callmann, *Das Deutsche Kartellrecht*, 1934. Og se R Isay & Tshierschky, *Kartellverordnung*, 1925.

8. Se hertil Ivo Schwartz, 105 *University of Pennsylvania Law Review*, 1957, 617, 641 og Robert Rüdiger, *Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik - Das Beispiel der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1970, s. 69 ff.

I Frankrig og Storbritannien var konkurrenceretten reelt set ikke-eksisterende indtil disses landes indtræden i EU.⁹ I *Frankrig* kendte man før 1958 således ikke til lovgivning om konkurrencebegrænsende aftaler eller misbrug af markedsmagt og den konkurrencebeskyttelse, der i stedet koncentreredes om, var erstatningsansvar for uretmæssige konkurrencehandlinger i form af f.eks. nedsættende omtale af konkurrenter og disses varer, misbrug af konkurrenters forretningskendetegn, eller handlinger, der havde til formål at desorganisere konkurrenters forretning ved f.eks. at misbruge kendskab til forretnings- og driftshemmeligheder. Ej heller var der i *Storbritannien* tale om konkurrenceretlige foranstaltninger ad modern Sherman Act.

3. Danmark, Trustkommissionens betænkning 1953 og Monopolloven fra 1955

Den første danske Monopollov¹⁰ fra 1955 blev til efter Trustkommissionens foreløbige betænkning fra 1953.¹¹ Monopolloven lå i forlængelse af London-deklarationen fra 1930. Den byggede på principperne om genemsigtighed via anmeldelsespligt, idet den bestemte, at aftaler og vedtagelser, som udøvede eller ville kunne udøve en væsentlig indflydelse på pris-, produktions-, omsætnings- eller transportforhold i hele landet eller inden for lokale markedsområder, skulle anmeldes til monopoltilsynet. For enkeltvirksomheder og sammenslutninger, som udøvede eller ville kunne udøve en væsentlig indflydelse på pris-, produktions-, omsætnings- eller transportforhold i hele landet eller inden for lokale markedsområder, gjaldt, at de skulle anmeldes, når tilsynet fremsatte krav

9. Frankrig var som bekendt med i EU, oprindeligt EF, fra dets oprettelse i 1957. Storbritannien trådte ligesom Danmark ind i 1973.
10. Lov nr. 102/1955 om tilsyn med monopoler og konkurrencebegrænsninger.
11. Trustkommissionens betænkning nr. 3, Foreløbig betænkning vedrørende en lov om Konkurrencebegrænsning og Monopol, 1953.

derom.¹² Monopoltilsynet skulle herefter indføre de indgivne anmeldelser i et offentligt register.¹³

Hvis Monopoltilsynet efter foretagen undersøgelse fandt, at der forelå en konkurrencebegrænsning i hele landet eller inden for lokale markedsområder, som medførte eller måtte antages at ville medføre urimelige priser eller forretningsbetingelser, urimelig indskrænkning i den frie erhvervsudøvelse eller urimelig ulighed i vilkårene for erhvervsudøvelsen, påhvilede det Monopoltilsynet at søge forholdet bragt til ophør ved forhandling med henblik på at bringe skadelige virkninger til ophør. Hvis forhandling mislykkedes, kunne Monopol tilsynet udstede pålæg i så henseende. Der fandtes dog en forbudsbestemmelse, med dispensationsmulighed, nemlig mod at håndhæve aftaler m.v. om bindende videre-salgspriser i efterfølgende omsætningsled (vertikal prisbinding).^M

Monopolloven kom uden væsentlige ændringer til at virke i en lang periode og afløstes af den nedenfor omtalte 1989-konkurrencelov.

4. EU-konkurrenceretten 1957

EU-konkurrenceretten så dagens lys med »Fællesmarkedstraktaten« fra 1957,¹³ der trådte i kraft i de oprindelige 6 medlemslande den 1. januar 1958. Den centrerede sig på daværende tidspunkt om de to bestemmelser, der i dag findes i TEUF art. 101 og 102.¹⁶ De indeholder forbud mod hhv. konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende markedsstilling. For begges vedkommende med den betingelse, at samhandelen mellem EU-medlemsstater kan påvirkes.

12. Monopollovens § 6. Tilsvarende bestemte konkurrenceloven 1989, § 5, stk. 1, at »aftaler og vedtagelser, hvorved der udøves eller vil kunne udøves dominerende indflydelse på et markedsområde«.
13. Monopollovens § 9. Hvor ganske særlige omstændigheder talte for det, kunne industriministeren endda tillade, at registreringer helt eller delvis skulle være hemmelig.
14. Monopollovens § 10.
15. Traktaten om det Europæiske Økonomiske fællesskab, EØF-traktaten eller Fællesmarkedstraktaten.
16. I dette bidrag anvendes alene nummereringen i den nugældende TEUF, Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde. TEUF art. 101 var oprindelig i 1957-Fællesmarkedstraktaten art. 85 og næsten enslydende med den gældende bestemmelse. I en periode var den art. 81.

Art. 101, stk. 1, er forbudsbestemmelsen mod konkurrencebegrænsende aftaler og samordnet praksis, mens stk. 3 giver mulighed for dispensation herfra. Stk. 2 gør aftaler i strid med artiklen ugyldige. De centrale elementer af art. 101, stk. 1, er, at alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og forbudt. Art. 101, stk. 3, bestemmer imidlertid, at bestemmelserne i stk. 1 kan erklæres uanvendelige på aftaler m.v. eller kategorier af aftaler m.v., som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved. Der må samtidig ikke pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål.

Art. 102 forbyder misbrug af dominerende stilling, idet en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

Både art. 101 og 102 indeholder eksempler på mulige krænkelse i form af hhv. konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende markedsstilling.

EU-konkurrenceretten har siden dens tilblivelse gennemlevet en rivende udvikling. I forhold til konkurrencebegrænsende aftaler har den udviklet sig fra regulering af distributionen til indgreb over for et bredt spektrum af virksomhedsmæssige fænomener.

Det hele startede i 1960'erne og 70'erne med, at den myndighed, som havde så godt som enekompetence på EU-konkurrencerettens område, nemlig *Europa-Kommissionen*, koncentrerede sin indsats til at se på den europæiske varedistribution. Kommissionen traf beslutninger om eneforhandling, om eksklusive købsaftaler, markedsopdeling mellem forhandlere, om fastsættelse af bindende eller vejledende videresalgspriser og lidt senere selektiv distribution, franchising og andet. Der blev dog også grebet ind over for deciderede kartelaftaler i form af aftaler mellem virksomheder om deling af markederne, fastsættelse af priserne, fordeling af kunderne, osv. Det var den regel, der i dag er TEUF art. 101, som blev anvendt.

KONKURRENCERETTEN 1100 ÅR

Men EU-konkurrencereguleringen var tung. På det indholdsmæssige plan var EU-konkurrenceretten vel stærkt inspireret af US-amerikansk antitrust-ret, dog med forskelle, men det administrative system var særegent. Det tunge ved den europæiske konkurrenceret i forhold til de konkurrencebegrænsende aftaler bestod først og fremmest i, at der i kraft af »Rådets første forordning inden for konkurrenceretten«, nr. 17 fra 1962,¹⁷ fungerede et system, som indebar, at der skulle ske *anmeldelse* til Kommissionen af bare lidt komplicerede aftalearrangementer, for at aftalerne kunne opnå dispensation i kraft af TEUF art. 101, stk. 3.¹⁸ Samtidigt indebar systemet, at når konkurrencebegrænsende aftaler var blevet anmeldt til Kommissionen, var de deltagende virksomheder fritaget for bøderisiko, som ellers bestod ved overtrædelser af EU's regler om konkurrencebegrænsende aftaler, indtil Kommissionen traf beslutning om det modsatte. Der var så kun ugyldighedssanktionen tilbage over for konkurrencebegrænsende aftaler. Og Kommissionen kunne være rigtig mange år om at behandle anmeldte ansøgninger om dispensation. Fra den spæde begyndelsestid kan man erindre sig sager om forhandling af hverdagens produkter, f.eks. flere sager om husholdningsmaskiner, hårkosmetikprodukter, radioer og båndoptagere, men også mere industrielt betonedede produkter, såsom skibsmaling, byggerimaskiner, elektriske anordninger, kunstgødning, osv. Og de begrænsninger, der typisk var til prøvelse, bestod i konkurrenceforbud, eksklusivbindinger, videresalgsforbud m.m.

Kommissionen havde desuden med hjemmel i forordning 17/1962 udstedt såkaldte »gruppefritagelsesforordninger«, hvorved der automatisk kom til at gælde dispensation for konkurrencebegrænsende aftaler af bestemt angivet indhold, f.eks. eneforhandling eller motorkøretøjer, når de opfyldte de i disse gruppefritagelsesforordninger indeholdte bestemmelser.

Ved siden af disse sager var det i starten kun et begrænset antal, men dog nogle, afgørelser, som omhandlede misbrug af dominerende stilling i strid med det, der i dag er art. 102 i TEUF.¹⁹ Art. 102 var lige fra begyndelsen en ren forbudsbestemmelse, der kunne afføde straf i form af store bø-

17. Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens art. 85 og 86, EFT nr. 13 af 21.2.1962/204, danske specialudgave, Serie I, kapitel 1959-1962/81.

18. Såkaldt fritagelse.

19. Art. 102 var også i den oprindelige version, som art. 86, så godt som enslydende med den gældende TEUF art. 102.1 en periode har den udgjort art. 82.

der.²⁰ Mest kendt er måske *Banan*-sagen om leveringsnægtelse til Th. Olesen i Valby, prisdiskrimination mellem irske aftagere og andre købere, samt indirekte eksportforbud.²¹

I 1990 indførtes ved forordning fusionskontrol i EU, når der forelå grænseoverskridende fusioner. Den baserer sig på et anmeldelses- og godkendelsessystem.

Inspirationen for EU-konkurrenceretten fra amerikansk antitrust-ret var tydelig, ikke mindst i forbindelse med Kommissionens udarbejdelse af meddelelserne og gruppefritagelsesforordningerne, men også ved de konkrete beslutninger, som blev truffet, herunder med inddragelse eller ikke-inddragelse af den industriøkonomiske disciplin. Ligeledes betød amerikansk inspiration meget ved indførelsen af EU-fusionskontrollen.

EU-systemet blev lovmæssigt set grundlæggende ændret med den revision, som fulgte af forordning 1/2003." Forordning 1/2003 trådte i kraft den 1. maj 2004, samme dag, hvor 10 nye, hovedsagelig østeuropæiske, EU-medlemslande kom til, og forordning 1/2003 var dermed forhandlet og vedtaget uden disse 10 ansøgerlandes medvirken. Det nye system indebar, at Kommissionen fra den dag ikke længere var enekompetent til at anvende den vigtige dispensationsregel i TEUF art. 101, stk. 3. Den kompetence fik nu også de nationale konkurrencemyndigheder, f.eks. hos os Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen, i kraft af EU-lovgivningen. Også de nationale domstole fik kompetence, og det ligger i systemet, at private voldgiftsretter også må anses for berettigede og forpligtede til at lade forbudsbestemmelsen mod konkurrencebegrænsende aftaler, men også dispensationsbestemmelsen i art. 101, stk. 3, finde anvendelse. Når de nationale konkurrencemyndigheder fremover skulle anvende deres nationale konkurrencelovgivning på forhold, som også var dækket af art. 101 eller 102, skulle de desuden anvende disse EU-bestemmelser, og de må som udgangspunkt i øvrigt ikke anvende den nationale konkurrenceret anderledes, hverken mildere eller strengere, end art. 101.

20. Bøderne kan efter EU-konkurrenceretten sættes til op til 10 % af en virksomheds samlede årlige koncernomsætning på verdensplan.

21. *Banan-sagen*, Chiquita, Kommissionens beslutning af 17.12.1975, EFT 1976 L95/1, opretholdt ved EU-domstolens dom i *United Brands Company mod Kommissionen*, Sag 27/76.

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

KONKURRENCERETTEN 1100 ÅR

2004-revisionen indebar, at Kommissionen fik frigjort ressourcer til at håndtere store, grænseoverskridende karteller og komplicerede tilfælde af grænseoverskridende misbrug af markedsdominerende stilling. Samtidigt fik de nationale konkurrencemyndigheder med EU-lovgivningen som hjemmel kompetence til at anvende TEUF såvel art. 101 som art. 102 og kunne nu forfølge de mindre komplicerede overtrædelser. Siden 2004 har vi dermed set en række beslutninger/afgørelser, hvor Kommissionen har fastslået, at konkurrenter har aftalt - typisk under hemmelige møder og skrevet med usynligt blæk på piratpapir - at opdele EU-markedet, eller verdensmarkedet, at holde bestemte mindstepriser for deres ensartede produkter og ydelser, at regulere produktionsmængder og produktudformninger, at jamme markedet gennem slørende salg ind i hinandens, ellers reserverede, områder eller med uigennemskuelige priser osv. Vi har faktisk også set beslutninger, hvor virksomheder med stærk monopolistisk position f.eks. har misbrugt denne stilling til at presse konkurrenterne ud af markedet. Men selvfølgelig altid med mulighed for, at Retten eller EU-domstolen efterfølgende annullerer Kommissionens afgørelse. De meget store bøder, som Kommissionen har mulighed for at fastsætte efter EU-konkurrenceretten, er her et vigtigt element.²³

5. Danmark efter dansk EU-medlemskab. Betænkning 1297/1995 og Konkurrenceloven fra 1997

Selv om Danmark blev medlem af EU i 1973, fik EU-konkurrenceretten ikke den overvældende indflydelse hos os. Danske virksomheder var i en lang periode ikke involveret i EU-sager, og der var ikke politisk interesse herhjemme for, at konkurrenceretten skulle være inspireret af EU-konkurrenceretten. Monopollovens system fungerede. Monopolloven fra 1955 blev dog afløst af en Konkurrencelov fra 1989. Konkurrencelov 1989 var blevet til efter, at et 3-mandsudvalg af professorer i 1986 havde fremlagt deres betænkning »Fra monopollov til konkurrencelov«.²⁴ Den lov var, i bakspejlet set, nærmest ikke inspireret af EU's konkurrenceregulering, og EU-udviklingen var kun ganske sparsomt afspejlet ved oplægget

23. EU-bøder såvel for overtrædelse af art. 101 som 102 kan gå op til 10 % af den verdensglobale omsætning på koncemplan.

24. Betænkning nr. 1075/1986, Fra monopollov til konkurrencelov - om modernisering af monopolloven og pris- og avanceloven.

til loven. Det var stadig et anmeldelses- og offentliggørelsessystem, som var gældende. To år før lovens vedtagelse havde et jubilæumshæfte - til fejring af 50-året efter prislovene fra 1937 - om »Dansk monopollovgivning 50 år« set dagens lys. Her taltes om monopollovgivningens »centrale bestemmelser«, og det blev udtalt, at »karteller, truster o. lign. er naturlige fænomener i det økonomiske liv og [bør] ikke [...] forbydes, men underkastes tilsyn og kontrol«. I 1987 havde Danmark været medlem af EU i næsten 15 år, men EU eller Fællesmarkedet og dets konkurrenceretlige regler eller monopolregler - hvor karteller og misbrug af markedsdominans er forbudt - var ikke nævnt et eneste sted i det pågældende hæfte, selv om EU-konkurrencereglerne var direkte anvendelige i Danmark siden 1973. Det kan nok konstateres, at sådan var tiden. Indstillingen fra jubilæumshæftet afspejledes stadig ganske godt i 1989-loven. EU var på konkurrencerettens og andre retsområder en fremmed fugl på den tid.

Måske var der dog alligevel en spirende forståelse for, at vi haltede ganske betydeligt bagefter, hvad angik den konkurrenceretlige håndtering. I efteråret 1993 blev der i hvert fald nedsat et udvalg til at se på, om et eventuelt principskifte i dansk konkurrencelovgivning skulle ske. Et delt udvalg afgav betænkning i 1995, hvor et overvejende flertal af erhvervsrepræsentanter vedtog en såkaldt »kompromisskitse«. Betænkningen kom til at ligge til grund for den efterfølgende lov, dog med betydelige afvigelser.

Med Konkurrenceloven af 1997,²⁵ til ikrafttræden den 1. januar 1998, indførtes således for første gang i Danmark en lovgivning, som indeholdt direkte forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.²⁶ Få år senere indførtes også forbud mod misbrug af dominerende markedsstilling og fusionskontrol. Konkurrenceloven af 1997 undergik i øvrigt en række ændringer og stramninger i efterfølgende år. Konkurrenceloven er derved i sin nugældende form blevet en tro kopi af EU-reguleringen, hvad de indholdsmaessige regler angår. Den administrative håndtering heraf har derimod kun i mindre omfang lighed med EU-situationen, og sanktionerne på dansk jord har indtil for nylig været markant mildere, navnlig i henseende til bødestørrelser. Med en ændring af konkurrenceloven i december 2012²⁷ skete imidlertid også her en styrkelse af sanktionssystemet. Der

25. Lov nr. 384/1997.

26. Der ses her bort fra tidligere loves forbud mod fastsættelse af bindende videre-salgspriser.

27. Lov nr. 1385/2012 om ændring af konkurrenceloven og straffeloven.

indførtes bl.a. fængselsstraf i kartelsager (op til seks år under særlig skærpende omstændigheder), og der skete en forhøjelse af bødeniveauet.

6. Konkurrenceretten under fuld indflydelse af EU-konkurrenceretten

Når dansk konkurrenceret således i dag i altovervejende grad bevidst har undergivet sig EU-konkurrencerettens regelværk, var det nok et vist ydre pres, som førte hertil. 1997-loven var endnu kun en beskeden begyndelse, som ikke fik lov uændret at bestå længe. Der bestod på daværende tidspunkt ikke noget krav fra EU's side om at have en EU-konform konkurrencelovgivning, så 1997-loven havde ikke nødvendigvis skullet etablere et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, men valgte alligevel at gøre dette. Men 1997-loven kunne opretholde en dansk særlovgivning i forhold til EU-systemet, hvad angik regler om misbrug af dominerende stilling, og om fusionskontrol. For misbrug af dominerende stillings vedkommende skete det ved at formulere en bestemmelse,²⁸ som havde en indholdsmæssig lighed med forbudsbestemmelsen i TEUF art. 102. Men samtidig bestod den betydningsfulde forskel fra forbuddet i art. 102 i, at »forbuddet« i § 11, stk. 1, ikke var strafbelagt. Dette var kun forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.²⁹ Så selv om lovbemærkningerne til § 11 talte om forbudsprincippet, kunne det for denne bestemmelses vedkommende med rette karakteriseres som en »maskeret kontrollov« og at »kontrolprincippet i nogen grad har overlevet lovreformen«.³⁰ Som omtalt varede det imidlertid kun få år, indtil såvel et fuldgyldigt forbud mod misbrug af dominerende markedsstilling som fusionskontrol var indført i Danmark. 1997-loven havde kun indeholdt en meddelelsespligt ved visse fusioner.

Fra 2004 kom der imidlertid nye EU-krav til nationale konkurrencelove. Ved forordning 1/2003 bestemmes det således om forholdet mellem traktatens art. 101 og 102 og medlemsstaternes konkurrenceret, for det første, at når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser inden for virk-

28. Konkurrencelov 1997, § 11, stk. 1.

29. Konkurrencelov 1997, § 6, stk. 1.

30. Således f.eks. Mogens Koltvedgaard, Lærebog i konkurrenceret, 3. udg. 1997, s. 129.

somhedssammenslutninger og samordnet praksis, som omhandlet i traktatens art. 101, stk. 1, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, som omhandlet i den nævnte art., skal de ligeledes anvende traktatens art. 101 på sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. For det andet bestemte forordning 1/2004, at når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på misbrug, der er forbudt i henhold til traktatens art. 102, skal de også anvende traktatens art. 102. Der er altså hjemmel til og pligt for de nationale konkurrencemyndigheder til i disse situationer at anvende de pågældende EU-konkurrenceretlige bestemmelser.

Det blev yderligere bestemt, at anvendelsen af national konkurrenceret ikke må føre til forbud mod aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i traktatens art. 101, stk. 1, eller som opfylder betingelserne i traktatens art. 101, stk. 3, eller som er omfattet af en forordning med henblik på anvendelse af traktatens art. 101, stk. 3." Medlemsstaterne er dog ikke afskåret fra at vedtage en mere restriktiv national lovgivning, der forbyder eller sanktionerer ensidig adfærd fra virksomheders side og at anvende den på deres område.

Disse krav fra forordning 1 /2003's side gør det fremover vanskeligt at føre en selvstændig national konkurrencepolitik, når der er tale om grænseoverskridende handlinger, og Konkurrenceloven af 1997 med dens række af senere ændringers tilgang forekommer derfor ganske fornuftig og pragmatisk.

7. Konkurrenceretten i dag

Man må spørge, om dansk og EU-konkurrenceret har fundet deres endelige leje. Svaret på det er et rungende nej! Konkurrencereglerne har som et af deres særkender, at de er formuleret i ganske upræcise vendinger, »konkurrencebegrænsende aftaler«, »samordnet praksis«, »påvirke samhandelen«, »dominerende stilling«, »på en væsentlig del af markedet«, osv. Det giver god fleksibilitet. På samme tid er det markant, at konkurrencereglerne i den her behandlede 100-årsperiode har skullet fungere

31. Dvs. EU-gruppefritagelsesforordningerne.

under ganske forskelligartede forhold, økonomiske, teknologiske som samfundsmæssige. Uanset dette, har man kunnet bruge konkurrencereglerne på nye fænomener og situationer. Men reglerne er til stadighed undergået forandringer.

Når vi i dag debatterer konkurrenceretten, specielt inden for EU-konkurrenceretten, fremføres det således på det seneste fra visse sider, at de nye teknologiske og IT-mæssige forhold med store og globale virksomheder, der udbyder streamingtjenester, nyhedsformidlingstjenester, søgetjenester osv., må føre til, at vi bør indføre nye regler inden for konkurrenceretten og den teknologiske regulering for at kunne rumme disse fænomener under en hensigtsmæssig konkurrencemæssig og konkurrenceretlig ramme. For dansk konkurrencerets vedkommende har det administrative system måske nok endnu ikke fundet sit hensigtsmæssige leje. Det er først for nylig med lovændringen fra 2014,³² at Konkurrencerådet nu kun består af syv medlemmer og er sammensat af fire medlemmer med konkurrencemæssigt kendskab eller anden relevant akademisk baggrund, to medlemmer med ledelsesmæssig baggrund fra erhvervslivet og et medlem med særligt kendskab til forbrugerforhold. Konkurrencerådet har det overordnede ansvar for Konkurrencestyrelsens administration af loven og regler udstedt i medfør heraf. Desuden træffer rådet afgørelser i sager af principiel eller særlig stor betydning. Indtil det »nye konkurrenceråd« blev institueret, havde systemet virket under det fra Monopolrådets tid eksisterende råd med en sammensætning, der havde en omfattende række af erhvervs- og samfundsrepræsentanter. Det kunne dog ikke overleve under en decideret forbudslovgivning.³³ Og hvad angår de sanktioner, som virker efter den danske konkurrencelov, er der med 2012-lovændringen sket en markant stramning. Der er dog måske nok stadig grund til overvejelser og ændringer.³¹

Som jeg ser det, har konkurrenceretten med udspring i 1890-Sherman Act været i stand til at tackle endog ganske forskelligartede situationer og

32. Jf. lov 1371 af 16. december 2014 om ændring af konkurrenceloven.

33. Der består dog stadig et »rådgivende udvalg« bestående af op til 10 medlemmer, som samlet skal have et alsidigt kendskab til private og offentlige virksomheder og juridiske, økonomiske, finansielle og forbrugermæssige forhold, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 4.

34. EU-Kommissionens direktivforslag af 22. marts 2017 til nye regler med henblik på at sætte medlemslandenes nationale konkurrencemyndigheder i stand til at håndhæve EU's konkurrenceregler mere effektivt er således for øjeblikket til drøftelse (COM (2017) 142 final).

JENS FEJØ

fænomener, uden at det har været nødvendigt helt grundlæggende at foretage ændringer i grundlaget. Konkurrenceretten er i besiddelse af en stor redskabskasse, som myndigheder og domstole råder over, når konkurrenceskadelig adfærd ser dagens lys. Man kan så være uenig i, hvordan og hvornår der skal foretages konkret regulering, men konkurrenceretten rummer redskaber, som nok skal kunne bruges. Det er naturligvis ikke det samme som at sige, at dansk og EU-konkurrenceret har fundet deres endelige leje. Der er plads til nye tanker og modeller. Helt grundlæggende er det dog min opfattelse, at hvad vi i dag er nået frem til i så henseende, kan stå i mange år endnu. Ja, måske indtil 200-årsjubilæet for Copenhagen Business School. Jeg ser frem til at skrive en artikel om rigtigheden af dette udsagn i bakspejlets lys i 200-årsjubilæumsskriftet.

Hundred Years of Labour Law

Professor Ruth Nielsen

1. Danish labour law in hundred years

This essay gives an account of some general traits in the development of Danish labour law during the last hundred years. A century ago, Denmark was the pioneer country in developing collective agreements and collective labour law. It happened within the confines of the Danish language, which is not understood outside of Scandinavia and therefore had no general impact on the development of European law.

Since January 1, 1973, Denmark has been a member of the EC, now the EU. This change of context has had a significant influence on Danish labour law. In this essay, I particularly highlight two tensions between EU labour law and Danish labour law. First, the tension between traditional Danish collective labour law focusing on collective agreements and EU labour law, where collective agreements are not an important source of law, is explored. Second, the tension between the Danish dualist tradition and the monist EU approach as expressed in Danish case law from the last years, in particular the Supreme Court judgment in the *Ajos* case (*Ajos*) is discussed.¹

In 1974, just after UK's access to the EC, Kahn-Freund wrote in a very famous essay:²

»What are the uses and what are the misuses of foreign models in the process of law making?

1. Case C-441/14, U 2017.824 H.

2. Otto Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, *Modern Law Review* 1974, p. 1.

The future legal historian, looking back at the development of British legislation in the twentieth century will note that, to a degree unknown in previous times, the law has become open to foreign influences.

Examples of legislation-especially in the field of commercial law-passed with the object of international unification are numerous, and their number will grow more rapidly as a result of the entry of the United Kingdom into the European Communities. Transport by sea, by road, by air has been regulated to some extent by such international legislation.

Our membership in the EEC has immediately involved important adjustments of the law to foreign patterns: in some respects, for example in the law of competition and monopoly, it was the automatic result of the Treaty and law made under the Treaty becoming part of English law through the European Communities Act, in others it resulted from explicit provisions of that Act, for example in company law.«

He argued for the thesis that the degree to which it is possible to transplant legal rules from one system to another depends on:

»how closely it is linked with the foreign power structure which plays a decisive role in the law-making and the decision-making process.«

He saw it as impossible to transplant legal rules into a system with a power structure they were incompatible with.

Danish labour law has always been closely linked to the underlying power structure. Danish collective labor law is the result of and reinforces the power of the labour market organisations - both the employers' organisations and the trade unions. In Danish labour law there is consensus between the main employers' organisations and the trade unions on all basic issues. The traditional Danish collective labour law relied heavily on the dualist tradition. The EU development favours a monist development. The dualist tradition in Danish law is also linked to the Supreme Court's power to decide what is to be considered valid law in Denmark. *Ajos* can be seen as a fight between the monist view that EU law decides the effect of EU law in Denmark and the dualist view that Danish legal actors, in particular, the Supreme Court decide the legal effect of EU law in Denmark.

This essay, thus, also throws light on the question whether EU law has been able to change or modify the power structure underlying Danish labour law to such a degree that it has enabled EU law to be integrated into Danish labour law or whether Kahn-Freund's thesis about the development of British legislation in the twentieth century is also true for the development of Danish labour law since Denmark's entrance into the EC, now the EU in 1973.

2. Danish collective labour law

A hundred years ago, Denmark, as mentioned above, played a pioneering role in developing the concept of a collective agreement and collective labour law generally. As Hepple pointed out in 1986:³

»Labour law« is of recent origin. In most countries it became recognized as a distinct division of law only after the Second World War. The exceptions were Germany and Denmark. In the latter, Carl Ussing, a Supreme Court judge who presided over the »August Committee« of 1908-10, combined academic and practical expertise to produce a sharp analysis which helped to lay the foundations of Denmark's collectivist system, but mainly due for reasons of language the impact of the Danish innovations was limited to Scandinavia.«

Danish labour law evolved during the first part of the 20th century into a semi-autonomous legal discipline. To some extent, this was cut-off from the expert legal culture and left to the main Danish social partners, in particular the Danish Employers' Organisation and the Confederation of Trade Unions (Danish LO).⁴

In traditional Danish labour law, the social partners serve both as legislators, judges, and litigators. The labour market organisations fulfil legislative functions mainly through the adoption of collective agreements. They have adjudicative functions mainly by participating as lay judges in the special Labour Court and industrial tribunals, which are only competent where a collective agreement applies. Finally, trade unions are the main litigators in Danish labour law, both in collective labour law adjudicated by the special Labour Court/industrial tribunals and in individual employment law adjudicated by the ordinary courts. Collective agreements are thus, in a Danish context, the key both to the legislative and the adjudicative function of the social partners. In Denmark around 80-90 % of all workplaces are covered by collective agreements.

In Denmark, collective agreements are private law agreements (contracts) - binding only for the parties (employers and trade unions). It is

3. B Hepple, *The Making of Labour Law in Europe. A comparative study of nine countries up to 1945*, 1986, p. 7.
4. Cf. R Fahlbeck, *Industrial Relations and Collective Labour Law, Characteristics, Principles and Basic Features*, and O Hasselbalch, *The Roots - the History of Nordic Labour Law*, both in *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 43, *Stability and Change in Nordic Labour Law*, 2002, pp. 87 and 11 respectively.

not possible to make collective agreements generally applicable under Danish labour law. The traditional Danish collective labour law model includes a right to take collective action (strike, blockade, lock-out, etc.) to motivate the other party to enter into a collective agreement.

3. EU labour law

When Denmark entered the EC, now the EU, as of 1 January 1973, this meant a considerable change in context for Danish labour law.

Apart from the free movement provisions most employment and labour relevant provisions in the Treaties are placed in Title X, Treaty on the functioning of the European Union (TFEU) with the heading »Social Policy« (Art. 151 TFEU - Art. 161 TFEU). The objectives of EU Social Policy are the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained, proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion. Art. 153 TFEU, which is the main legal basis in the labour and employment field in the EU, deals with the following subjects:

- »(a) improvement, in particular of the working environment to protect workers«
 - health and safety;
- (b) working conditions;
- (c) social security and social protection of workers;
- (d) protection of workers where their employment contract is terminated;
- (e) the information and consultation of workers;
- (f) representation and collective defence of the interests of workers and employers, including co-determination, subject to paragraph 5;
- (g) conditions of employment for third-country nationals legally residing in Union territory;
- (h) the integration of persons excluded from the labour market, without prejudice to Article 166;
- (i) equality between men and women with regard to labour market opportunities and treatment at work;
- (j) the combating of social exclusion;
- (k) the modernisation of social protection systems without prejudice to point (c).«

Thus, the so-called »Social Policy« in the Treaties is a mixture of elements, which in Danish law is called labour law and social security law (welfare law).

3.1. From internal market law to fundamental rights/EMU law

I use the expression »internal market law« to refer to the law on free movement of goods, services, capital and persons (free movement of workers and freedom of establishment) and on competition. The free movement rules started in an internal market context, which still is the most important context for free movement.

Since the development of the fundamental rights dimension of the EU, after the creation of the EU by the Maastricht Treaty in 1993, free movement for workers and union citizens must also be seen in a fundamental rights/Economic and Monetary Union (EMU) context. Art. 45 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter) repeats Art. 21, TFEU on the free movement rights of Union citizens.

EU labour law started in the Rome Treaty 1957 with two Treaty articles: Art. 45 TFEU on free movement for workers, and Art. 157 TFEU on equal pay between men and women. Art. 45 TFEU was intended to ensure the principle of free movement for workers. Art. 157 TFEU was introduced because France claimed that it had more advanced equal pay provisions than the other initial EU countries. French undertakings, e.g. shoe factories employing many female workers, were therefore at risk of being put at a competitive disadvantage compared to undertakings from other EU countries, which could get cheaper female labour compared to French employers because there was more gender based discrimination in wages in the other EU countries. Originally, the EU approach to gender equality, thus, started out in an internal market perspective. Later, in particular after the creation of the EU by the Maastricht Treaty in 1993, the fundamental rights dimension, along with the EU anti-discrimination law, has developed considerably.

Since 1970, the CJEU has developed a case law on fundamental rights. Starting in the late 1960's, increasing concern was expressed in the highest courts of Germany and Italy on the question as to whether the fundamental rights guaranteed in their national constitutions were recognized and protected within EU law. In anticipation of the threat that national courts would opt for the supremacy of their own national constitutional provisions on fundamental rights protection, the CJEU held that the protection of fundamental rights was a general principle of EU law. In 1969 in *Stauder*,⁵ the CJEU for the first time stated that fundamental rights were en-

5. Case 29/69, *Stauder v Ulm*.

shrined in the general principles of Community law and protected by the Court. In *Internationale Handelsgesellschaft*, the reference to fundamental rights was expanded by the Court stating that respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law protected by the CJEU, and that these principles were inspired by the *constitutional traditions* common to the Member States.⁶ In 1974, the CJEU held in *Nold* that, in addition to Member States' constitutional traditions, *international conventions* could also provide guidelines, which could be taken into consideration by the Court on matters concerning claims to fundamental rights.⁷ In particular, the ECHR has special significance in this respect. Fundamental rights⁸ were first specifically referred to in a labour law case in 1975 in *Rutili*

In *Laval* and *Viking*, the CJEU stated that the right to take collective action must be recognised as a fundamental right, which forms an integral part of the general principles of EU law.⁹ In *BECTU*,¹⁰ the Advocate General argued that the right to paid annual leave is not only guaranteed in the Working Time Directive,¹² but also constitutes a fundamental right.

In discrimination cases the fundamental rights of equality and non-discrimination are central to the issue. Of specific relevance to labour rights is *Defrenne III*,¹¹ where the CJEU stated that there can be no doubt that the elimination of discrimination based on gender forms part of the fundamental rights. In *Mangold*,¹² the CJEU held that the principle of non-discrimination on grounds of age is a general principle of Community law. The Court held, under the application of the *Simmenthal* rationale,¹⁵ that the national court must set aside any provision of national law, which may conflict with Community law, in the particular case at hand, with the general principle of non-discrimination.

6. Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

7. Case 4/73, *Nold*.

8. Nielsen, Ruth, *Free Movement and Fundamental Rights, European Labour Law Journal*, 2010, Vol. 1, No. 1, p. 17.

9. Case 36/75, *Rutili*.

10. Case C-341/05, *Laval* and Case C-438/05, *Viking*.

11. Case C-173/99, *BECTU*.

12. Directive 2003/88.

13. Case 149/77, *Defrenne III*.

14. Case C-144/04, *Mangold*.

15. Case 106/1977, *Simmenthal*.

3.2. The two layers of the economic constitution of the EU

In »The many constitutions of Europe«,¹⁶ Tuori argues that the European Constitution is a continuously changing outcome of an on-going process.¹⁷ He distinguishes between the economic constitution, the juridical constitution, the political constitution, the social constitution, and the security constitution. In regard to the economic constitution, there is a distinction¹⁸ between the first - micro-economic - layer of the economic constitution, which focuses on the Internal Market and which has been provided for in the goal provision of the basic treaties of the EC/EU since the Rome Treaty 1957, and the second - macro-economic - layer of the economic constitution, which focuses on the EMU with a financial union based (in the long term) on the euro as its currency. The second layer of the economic constitution was initially formulated as a goal for the EU in the Maastricht Treaty 1992. The establishment and development of the internal market is still a goal for the EU whose economic constitution thus now has two layers - the establishment of the Internal Market and of the EMU, see Art. 3 TEU, which mentions both these economic goals for the EU.

In the internal market perspective, law is used to remove or reduce barriers to *access to the internal market* for economic actors who want to take advantage of the free movement on that market.

In the fundamental rights/EMU perspective, law is used to *coordinate economic and employment policies and to reduce macroeconomic imbalances*.

In order for the EU to be able to develop a coordinated economic and employment policy with a view to enable businesses and work-places in the EU to be competitive on the global market, it is necessary for EU law and policy to be perceived as legitimate by the people of the EU (the Union citizens). Therefore, in this context, the EU has developed strong fundamental rights for the citizens of the Union, simultaneous to the development of the EMU. Discrimination and equality law is not only seen as a fundamental right, but also increasingly being designed to promote in-

16. Karloo Tuori and Suvi Sankari, *The Many Constitutions of Europe*, 2010.

17. See Karloo Tuori, *The Relationality of European Constitution(s) - Justifying a new research programme for European constitutional scholarship*, in Ulla Neergaard and Ruth Nielsen, *European Legal method - towards a new European Legal Realism?*, 2013, p. 23.

18. See further Karloo Tuori, *The European Financial Crisis - Constitutional Aspects and Implications*, EU1 Working Paper LAW 2012/28.

elusion of groups at risk of discrimination (pregnant workers, elderly workers, disabled workers, etc.).

The main difference between the internal market approach and the EMU approach¹⁹ is that the former builds on a micro-economic rationale and the latter on a macro-economic rationale. When a micro-economic rationale is applied the main objective is to enable the individual economic actor (business, worker, etc.) to access the internal market without being met with discrimination on grounds of nationality. It may, in that context, be profitable for an individual business to discriminate against workers on other grounds, for example to avoid pregnant women, disabled workers, elderly workers or other groups. In the literature, it is sometimes argued that discrimination is good for business.²⁰

The overall objective in the EMU is to obtain macro-economic balance in the EU countries. The individual EU country is not allowed to incur higher public spending than what can be covered by taxes and charges. Thus, it is prohibited to finance public spending through debt. The societal goals the EU strives to achieve are laid down in the Europe 2020-strategy.²¹ This strategy is the EU's growth strategy. The EU aims to promote intelligent (i.e. based on knowledge and innovation), sustainable and inclusive growth, where it promotes the inclusion of groups in risk of discrimination on the labour market.

Today (2017), the fundamental rights/EMU context is more important for EU labour law than the internal market context, as it has a wider scope of application. Free movement rules and EU competition law only apply to cases with cross-border aspects. Many employment or labour conflicts in a Member State take place in situations that are purely internal. In such situations, EU free movement law and competition law is not applicable.

19. The differences between the two approaches - the internal market perspective and the fundamental rights/EMU perspective - is summed up in schematic form in Ch. 10 in Nielsen, Ruth, *EU Labour Law*, 2013.
20. See Epstein, Richard, *Equal Opportunity or More Opportunity? The Good Thing About Discrimination*: <http://www.civitas.org.uk/pdf/csl8.pdf>.
21. See EUROPE 2020. A strategy for intelligent, sustainable and inclusive growth, COM (2010) 2020 final.

4. The interaction of EU labour law and Danish collective labour law

Many legal scholars have commented on the relationship between the economic and the social constitution of the EU. Most of them see the latter as subordinate to the former.²² Dagmar Schiek argues, however, that the CJEU has developed a socially embedded judicial constitution.²³

4.1. The Internal Market context

As mentioned above in section 3.2, free movement rules and EU competition law only apply to cases with cross-border aspects. There are still a number of such labour law cases, for example, cases pertaining to transnational posting of workers. Since the Eastern enlargement of the EU in 2004, the potential »clash« between EU free movement law and national collective labour law has acquired renewed actuality through *Laval* and *Viking*.

In Swedish labour law, the *Laval* judgment of the CJEU has had considerable impact. On the contrary, it has only had a minor impact on Danish labour law. The labour market organisations (both the employers' organisations and the trade unions), the Danish legislator and the Labour Court have all agreed that traditional Danish collective labour law including the right to take collective action to motivate the other party to enter into a collective agreement is compatible with EU law on free movement, including Art. 56 TFEU on free exchange of services, and that there is no need to seek clarification from the CJEU under Art. 267 TFEU on that issue. In *Ryanair*, the Danish Labour Court stated:²⁴

22. See for example Niklas Bruun, Klaus Lörcher and Isabelle Schömann (eds), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, 2012, Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution, A Labour Law Perspective*, 2006 and Tamara Hervey and Jeff Kenner (eds), *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights, A Legal Perspective*, 2003

23. See Dagmar Schiek, *Economic and Social integration. The challenge for EU constitutional law*, 2012 and Dagmar Schiek, *Is there a social ideal of the European Court of Justice?*, in Ulla Neergaard, Ruth Nielsen and Lynn Roseberry (eds), *The Role of Courts in Developing a European Social Model - Theoretical and Methodological Perspectives*, 2010, p. 63.

24. AR 2015.0083. See Nielsen, Ruth, *Ryanair-sagen - som eksempel på retskildeudviklingen i dansk arbejdsret i EU-kontekst*, in Peter Arnt Nielsen, Peter Koerver

»The Danish model with freedom to take collective action is not in violation of the basic principles on free movement in the EU«.²⁵

4.2. The EMU context

Traditionally, Danish labour law has been designed to function better for members of the labour market organisations - both on the employer side and the worker side - than for non-members. The strength of the traditional Danish collective labour law model is that it is flexible and offers a fairly quick, cheap, and efficient system for Danish employers and for the 80-90% of Danish workers/employees who are covered by collective agreements.

The collective agreement coverage is high in Denmark compared to most EU-countries but there are some Danish employers who are not bound by collective agreements. This is because they are not parties to them, either because they are not members of an employers' organisation which has made a collective agreement with a trade union or because the individual employer has not itself entered into a collective agreement with a trade union. The weakness of the traditional Danish collective labour law model is that the minority of workers/employees who are employed with employers who are not bound by collective agreements have a weak protection for example against discrimination. To a considerable extent, the Danish legislator abstained from regulating the labour market and by and large left it to the labour market organisations and thereby left the minority of workers/employees who are not protected by collective agreements unprotected.

After Denmark's entry into the EC, now the EU, as of 1 January 1973, the labour market organisations typically prefer implementing EU Directives by means of collective agreements in order to maintain their traditional roles as legislators and judges in Danish labour law.²⁶ Seen from an EU perspective this is problematic because it is important that all workers/employees enjoy the rights EU law confers upon them regardless of

Schmidt og Katja Dyppel Weber, *Erhvervsretlige emner*, 2016, available at: www.arbetsratt.juridicum.su.se/.

25. My translation. The Danish original reads: »Den danske model med konfliktret strider ikke mod de grundlæggende principper om fri bevægelighed inden for EU.«
26. Ruth Nielsen, *Implementation of EC Directives in Denmark*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 18, 2002, Issue 4, p. 459.

whether they are covered by a collective agreement. EU law therefore requires Denmark to implement EU directives in relation to all workers/employees. This problem has created some tension but largely it has been solved.

Normally, EU Directives are now implemented by adoption of a Danish law that applies to all workers but does not apply where a collective agreement providing protection at the same level as the Directive applies. If an employer violates the collective agreement, the case is brought before an industrial tribunal by the worker's trade union in accordance with the traditional Danish collective labour law system. If an employer breaches the law in a case where there is no collective agreement the case can be brought before the ordinary courts by the individual worker/ employee. In practice, it will typically be brought before the ordinary court by a trade union on behalf of the individual worker/employee. That was for example the situation in *Ajos*.

Enforcement of EU law at national level is based on procedural autonomy at national level and a private enforcement model. The courts can therefore (by and large) remain as they have been for nearly hundred years. Trade unions are free to choose whether or not they will assume a litigator role in interaction with EU law. Danish trade unions have - after 10-15 years of reluctance - to a considerable extent chosen to do that.²⁷

5. The tension between EU monism and Danish dualism

In recent years, a new tension between traditional Danish Supreme Court case law in employment law, and the CJEU's development of general principles and fundamental rights has emerged. It is an example of the problems linked to the integration of an old dualist country like Denmark into the monist EU law system. *Ajos* illustrates this tension, see below in the following sections.²⁸

27. Ruth Nielsen, *Europeanization of Nordic Labour Law*, Scandinavian Studies in Law, Stockholm, 2002, Vol. 43, *Stability and Change in Nordic Labour Law*, p. 37, available from: <http://www.scandinavianlaw.se/index.php?page=index-database>.

28. CJEU Case C-441/14, *Ajos*, CJEU judgment EU,C,2016,278, conclusion of the Advocate General EU,C,2015,776. U 2017.824 H.

The terms »monism« and »dualism« are doctrinal concepts, which are often used, in a vague meaning varying from author to author. Dualism refers to the idea that national law and international law or EU law are independent legal orders. In contrast, monism refers to the belief that domestic and international law are both components of the same legal system.

Most continental European countries and the EU law system are predominantly monistic. Before the EC membership, Denmark - like Sweden, Norway, and UK - adhered to the dualistic theory. In proceedings before the Danish courts, sources of law of Danish origin took precedence over the sources of law adopted at international or European level. In practice, the distinction between dualistic and monistic systems is not as sharp as in theory. Many countries use elements from both theories.

5.1. Brief description of the law and fact in *Ajos*

Ajos concerned a dispute between two Danish private parties *Ajos* (the employer) and the estate of the employee (*Rasmussen*) who had died. The dispute concerned the employer's refusal to pay the employee a severance allowance. The employee had been employed by *Ajos* since 1 June 1984 and was dismissed by *Ajos* on May 25, 2009, at the age of 60. The employee was, in principle, entitled to a severance allowance equal to three months' salary under section 2a(l) of the Act on Salaried Employees (*funktionærloven*), which at that time provided that:

»Section 2a

1. In the event of the dismissal of a salaried employee who has been continuously employed in the same undertaking for 12, 15 or 18 years, the employer shall, on termination of the employment relationship, pay a sum to the employee corresponding to, respectively, one, two or three months« salary.
3. No severance allowance shall be payable if, on termination of the employment relationship, the employee will receive an old-age pension from the employer and the employee joined the pension scheme in question before reaching the age of 50.«

The Danish Supreme Court had established a settled case law on the interpretation of section 2a(3) of the Salaried Employees Act in its judgments of October 4, 1973,²⁹ December 7, 1988,³⁰ February 14, 1991,³¹ May 9,

29. U 1973.898 H.

2008,³² and January 17, 2014.” In those cases, the Supreme Court ruled that an employee was not entitled to severance payment if the employee upon his resignation was entitled to a retirement pension from the employer, regardless of whether the employee had chosen to make use of the right to pension.

Ajos (the employer) therefore refused to pay a severance allowance and the trade union brought an action on behalf of the employee claiming that Ajos should pay a severance allowance equal to three months' salary, in accordance with section 2a(1) of the Danish Salaried Employees Act because the Supreme Court's interpretation of section 2a(3) was inconsistent with EU law.

The Danish Maritime and Commercial Court (Sø- og Handelsretten, the first instance)¹⁴ found that it was clear from the judgment in *Ole Andersen* that the Danish Supreme Court's interpretation of section 2a(3) of the Danish Salaried Employees Act was in violation of the Equal Treatment in Employment and Occupation Directive.³⁶ The Danish Maritime and Commercial Court found that the Supreme Court's interpretation of section 2a was inconsistent with the general EU law principle prohibiting discrimination on grounds of age. Therefore, it upheld the employee's claim that Ajos should pay the severance allowance.

Ajos appealed to the Danish Supreme Court, stating that an interpretation similar to the judgment in *Ole Andersen*, which was a vertical case with a public sector employer, in a horizontal case against a private employer like Ajos would be *contra legem*. The Danish Supreme Court asked preliminary questions to the CJEU. The Supreme Court asked the following two questions:

»(1) Does the general EU law principle prohibiting discrimination on grounds of age preclude legislation, such as the Danish legislation at issue, which deprives an employee of entitlement to a severance allowance where the employee is entitled to claim an old-age pension from the employer under a pension scheme which the employee

30. U 1989.123 H, and U 1989.126 H.

31. U 1991.314/1 H, U 1991.314/2 H, and U 1991.317 H.

32. U 2008.1892 H.

33. U 2014.1119 H.

34. Judgment of the Marital and Commercial Court handed down on 14 January 2014 in Case F-19-12.

35. Case C-499/08, *Ole Andersen*, EU,C,2010,600.

36. Directive 2000/78.

joined before reaching the age of 50, regardless of whether the employee chooses to remain on the employment market or take his retirement?

(2) Is it consistent with EU law for a Danish court hearing an action in which an employee seeks from a private-sector employer payment of a severance allowance which, under the Danish law described in question 1, the employer is not bound to pay, even though that is contrary to the general EU principle prohibiting discrimination on grounds of age, to weigh that principle and the issue of its direct effect against the principle of legal certainty and the related principle of the protection of legitimate expectations and to conclude on that basis that the principle of legal certainty must take precedence over the principle prohibiting discrimination on grounds of age, such that the employer is, in accordance with national law, relieved of its obligation to pay the severance allowance and, in order to determine whether such a balancing exercise may be carried out, is it necessary to take into consideration the fact that the employee may, in appropriate cases, claim compensation from the Danish State on account of the incompatibility of Danish law with EU law?»

5.2. The CJEU judgment in *Ajos*

With regard to the first question, the CJEU concluded that the general principle of prohibiting discrimination on the grounds of age, as given concrete expression by Directive 2000/78, must be interpreted as applicable in horizontal cases, and thus, in disputes between private parties, as in the present case.³⁷

In its submission of questions to the CJEU, the Supreme Court had argued that it would be *contra legem* to interpret section 2a(3) in a manner that was consistent with EU law and in violation of the interpretation the Supreme Court had given to that section. The CJEU dismissed this argument and stated:

»34. the national court cannot validly claim in the main proceedings that it is impossible for it to interpret the national provision at issue in a manner that is consistent with EU law by mere reason of the fact that it has consistently interpreted that provision in a manner that is incompatible with EU law.«

In reply to the second question the CJEU concluded:

»2. EU law is to be interpreted as meaning that a national court adjudicating in a dispute between private persons falling within the scope of Directive 2000/78 is required, when applying provisions of national law, to interpret those provisions in such a way that they may be applied in a manner that is consistent with the directive or, if such an interpretation is not possible, to disapply, where necessary, any provision of national

37. *Ajos*, paragraph 27.

law that is contrary to the general principle prohibiting discrimination on grounds of age. Neither the principles of legal certainty and the protection of legitimate expectations nor the fact that it is possible for the private person who considers that he has been wronged by the application of a provision of national law that is at odds with EU law to bring proceedings to establish the liability of the Member State concerned for breach of EU law can alter that obligation.«

Furthermore, the CJEU concluded that the fact that it is possible for private persons with an individual right deriving from EU law to claim compensation from a Member State, cannot alter the obligation to apply EU consistent interpretation.¹⁸ Hence, the CJEU stated that if an EU consistent interpretation is not possible, the national court must disapply the national provision that is at odds with the general principle of prohibiting discrimination on grounds of age.

5.3. The Danish Supreme Court's judgment in *Ajos*, 6 December 2016

The Danish Supreme Court did not follow the judgment of the CJEU in *Ajos*. On the contrary, it did the opposite of what the CJEU had ruled it should do, and reversed the ruling of the Danish Maritime and Commercial Court.

The Danish Supreme Court recognised the CJEU's jurisdiction to determine questions on the interpretation of EU law according to Art. 267 TFEU. In regard to the interpretation of general principles in EU law, the Supreme Court stated that the impact of EU rules on Danish law depends on the Act on Denmark's Accession to the European Economic Community from 1972 with later amendments.³⁹ In regard to *Ajos*, it is the amendment of the Accession Act in 1993 in connection with Denmark's ratification of the Maastricht Treaty that is most important. The Danish Supreme Court concluded, on the basis of the preparatory works, that it was assumed in the Bill, which proposed the Maastricht amendment to the Accession Act, that Art. 6(3) TEU on general principles (including the principle of non-discrimination on the grounds of age) was not part of the conferral of power from Denmark to the EU. It was therefore - according to the Supreme Court - a matter for Danish law to decide whether the EU principle of non-discrimination on the grounds of age has direct effect in

38. Case C-6/90 and C-9/90, *Francovich*, EU,C,1991,428, paragraph 33, and Case C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du pêcheur/Factortame*, EU,C,1996,79, paragraph 20.

39. Act No 447 of 11 October 1972.

Denmark with primacy over opposing Danish law in a horizontal dispute. The Supreme Court also stated that Denmark had not conferred power to the EU to make the Charter directly applicable in Denmark.

6. Impact of *Ajos* and the future

Danish labour law dates back to the late 19th century. During the last hundred years, it has changed fundamentally, in particular, as a result of Denmark's entry into the EC, now the EU. The traditional Danish collective labour law relied heavily on the dualist tradition. The EU development, on the contrary, favours a monist development.

Ajos concerns a dismissal made on 25 May 2009. The legal basis has greatly changed since this date. From 1 February 2015, the Danish Salaried Employees Act (funktionærloven)⁴⁰ is amended so that the former section 2a(3) no longer exists. From 1 December 2009, when the Lisbon Treaty entered into force, the EU's Charter of Fundamental Rights, which in Article 21 codifies the general principle of prohibiting discrimination on any ground, including age, acquired treaty status, see Article 6(1) TEU.

The judgment of the Supreme Court is in clear violation of EU law. In *Ajos*, the Supreme Court took a radical dualist view. It held that whether an EU provision can acquire the effect in Danish law, which the EU law requires, depends on the Danish Accession Act.⁴¹ The Danish Supreme Court, not the CJEU, is competent to interpret this Act. Thus, the Supreme Court attributed the role as final interpreter of the EU law's effect in Denmark to itself.

The Danish Supreme Court judgment, where the Court allowed a private employer to violate the EU law principle of prohibition against discrimination on grounds of age, has given rise to much debate and criticism among legal scholars.⁴² The Danish legislator accepted the EU law

40. Consolidation Act (lovbekg.) no 1002 of 24 August 2017 of the Salaried Employees Act (funktionærloven, lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, originally adopted in 1938, the former section 2a(3) dates back to 1 July 1971).

41. See p. 40 in the judgment. The Danish original reads: »Om en EU-retlig regel kan tillægges den virkning i dansk ret, som EU-retten kræver, beror i første række på loven om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union.«

42. See Nielsen, Ruth and Christina D Tvamø, Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the *Ajos* case, ERT (Europarättsigt Tidsskrift), 2017, No 2, Kristiansen, Jens, Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk

principle of prohibition against discrimination on grounds of age by amending the Salaried Employees Act in 2015.

Legal problems similar to the problems in *Ajos* were at issue in the case on *Skibby Supermarked*.⁴³ A private Danish employer (*Ajos* in the one case and *Skibby Supermarked* in the other) had violated the EU law principle of prohibition against discrimination; in *Ajos* the prohibition against age discrimination, in *Skibby Supermarked* the prohibition against disability discrimination. The legal basis of the EU law prohibition against discrimination is the Equal Treatment in Employment and Occupation Directive and the general EU law principle on prohibitions against discrimination. Under EU law, directives do not have direct horizontal effect, while the general EU law principle has the same legal effect in national law as Treaty provisions. In other words, they have direct horizontal effect, when they are sufficiently clear and precise. Both the prohibition against age discrimination and against disability discrimination fulfill these conditions. In both cases, the employers' behaviour found support in the Danish Salaried Employees Act as it was interpreted in traditional Danish practice (in *Ajos*, the then section 2a(3), in *Skibby Supermarked*, section 5), but violated the Discrimination Act (*forskelsbehandlingsloven*)/⁴⁴ which implements the Equal Treatment in Employment and Occupation Directive in Danish law.

In both cases, the Danish courts had the same options if they wished to comply with Denmark's EU law obligations. Firstly, they could disregard the Danish Salaried Employees Act (*funktionærloven*) and accord the Discrimination Act (*forskelsbehandlingsloven*) higher status because it implements an EU Directive and was adopted later than the Salaried Employees Act (*funktionærloven*). Secondly, they could attribute preference to the Salaried Employees Act (*funktionærloven*) because it is *lex specialis* in relation to the Discrimination Act (*forskelsbehandlingsloven*), but interpret it in conformity with EU law. Thirdly, they could regard it as *cont-*

ret - Om Højesterets dom i *Ajos*-sagen, U 2017 B, p. 75, Nielsen, Ruth and Christina D Tvarnø, Præjudikat eller Ikke-præjudikat - om Chartrets Retsvirkning i dansk ret efter EU-Domstolens og Højesterets Afgørelser i *Ajos*-sagen, TfR 2017, No 2-3.

43. U 2015.3827 H.

44. Consolidation Act (lovbekg.) no. 1349 of 16 December 2008 of the Discrimination Act (lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv, originally adopted in 1996, the Equal Treatment in Employment and Occupation Directive was implemented in 2004) as amended by Act no. 1489 of 23 December 2014.

ra legem to interpret the Salaried Employees Act (funktionærloven) in conformity with EU law and choose to apply the general law principle of non-discrimination with supremacy and direct effect in Danish law.

The Supreme Court thus had the same options in the two cases but it made very different choices. In *Skibby Supermarked* it followed EU law. The Supreme Court used the Discrimination Act (forskelsbehandlingsloven) and found in favour of the disabled employee. It neither discussed consistent interpretation, nor the general EU law principle prohibiting discrimination.

In *Ajos*, the Supreme Court violated EU law. It considered the Discrimination Act (forskelsbehandlingsloven) inapplicable. It discussed EU consistent interpretation but held that it would be *contra legem* to interpret the Salaried Employees Act (funktionærloven) in conformity with EU law. The court also discussed direct application of the general EU law principle prohibiting discrimination but held on the basis of an interpretation of the Danish Accession Act that Denmark has not incorporated the general EU law principles into Danish law. It gave preference to Danish law over EU law and held in favour of the employer and against the discriminated employee.

The Supreme Court is a collegial court consisting of 18 judges. *Skibby Supermarked* was decided by five of the 18 judges. In *Ajos*, nine of the 18 judges participated. They were divided into a majority of eight against one judge who was in favour of complying with EU law. Apart from one judge, different judges took part in the two cases. The different attitude to EU law in the two cases shows that the 18 judges in the Supreme Court hold different views on how to react to the tension between traditional Danish labour and employment law and new rules stemming from EU law.

In the Western and Eastern High Court and in the Maritime and Commercial Court there seems to be a willingness to integrate EU law into Danish labour law and avoid judgments violating EU law. The Maritime and Commercial Court in *Ajos* applied EU law correctly. Most Supreme Court judges are recruited from the High Courts. In a few years, it seems likely that most Supreme Court judges will accept to integrate EU law into Danish labour law in accordance with the EU law requirements. Even though the Supreme Court judgment in *Ajos* stands out at first sight it seems likely that it will be insignificant in the long run.

In the first section of this essay Kahn-Freund's thesis that it is impossible to transplant legal rules into a system with a power structure they are

HUNDRED YEARS OF LABOUR LAW

incompatible with was referred to and the question was raised whether it is true for the development of Danish labour law since Denmark's entry into the EC, now the EU in 1973. The labour market organisations seem to have accepted integration of EU law into Danish labour law while remaining in control of Danish collective agreements including the right to take collective action and enforcement of collective agreements through the Labour Court and industrial tribunals. The eight Supreme Court judges, who constituted the EU law-violating majority in *Ajos*, has, in my view, not changed the interaction between Danish law and EU law. It seems likely that the majority view in *Ajos* will be outdated in a few years. Most Danish judges will probably take an EU consistent view in the future. The EU law rules that have been transplanted into Danish labour law are, thus, no longer contrary to the power structure underlying Danish law.

Those in power in relation to Danish law - the labour market organisations, the legislator and the courts - increasingly seem to accept integration of rules of EU-origin into Danish labour law. As a consequence Danish labour law is moving from a dualist approach to a monist approach.

Alf Ross and the Functional Analysis of Law

Professor Henrik Lando¹

»Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechtes.«²

I. Introduction

Half-way into CBS's 100 year existence, a major intellectual development occurred, when economists and lawyers, at first mainly at the universities of Yale and Chicago, developed an understanding of law from an economic perspective.³ This development has since gradually spread to the rest of the world; in Europe, CBS was among the first institutions to incorporate law and economics into its law program in 1984. This initiative now stands as a major accomplishment: CBS's law and economics candidates have been well received both in the private and the public sector. However, the wider task of challenging habitual modes of thinking about law also in wider business and legal communities, and in other part of Danish society, has not been nearly as successful, and the celebration of CBS' 100th year is an occasion to ask: what hinders the proliferation of law and economics?

1. I would like to thank, without of course implicating, Mads Bryde-Andersen, Svein Eng, Jens Evald, Peter Møgelvang-Hansen, Endre Stavang and especially Gunnar Nordén for their helpful comments.
2. »The purpose is the creator of all of law«. Jhering's motto, Rudolf Jhering, *Der Zweck Im Recht*, 1898.
3. Ronald H Coase, *The Problem of Social Cost*, *Classic Papers in Natural Resource Economics*, 1960. Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970.

Some have suggested that the slow acceptance is due to the influence of Scandinavian realism/ or more specifically to the legal philosophy associated with Alf Ross (1899-1979). Their view is that law and economics is irrelevant to what Ross defined as the task of legal science, namely to predict how judges are likely to apply the sources of law in concrete cases. At the outset, it may seem unnecessary to understand law from an economic perspective to predict what judges will do. Put differently, if legal science sees the task of the judge as that of simply applying legal sources (mainly rules and precedent) to cases, it may see no need for lawyers or judges to understand law from an economic perspective. Thus, Tvamø and Nielsen state that: *»if law and economics were to be included to a greater extent, it would demand a change in legal theory«*

Moreover, it may be claimed that Ross' ideas continue to hinder the reception of law and economics, because Ross was highly critical of the actual normative frameworks developed by economists. He dismissed the concept of social welfare, and in particular utilitarianism, while normative law and economics tends to adopt some notion of social welfare.

In this article, I shall make two claims with regard to the view that Ross' theory stands in the way of the wider acceptance of law and economics:

First, it is incorrect to view Ross' theory as being opposed to law and economics. In fact, Ross called for the development of law and economics and viewed it as useful for both the judges and legislators. In Ross' view, a judge does not mechanically apply legal sources to cases but is actively engaged in interpreting the law in light of its purpose. He or she is, especially at higher levels of adjudication, engaged in creating precedent that makes practical sense. Ross insisted that to do so, the judge must understand how law affects behavior.

Second, that while Ross' views on normative concepts employed by economists were indeed dismissive, they are untenable. In association with this second point, I shall discuss his view of what constitutes correct application of law, his views of the explanatory power of concepts of social welfare, and his views of utilitarianism. I conclude that if Ross' views

4. Göran Skogh, *Law and Economics in Sweden*, 11 *International Review of Law and Economics* 1991, p. 319.
5. Ruth Nielsen and Christina D Tvamø, *Retskilder og retsteorier*, 4th ed. 2014, p. 493.

of normative concepts in the analysis of law are indeed influential today,⁶ they unnecessarily restrict the salience of legal science.

2. Ross' call for the economic analysis of law

Ross was a positivist in only one of two meanings of that word, namely in his commitment to the belief that legal science should be based on what we can observe through our senses as opposed to what we might establish through *a priori* reasoning. He viewed *a priori* reasoning of any kind with suspicion. He was, however, not a positivist in the sense of believing that law reduces to a set of formally established rules. On the contrary, he wanted to make it:⁷

»clear how unrealistic the kind of juridical positivism is which limits law to comprise no more than such norms as have been made positive and which believes that the activity of the judge consists only in a mechanical application of these.«

According to Ross, the judge interprets the law in light of his or her culturally determined evaluations, and in light of his or her understandings of the real world. Evaluations and understandings merge in the judge's attempt to find a rule that has »purpose and meaning«.⁸ However, pressure of time will often preclude the judge from a closer study of real world consequences, but then:⁹

»it is precisely the business of doctrine in consideration de sententia ferenda (concerning how the judges should decide, my insertion) to assemble and systematize that insight and evaluation of social facts and associated circumstances which can make a valuable contribution to the growth of law through the practice of the courts.«

6. Professor Jens Evald, author of an informative and fascinating Ross-biography, *Alf Ross: A Life*, 2014, has made the observation that Ross' prognosis or prediction theory has not really affected how (Danish) lawyers actually determine what the courts are likely to decide. Ross' forerunners already employed the legal sources much in the same way as Ross recommended. But Evald does not deny that Ross' influence runs deep in other respects.
7. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 98,118.
8. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 99,118.
9. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 100,119.

Thus, like American realists, Ross emphasized that the judge interprets the law and seeks a verdict that is reasonable in light of its practical consequences.¹⁰ This meant according to Ross that it was sometimes hard to tell whether a doctrinal analysis should be understood as normative or descriptive of what the judge would reasonably do;¹¹ the normative and the positive would sometimes merge in the mind of the analyst. However, to the fulfillment of the task mentioned above, and for analysis *de lege ferenda*, Ross saw the need for »legal-sociological knowledge of the causal connection between the enactment of laws and human behavior«. He continued:¹²

»The knowledge relevant for legal politics proper is concerned with problems such as, for example, the following: What influence does the formulation of the rules of damages have upon the caution people exhibit in various situations? What part is played in this connection by facilities for insurance against liability?«

Ross saw these questions as the province of sociology, but it should be recalled that law and economics did not exist at the time. The concrete inquiries into actual behavior in response to incentives that Ross advocated has become mainly the province of economic rather than sociological theory, probably due to economic theory's foundation in the theory of rational choice.¹³

Indeed, Ross noted that legal sociology in its state then did not furnish answers to these questions, which made Ross call for the development of a new science. He noted that constructing such a science is¹⁴ »an urgent but difficult task ... (it) would study the general mechanics of motive by which the law influences the conduct of men«. He asked:¹⁵

»Where then is the place for specific legal politics to be the domain of the lawyers? Perhaps we might feel that such a domain might comprise, for example, contracts,

10. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 145 ff., 179 ff.

11. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 331-332, 421-422.

12. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 332, 422.

13. This is not at all to deny that Ross' theory is also a call for theories that stress cultural norms and values as a determinant of behavior, see e.g. Jakob H Holtermann and others, *Kan retsvidenskaben være empirisk? Om Aktualiteten Af Alf Ross' empiriske vending i retsfilosofien*, *Retfærd* 3, 2013.

14. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 332, 422.

15. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 328, 418.

purchase, the law of torts, matters of insurance, registration, matters of marriage, majority inheritance, penal legislation, and other subjects that by tradition are the main territory of lawyers. When it is, however, accepted that the law does not exist for its own sake in these spheres either but must be evaluated according to its function in relation to objectives and attitudes lying outside law, it then seems that it also these political problems must be a task for non-legal experts of various kinds. For example, are not the laws of tort and the insurance law closely connected with economic problems?»

Clearly, Ross saw the two social sciences as integral. However, this part of Ross' realism has of course not had much effect on the development of legal scholarship in Denmark, or elsewhere in Europe for that matter. When, for instance, Tværnø and Ruth Nielsen state that economics stands outside the »house of law«, their reason is:¹⁶

»in contrast to American law, legal science in Denmark has no tradition of courts creating law. The interpretation of existing rules and of the sources of law in order to establish valid law is by far the predominant activity of Danish courts.«

As is clear from the description above, Ross might have replied that in interpreting the rules and in selecting the sources of law, judges are influenced by their economic understanding of the case before them as they try to find a resolution of the conflict that makes practical sense. As quoted, Ross explicitly warned about the kind of positivism that thinks the judge mechanically applies the sources of the law, and he insisted that it was the task of doctrine to supply understanding of causes and effects *for the courts to use (de lege sententia)*. This was not only the domain of legal politics (*de lege ferenda*).¹⁷

I now turn to Ross' position on normative concepts applied to law. One starting point for such analysis is Ross' view of what constitutes correct application of law.

16. Nielsen and Tværnø, *Retskilder og Retsteorier*, 4th ed. 2014, p. 348 and 486.

17. Moreover, even if one rejects the argument that courts are involved in interpreting the law by considering its purpose, it would seem strange to consider analysis of optimal legislation to reside »outside the house of law«. Finally, the quote raises the question of what is at all meant by the statement that Danish legal science has no tradition of courts making law.

3. On Ross' view on »correct application of law«

It may be worth briefly recounting Ross' use of the concept of »valid law« or »law in force«. Ross' main aim was to establish a legal science based on the ideal of the natural sciences, i.e. based on falsifiable theories and observation of the real world, rather than on metaphysical speculation. Two realistic and positivist ideas followed from this epistemological commitment. First, law was nothing but the legal sanctions that would follow, in a court of law, upon a set of conditioning, legal facts, as in Judge Holmes famous dictum.¹⁸ Law was nothing metaphysical but simply rules of the social game aimed at directing behavior. Second, the scientific task of the legal researcher was to predict those consequences, in order to establish what law was valid (in Danish: *gældende*). This task could be carried out in a scientific manner, freed from *a priori* speculation, through the study of how judges actually apply the sources of law.

The word »valid law«, like the Danish *gældende ret* invokes several meanings, among those »correctly applied law« and »actually applied law«. In his review of Hart, Ross made clear that the term referred to actual application of the law, law in force. But when would a ruling then be incorrect in Ross' theory?

In his answer, he began by noting that the judge should not commit mistakes (objective injustice)¹⁹ and should not »allow himself to be guided by personal interest, friendship for one of the parties, the desire to please people in power, or other motives deviating from the commands of the law« (subjective injustice). Moreover, Ross discussed how judges should not be given too much discretion - the judge should not be »like the Oriental *cadi* who makes his decision out of an esoteric wisdom«.²⁰

Ross also explained why it was important that judges should not be given too much discretion;²¹ this was »probably due to the social effects of the rule of law which establishes security and calculability«.

18. »The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law«, Attorney Holmes, said in Boston, 1897 at a meeting of lawyers.
19. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 284,369.
20. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 281,366.
21. In this regard, the dispute between Max Sørensen and Alf Ross concerning the role of the European Human Rights' Court, as described in Evald (footnote 6), p. 310-315, is intriguing. I thank Professor Bryde Andersen for drawing my attention to this debate.

He went on to explain that the concept of justice refers to the correct application of law i.e. to procedural rather than material justice.²² Correct application of law, procedural justice, is a real and important phenomenon, he noted, although it is difficult to delimit it. Since a judge has discretion, there is a distinction between a ruling that others may disagree with, and an incorrect ruling. A ruling only becomes incorrect when the judge goes too far, in some sense. But what are the determinants of this band within which rulings are correct (and hence just, in Ross' terminology), although possibly controversial. He wrote:²³

»which are the right principles of interpretation and what freedom of interpretation is the judge to be allowed«? ... It is probably not possible to answer this question in any other way than by reference to »typical« and »normal« in the factual application of the law ... The decision is objective (»just« in the objective sense) when it is covered by such principles of interpretation and such evaluations, which are current in practice. ... Subjectivity or unjustness expresses precisely the feeling that the decision springs from the individuality or the subjectivity of one particular judge in contrast to what is typical of the judges as a whole.«

One interpretation is that these are normative claims and that Ross equated correct application (in a normative sense) with actual or normal application of the law. Another interpretation is that Ross asked what principles of interpretation and what freedom of interpretation were within the bounds set by the law, as a positive question regarding the actual state of law. In the latter interpretation, the question did not concern how the legal system should be devised to operate, but how, given the existing system, it did it in fact delimit the principles of interpretation and the freedom of the judge. We can consider the two interpretations in turn.

In the normative interpretation, which is perhaps the most natural, Ross referred to the idea that if the judge would deviate (excessively) from what courts normally do, he or she would create a sense or feeling of injustice, which would be undesirable. Why this would be undesirable and why people's expectations are important, was not made explicit, but presumably Ross thought it self-evident that it would be a good thing if the legal system would live up to people's expectations of procedural justice. Based on this normative assumption, Ross concluded that the judge

22. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 284, 369.

23. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 285, 370.

should act in the normal and typical way for this would be what people expected, hence just or correct.

But are these meant to be scientific statements in Ross' sense? Ross distinguished, as mentioned, between scientific statements that can be made on the basis of observable facts, and statements that require a normative framework. It was important for him to create an epistemological space within which a legal researcher can make scientific statements, such as: based on observations of judges' ideologies and their past verdicts, it is likely that this or that will be the ruling in a given case. Such a statement can arguably be made with at least an attempt at being objective, based on the facts. But would Ross say that the legal scholar can make the following scientific statement: according to my scientific method, correct verdicts are those that are made in the typical manner by the normal use of legal sources? If Ross believed this to be a correct answer, he would have derived an »ought« from an »is«, against Hume's dictum that to a normative question one must expect an answer that is conditional on a normative framework.²⁴ The implicit normative framework in Ross' theory is that people should not be disappointed in their expectations of correct application of the law, i.e. in their desire for procedural justice. One might say that Ross here implicitly applies a concept of social welfare. Implicit in this is also that the fulfillment of these expectations of justice is all that matters, for otherwise Ross would not be able to conclude that what is good is that which fulfills people's expectations. If one would include e.g. people's reasonable expectations (which might deviate from their actual expectations if the system is not working well), or some ideal of democracy in decision-making, the conclusion might be different, for it might not then be socially desirable that courts continue acting in some given way.

The matter can also be put, more simply and more concretely, as follows: We can imagine that the European Court of Justice and the European Court of Human Rights become extremely activist, if such is not already the case, like the »*Cadi who derives verdicts from own esoteric wisdom*«. Ross wrote that this is not how a court should act. But if it would be typical or normal for the two courts to act in this manner, Ross would have to accept it as correct or just. All acts consistently adhered to would be cor-

24. Thomas Riis made a similar point in *Værdier og normer i jura og økonomi, Juristen*, 1996, p. 356. He pointed out that what is normal cannot be said to be objective, only (at most) inter-subjective.

rect. Likewise, if corruption would be normal or typical, it would be correct application of the law.²⁵ Ross might say that his theory applies only to systems that work well, but it would seem difficult to base a theory of correct adjudication on the caveat that it applies only to correctly functioning legal systems.

Thus, while Ross' answer allowed him to stay within his commitment to observable facts, he did not provide a satisfactory answer to what constitutes correct application of the law. While the constitution may limit the discretion of judges (as will be discussed below), it seems difficult to imagine that Ross could have provided a better answer without invoking a normative framework. One can discuss what constitutes correct application of law based on normative criteria; certain normative axioms might lead to certain restrictions on what a judge should do. Any answer so derived cannot pretend to be falsifiable, it can only be more or less appealing.

In the positive interpretation, which is probably not what Ross had in mind, one might think of the constitution (or EU treaties) as laying down the basic rules for judges to follow. But Ross explicitly rejected the idea that the constitution could in this manner circumscribe the judge's discretion, the judge's use of legal sources to reach a verdict. Ross claimed that this logically cannot be so, because it would create a vicious circle:²⁶ to know which legal sources are binding on the judge, one would have to know according to which legal source this would be the case, and so any answer would presuppose itself. Ross gave the example of the Swiss Code, Article 1, of 1907, which stated the following:²⁷

»The Code applies to all legal questions for which it contains a provision in its terms or its exposition. If no command can be taken from the statute, then the judge shall pronounce in accordance with the customary law, and failing that, according to the rule, which he as a legislator would adopt. He should be guided therein by approved precept and tradition.«

The circularity is this: if this provision is considered valid, it will determine the judge's use of legal sources. But the judge can only know whether to apply the Code's Article 1 by applying Article 1.

25. Article 146 of the Danish penal code regulates unjust adjudication, but in a manner conceivably open to interpretation by judges in the thought experiment.

26. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 104,124.

27. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 105,124.

If the constitution could not meaningfully constrain judges, it was hard for Ross to see other constraints than those somehow imposed by the judges themselves through their own professional ethos or common practice. There could be no other logical answer to the question of what constrains judges.

However, this logic is, in my view, misleading. Circularity is not necessarily a serious logical problem. An article of law, and a sentence in general, may well refer to itself. Ross denied this, but Hart gave a forceful reply.²⁸ It makes sense for a judge to follow Article 1 of the Swiss Civil Code, and to refer to the article itself when following it. It is true that it may also be consistent not to follow it, and to adhere to another set of sources; circularity creates several equilibria rather than an impossibility. The most natural equilibrium, however, is for everyone to coordinate their beliefs on the understanding that Article 1 commands its own use. If there is such a convergence of understanding, and judges follow Article 1, it might well be said that the courts do so because they see themselves (and others understand them to be) restricted in their use of legal sources by Article 1. Of course, if judges do not adhere to the ground rules laid down by the constitution, this may be hard to enforce legally as this would require the judges to act on their own breach of law. In this sense, Ross was right: there may be no legal intervention possible, unless different judiciary authorities - supreme courts, constitutional courts (in some countries), and EU courts, constrain each other. But it was not correct to say that the constitution cannot act as constraints on judges due to a circularity, for if the judges act against the constitution politicians and others may react, based on their understanding of the constitution. It is well known from history that courts may be constrained by politicians;²⁹ con-

28. See H. Hart, *Self-Referring Laws*, 1983. In Alf Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, 78, *Mind*, 1969, p. 78, Ross addressed the many who claimed that self-referring sentences can make sense (including Karl R Popper, *Self-Reference and Meaning in Ordinary Language*, 63 *Mind*, 1954, p. 162.) An example of a sentence regarding itself is: This sentence is written in English. This example would seem to suggest that self-reference may not be a problem, and it appears that Ross did not show how self-reference in the constitutional example leads to paradoxes of the kind analyzed in Bertrand Russell, *The Principles of Mathematics*, 1996.

29. See e.g. George J Mailath, Stephen Morris and Andrew Postlewaite, *Maintaining Authority*, Working Paper 1, 2007.

stitutions generally provide a check also on the exercise of power by the judiciary.

For example, in the Ajos verdict,³¹ in which the Danish Supreme Court recently opposed the European Court of Justice by giving priority to a clear rule in Danish law over the EU-court's application of a vague principle of non-discrimination, the Danish Supreme Court stated: *»If the Supreme Court would in this situation fail to give effect to the rule (the clear Danish rule, my insertion), it would act outside of its competence as a judicial authority«*.

It is clear from the verdict that this statement was based in part on an interpretation of the Danish Constitution, which establishes conditions for the transference of power from the Danish Parliament to international bodies such as the EU court. Such transference had not been made for the application of EU-law in the given area, and so the Danish Supreme Court felt compelled to go against the EU Court of Justice. The point is that in its choice of legal sources, the Danish Supreme Court was clearly directed by the wording of the Constitution (not least Article 20). The Supreme Court essentially said that it would not be »correct application« for it to go against a clear Danish rule in an area where there has been no transference of power to EU-institutions.

Thus, the question of how the law actually, as a positive matter, constrains judges cannot be answered with reference only to what is normal or typical, whatever that may mean in a concrete case. The constitution may restrict and in practice does restrict judges.³¹

How the constitution, which is essentially only pieces of paper, can have such authority, is a deep question going back to Kelsen's question of why the Grundnorm has authority. I shall not go into this question here, which is fundamental also to law and economics,³² but will refer to an interesting analysis of it by game theorists and economists.³³

I draw two overall conclusions: First, Ross' views about what actually constrains judges made too much of the logical impossibility of the consti-

30. U 2017.824 H.

31. Ross did not deny that the constitution actually restricts judges (»as if by magic«), see Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, *Mind*, 1969, p. 7.

32. As argued by Kaushik Basu, *The Republic of Beliefs: A New Approach to »Law and Economics«*, Working Paper, World Bank, 2015.

33. George J Mailath, Stephen Morris and Andrew Postlewaite, *Laws and Authority*, 71 *Research in Economics* 2017, p. 32.

tution commanding its own use. Second, Ross' statements concerning the extent to which judges should, as a normative matter, be constrained were unconvincing, as it cannot be said that the only limits are set by what is »typical or normal«. As far as I can see, to the extent that the constitution does not clearly delimit the bounds within which the courts can act, the question of when courts go too far can only be answered within a framework that makes its normative criteria explicit. I now turn to Ross' rejection of the criteria associated with the concept of social welfare.

4. On Ross' rejection of the concept of social welfare

Ross thought of the concept of social welfare as a chimera - an illusion or fabrication of the mind. He maintained that society is not an entity that can possess welfare, only individuals can. Laws are made by those who possess power; they have their own interest at heart, and not that of »society«. Yet, many theorists have tried to explain rules and even the legal system as a whole from the concept of social welfare.¹⁴¹ I shall now argue that Ross was too dismissive of such attempts.

Several concepts of social welfare exist, that may be applied eclectically to legal questions. One concept is Pareto-optimality³⁵ (a term used here synonymously with Pareto-efficiency), which is a particularly helpful concept when the law concerns parties that are in a contractual relationship. The concept may, however, also be used more broadly, as will be argued below.

The following example illustrates the *case of a contractual relationship*. Consider person A who possesses wealth, but no entrepreneurial ideas, and person B, who possesses an entrepreneurial idea, but no wealth. A may lend to B, but unless B can commit to repaying, A will not lend. In this situation, the State may set up a system of enforcement backed by the State's monopoly on the exercise of physical force, which may be necessary to seize B's assets if B does not repay, such that B can effectively commit to repaying the loan. If such a system is established, A will know that it will generally be in B's interest to repay the loan, because his assets will

34. A central contribution is Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2009.

35. A rule is Pareto-efficient when there is no other rule that makes one person better off without making another person worse off.

otherwise be sold off and the proceeds handed over to A. Such State enforcement is plainly in the interest of both parties, for if it were not for such commitment, it would be optimal for B to borrow and not repay (barring ethical and reputational concerns), and anticipating this, it would be optimal for A not to lend to B. B would not be able to finance his project, and A would not be able to share in the proceeds from the project. In this sense, the general rule that B's assets act as security enhances the welfare of lenders and borrowers alike, and this seems like a very plausible explanation for its universal application across legal systems. The explanation works whether the median voter is a borrower or a lender, and it would not be correct to say that the system exists to protect the powerful and rich, who are lenders, against the powerless and poor who are borrowers. Going a bit deeper, one can in the same way understand why the system of bankruptcy is set up, protecting the borrowers' assets from being sold off by individual creditors. When there are many creditors, it is in the interest of creditors as a group to prevent a race between themselves to be the first to liquidate assets that are often more valuable together, in a going concern. *Ex-ante*, it is Pareto-efficient for all involved that assets are protected from premature liquidation by the borrower declaring bankruptcy.

By the same Pareto-logic, it is possible to explain the main features and the details of contract law, company law, and other areas of civil law where the parties are in contractual relationships. Of course, reality will only broadly correspond to Pareto-efficiency, and some aspects of law cannot be so explained (and may need revision), but considering law through the prism of efficiency, nevertheless, provides a key to understanding it.

Henry Ussing, a Danish Law Professor who, as the Danish reader is likely to know, was influential in shaping Danish contract law in the last century, expressed the reasoning as follows:³⁶

»For contracts involving mutual obligations the task must here be - as so often - to conceive rules that on average conform to the parties' interests, such that those parties who may contemplate the question beforehand in most cases will be satisfied by the rule.«

36. Henry Ussing, *Obligationsretten*. Almindelig Del, 4th ed. 1967, p. 180.

The point is that the Pareto-principle has significant explanatory power when the parties are in a contractual relationship.

When the *parties are not in a contractual relationship*, we would probably expect those »in power« (as Ross would say) to use it to their own advantage and not care too much about wider social interests. However, I will now demonstrate in a very stylized example how Pareto-efficiency may still help to explain law.

Consider a democratic society consisting of rich and poor people, in which the poor are in the majority, and assume that a given rule of civil law (say, of tort law) enables the rich to create more value in the order of 100. The poor dislike the rule as it takes away 50 from them. The poor would be willing to pay 50 to not have the rule implemented. Ross would say that the poor, being in the majority, would prevent the passing of the law. However, imagine that the poor can tax the rich up to the point where the rich would leave the country. It would then be optimal for the poor to pass the rule while increasing the amount of tax collected from the rich by almost 100. The poor would be better off by doing so, and the rich would be no worse off (and not leave the country). Of course, the rich might object that higher taxes distort the incentive for them to create value, and the poor might take this into account in their decision about how much to tax the rich. But this argument would not preclude the passing of the law, because not passing it both distorts the incentive for work and itself destroys value; it is doubly distortionary.³⁷ In this example, it would be optimal for the poor to draft optimal rules of civil law in order to enable value creation, and for them to use the power of taxation instead to create their desired income distribution. The Pareto-principle applies to the explanation of the civil law rule because redistribution may be better achieved through taxation than through legal regulation that destroys value.

The example demonstrates that while Ross was right in saying that different people can of course have diametrically opposed interests, a distinction should be made between choices involving the distribution of income and the creation of income. While interests may be completely divergent when it comes to distribution, there may be mutual interests in the area of value creation, and taxation is generally a more suitable in-

37. Louis Kaplow and Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*, 29 *The Journal of Legal Studies*, 2000, p. 821.

strument of income redistribution than civil law. The Pareto-principle may for this reason extend to legislation involving parties that are not in a contractual relationship, e.g. to tort law.

Moreover, even when the Pareto-principle does not apply, other notions of social welfare may come into play. One such notion is Kaldor-Hicks efficiency, which simply measures how strongly different parties are affected by a rule in monetary terms, as measured by their willingness to pay. If the monetary gain is greater for those benefitted than the monetary loss to those harmed by the rule, the rule is said to be a Kaldor-Hicks improvement. This is the principle used in cost-benefit analysis, and it can have normative appeal, especially if losers and winners are not always the same, but some people benefit (lose) from one rule while others benefit (lose) from another. Over time, all may then be better off by applying the criterion.

Generally, analyzing laws and court rulings from the perspective of Kaldor-Hicks efficiency is often simply a way of considering costs and benefits that any person would be likely to consider, if the rule in question is of a mundane kind that does not call upon deontological concerns. The advantages and disadvantages are simply labelled benefits and costs in the economic analysis.

Let me give just one example (among countless) of a ruling by a court that involves an implicit weighing of costs and benefits. In a case before the Danish Supreme Court, the question was whether a real estate broker should be held liable to his client, a seller of a house, for the broker having under-estimated its value. In his comments, Judge Jørgen Nørgaard explained the drawback from holding the broker liable as follows:⁸

»If one were to hold the broker liable, one envisions a flooding of liability claims from evaluations of art objects, patent-rights, non-listed stocks, etc. that deviate from what turns out later to be the evaluation of the market.«

The broker was still held liable because it was seen as important to maintain a reasonable standard of care by real estate brokers. In the trade-off between the increase in costs due to more litigation and the greater incentive for care created by a finding of liability, the court found the incentive (and perhaps also the fairness of liability) to be more important than the increase in litigation that was estimated to be only moderate. I

38. U 1993 Bp. 217.

mention this example only to argue the simple point that costs and benefits in a broad sense are very often considered by legislators and also by courts when the law does not provide a clear answer, e.g. because it is formulated as a standard rather than a rule. Ross was of course well aware of this, but he may not have realized such weighing of costs and benefits can be understood as application of social welfare analysis, e.g. either Pareto-optimality,³⁹ Kaldor-Hicks efficiency or, as will be discussed below, the utilitarian optimum.

All this is not to deny that there are situations in which laws are best understood as the result of narrow interests of those in power, of lobbying groups, etc. If, for instance, the majority of the electorate is atheistic, it may be strongly opposed to people of a minority religion wearing a religious symbol, and the minority may not be in a position to trade such rights against other rights (or money) in political bargaining. The majority may then simply pass the law against the interests of the minority, however strong those interests may be. In such cases, we would still explain the law in functional terms but we would consider functionality with respect to the interests of the powerful rather than from a social welfare perspective. The theory of public choice considers possibly dysfunctional political decision making involving lobbying and the like.⁴⁰

The usefulness of understanding law from social welfare hence depends on the area of legislation.

This is well illustrated by the dispute between Ross and Lundstedt, which anticipated Hitler's assumption of power in the same year. Lundstedt had expressed how law is in fact (very often) shaped by a concern for social welfare:⁴¹

»In pure theory it is certainly conceivable that the legislator is steered by a singular person's or a certain class interest, without being aligned with the social interest. But in our day, the pressure from the public on the legislator is much too strong for this to occur except through mistakes or falsifications. Beforehand, one could certainly find laws that catered to the interests of only powerful individuals or of a certain governing class. But today, when the awareness of individuals and the social class has not only awoken but has to a significant degree been educated, and in connection with this, the criticism

39. As there was in fact a contractual relationship between the seller and the broker.

40. James M Buchanan and Robert D Tollison, *Theory of Public Choice: Political Applications of Economics*, Vol. 1, 1972.

41. Lundstedt, *Obligationsbegreppet II*: 1, p. 243, as quoted in Ross, *Realismen i rettsvidenskapen og samfundsnyttekimæren*, SvJ 1933, p. 338.

of the morality of the class-society has become as widespread as it has become vigilant, it is excluded that laws are passed that cannot be motivated vis-a vis the general population as being directly or indirectly in the interest of well-nigh all members of society.«

Ross replied:

»What wonderful faith and shining optimism at a moment where many people are apt to doubt the power which peace holds over people. Lundstedt's view of human beings teaches us that the Nazis and Communists in Germany, should they attain power, will not attempt to utilize the political machinery through legislation in favor of a single class' interests. This must have a reassuring effect on the Jews in Germany to know that in our days, it is »impossible to make laws other than those which appear to have the purpose of benefitting the whole of society.« In fact, it is completely insignificant whether it will be the Nazis or the Communists who will be victorious. The factor, the motive, which will determine the content of the legislation, will - in both cases - be the same: society's prevailing view of public utility. Observe the definite singular which reveals a belief in one simple conception of the social good rather than a plurality of different, incompatible such conceptions (disregarding the question of the justifiability of expressing the real interests in the concept of social utility).«

The dialogue between the two Scandinavian realists was futile; Ross may perhaps have appeared victorious through his sharp logic and irony, and few seem to have understood what Lundstedt was saying, but in fact they were discussing different kinds of legislation.

In my view, Ross failed to appreciate that it can be illuminating to consider law from the perspective of social welfare, even if there is no notion of social welfare which can claim to be the only correct or objective way for a society to reach a decision.

Ross was equally dismissive of the concept of the social welfare *function*, as employed e.g. by the Danish economist Zeuthen, with whom he also had a heated debate. There were (at least) two components in Ross' critique. First, he thought that economists through the use of social welfare functions were hiding their own value judgments behind an apparently scientific or objective standard of social welfare. Second, Ross thought the concepts of utility functions and social welfare functions entailed maximization of incommensurable variables.

I will address these two criticisms in turn. It was particularly important for Ross to preserve the purity of science and to keep value judgments separate from scientific claims. He warned against statements that purported to be objective, but were really based on unspoken value premises. He wanted the lawyer and the economist to acknowledge that

they were not spokesmen for the common good, but technocrats with the task of making clear to those in power what ends could be reached by what means. In the eyes of the present author, Ross' views in this regard remain relevant; scientists sometimes fail to distinguish their personal views from what they can say, more objectively, based on their scientific method. But as far as I can see, Ross failed to understand, despite Zeuthen's attempt to explain it,⁴² that social welfare functions (of the Bergson-Samuelson kind, which Zeuthen referred to) are a way for the researcher to make their normative criteria explicit. For example, a researcher may wish to analyze the consequences of a social preference for equality and then adopt an egalitarian, maybe even Rawlsian, social welfare function. Or the researcher may explore the consequences of assuming total wealth to be the more important concern, by adopting a social welfare function more in line with the maximization of GDP. The social welfare function may even address fairness concerns, e.g. the importance of not sanctioning the innocent (or of sanctioning the guilty). It was hence inconsistent, and probably due to a misunderstanding, for Ross to dismiss the use of social welfare functions, when it was of paramount importance for Ross that researchers should make their normative criteria clear.

As for incommensurability, Ross saw it as a general problem for both individual and social choices, and so he criticized the use of both individual utility functions and social welfare functions. I will address his view of incommensurability in the context of individual utility functions, which is simpler than the context of social choice.

Ross stressed that any decision maker must choose between variables that are not measured along the same, single scale. People do not consider the utility value derived from a pair of shoes and compare it with the utility value of going to the opera, and then choose the higher of the two values. He claimed that the choice is irrational because the goods are incommensurable.

Ross' view must be correct that nobody thinks about choices in the artificial manner of mathematical maximization, but I submit that it still rests on a misunderstanding. Like for the social welfare function, the utility function is only a way of representing a person's preferences. Under certain assumptions concerning the nature of preferences, it is possible to *describe* a person's personal preferences by a utility function, which is a

42. F Zeuthen, Professor Ross om politik og videnskab - samt lidt om nutidig økonomisk velfærdsteori, 92 Nationaløkonomisk Tidsskrift, 1954, p. 36.

mathematical construct that makes it easier to *analyze* what a person will do. To criticize modern choice theory, he would have had to criticize its basic axioms, such as the assumptions that people can rank (all) bundles of goods in a consistent manner.” These assumptions can indeed be put into question, and alternative theories can be based on other axioms, but it was not mainly the difficulty of ranking goods in a consistent manner that Ross addressed, it was the idea of maximization along a singular scale of utility. Put differently, Ross might have rejected conventional theories of choice in economics and game theory by saying that people simply cannot make consistent choices; that their choices do not follow certain underlying preferences, but are more or less arbitrary and irrational. If he had made this kind of incommensurability claim, he would have had to explain how it is that we seem to be able to choose among apparently incommensurable goods every day. A person may well (and even consistently) prefer new shoes or other material goods to going to the opera, if he does not like opera. But what Ross actually claimed was that it is misleading to reduce the choice between opera and new shoes to a maximization choice between different levels of utils. However, there is no claim in rational decision theory that choice takes the form of comparing utils; the comparison arises only as a methodological tool for representing preferences. The psychological process of choice may well involve deeply held values, personal aspirations, and similar factors that seem hard to subsume under the concept of utility; the theory is agnostic about why a person prefers new shoes to an opera performance or vice-versa.

Three claims have been made: First, that Ross failed to appreciate the explanatory power of the various concepts of social welfare. Some laws can indeed be understood from an attempt to create social welfare in the form of e.g. Pareto-efficiency, Kaldor-Hicks efficiency, or the utilitarian optimum. Second, Ross did not realize that social welfare functions of the Bergson-Samuelson kind are analytical devices used to make normative criteria explicit, as prescribed by Ross. Third, Ross' theory of incommensurability apparently rested on a misunderstanding of social welfare functions or utility functions; again, these are analytical devices meant to

43. These axioms are much discussed and especially the concept of rationality under uncertainty is the topic of interesting developments. See e.g. Itzhak Gilboa, *Rationality and the Bayesian Paradigm*, 22 *Journal of Economic Methodology* 2015, p. 312.

describe preferences and are agnostic about what enters into these preferences.

6. On utilitarianism

Ross saw utilitarianism not as a chimera, but as a masquerade for value judgments or hidden interests, whether in the old form of Bentham or in more modern forms such as that of Nelson,⁴⁴ which he analyzed at length in »Kritik Der Sogenannten Praktischen Erkenntnis (1933)«.⁴⁵ While Ross admitted that utilitarianism in the way proposed by Nelson corresponded to common intuitions about fairness or justice, he added that this only made it all the more important for him to refute it.⁴⁶

I shall build my discussion on the version of utilitarianism developed by the Nobel-prize winning economist John Harsanyi, whose work came out about the same time as the Danish version of Ross' book (1953),⁴⁷ and which is similar in spirit to Nelson's, to demonstrate that Ross did not refute utilitarianism, and that utilitarianism remains valuable for the study of law.

The following example illustrates utilitarianism as revived by Harsanyi. Consider two neighbors, one of whom plays loud music in the garden disturbing the other. Assume a police officer is called out and must decide the dispute. Should one neighbor be told to turn down the music or should the other be told to accept the noise? What would be the fair or just outcome? Imagine, first, it is 1 am on a Tuesday morning, the aggrieved party cannot sleep and must get up early in the morning to go to work, and that the noisy neighbor likes to listen to old records.

The officer may perhaps order the music to be turned down to a level such that the neighbor in need of sleep cannot hear it. The basis of the decision, the officer might say, is that the neighbor in need of sleep is the one more strongly affected by the decision. Most people would probably agree with this decision on the part of the police and say that his decision is just or fair. If the police had been called at a Saturday night at 9 pm and

44. Leonard Nelson, *Kritik Der Praktischen Vernunft*, Vol. 1, 1917.

45. Alf Ross, *Kritik Der Sogenannten Praktischen Erkenntnis*, 1933.

46. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 278, 362.

47. John C Harsanyi, *Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-Taking*, 61 *Journal of Political Economy* 1953, p. 434.

had the noise been moderate, and had the purpose of the music been a family gathering, and had there been a promise to end the music at 10 pm, the officer might have allowed it, and this again would be on the basis of a weighing of the utility consequences for the two parties.

The question is why most people would consider these decisions fair. Presumably, the answer is that most people would put themselves in the position of the two neighbors, as the officer likely did, and reach the same conclusion when comparing the strength of the interests. Yet, the conventional wisdom rooted in logical positivism is that interpersonal utility comparisons have no basis, that we cannot compare the parties' interests, as there is no evidence, no sensory data, on which we can base such a comparison. How, then, do we reconcile our everyday use of interpersonal comparisons of utility⁴⁸ and our views on fairness based on such comparisons with their alleged impossibility?

In answering this question, Harsanyi did not deny that it is hard to measure differences in personal utility but he insisted that we can put ourselves in the shoes of others and imagine how they must feel.⁴⁹ He rejected the claim by logical positivism that only objectively verifiable statements have meaning. Listening to music in the night is something we can imagine doing and we can imagine how a music lover might feel about it. Not being able to sleep and having to get up early in the morning is also something we can imagine because we have tried it ourselves. Introspection provides meaningful information. Moreover, Harsanyi stressed that most of us want the same things: a nice place to live, travels, food, beer and wine, the absence of physical pain, etc. Of course, we are also different due to different genes, upbringings, and experiences, but these are factors that we may attempt to take into account as impartial evaluators.^{51'}

One might add to this that we are also not without information about the strength of other people's preferences. In the example, the officer may know the rules governing associations of house-owners (where we would

48. As when Helena in her monologue in *A Midsummer Night's Dream*, Act 1, Scene 1 exclaims: »How happy some over other some can be!«

49. John C Harsanyi, *Bayesian Decision Theory and Utilitarian Ethics*, 68 *The American Economic Review*, 1978, p. 223.

50. An interesting question is the extent to which we can actually imagine how others must feel. Arrow touched on this in K Arrow, *Extended Sympathy and the Possibility of Social Choice*, *The American Economic Review*, 1977, Vol. 67, No. 1.

expect both the interests of music lovers and calm lovers to be represented). Also, the decision made by the officer may be met with consent, even among music lovers and sleep-deniers, which would reinforce the officer's belief in the correctness of his decision. Finally, we do obtain various other kinds of information about strength of preferences; people spend more or less effort to obtain injunctions against noise; we can observe that they sometimes sell to move to a quieter place, doctors can discern the health impact of noise and sleep deprivation, etc.

Also, Harsanyi insisted that although prone to error we have to make choices based on introspection; the officer cannot conclude that interpersonal comparisons are impossible and leave the scene.

Assuming, then, that we can and must put ourselves in the situation of others, Harsanyi conceived the fair outcome as that which we should choose behind a veil of ignorance (a concept that Rawls later adopted). In the example this would imply that the just decision is that which we would make if we attached equal probability to being one or the other neighbor (with their particular characteristics). He showed using a theory of rational choice under incomplete information that we would rationally choose that outcome which maximizes the sum of the two neighbors' utilities. This result gave new life to utilitarianism by providing it with a new foundation. It combines fairness and welfare in a simple solution.

To my knowledge, Ross never commented on this new version of utilitarianism, but he raised two counterarguments, which he saw as decisive against Nelson's similar theory. These two arguments were extracted as the more important ones from Ross' discussion in »Kritik der Sogenannten Praktischen Erkenntnis« (1933).^{1,1}

The first counterargument was that the theory of weighing of interests cannot explain law at a deep level, for it must be determined which interests should be weighed, and this presupposes a legal order, which it was the purpose to explain.² For instance, why would a depositor of a failed bank not want to be repaid ten times his or her deposit; this might be in his or her strong interest. When we do not consider such outcomes, it is because we depart from the rights already given, and proceed to establish what is fair on that basis. But then we can never derive the basics of law, the rights already given, on the same basis for we cannot assume something which should be proven. Ross had again found a circle.

51. I found no other compelling argument in the original text.

52. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 279,363.

This argument is, however, incorrect; the utilitarian optimum is independent of the initial assignment of rights. If, for instance, two persons together possess two goods, the utilitarian optimum is where the sum of the utilities of the two persons is maximized, and this optimum exists regardless of the initial allocation of property rights. It depends only on the preferences of the two people. In the example of the two neighbors, the basic question concerns the determination of the nature of their property rights, and is not based on a preconception of these rights. It is based on utility considerations alone. In the example of the depositor, it is easy to establish the inefficiency of paying depositors more than their deposits when banks fail; such a scheme would fail the test of Pareto-efficiency as described above for the case of contractual relationships (for instance, depositors would flock to failing banks). Such schemes would also fail the utilitarian test, for to pass this test a scheme must first pass the Pareto-test.

Ross' second objection concerned the objectivity of the interest weighed. In Ross' reading, Nelson required each person's interest in an outcome to be weighed by an objective standard, not necessarily equal to how the person values the outcome himself. This criticism does not apply to Harsanyi's theory, however, and so need not occupy us here. In Harsanyi's theory we must try to put ourselves in the position of the other person, as experienced by the other person given his or her special circumstances and characteristics.

In conclusion, Ross did not at all refute utilitarianism, which has received a revival by Harsanyi, and which remains, in my eyes, of immediate interest to law. As with most theories, it provides guidance in some but not all settings;⁵³ in some cases deontological concerns may e.g. be relevant.⁵⁴ Yet, utilitarian considerations are ubiquitous in law; the fair or welfare enhancing weighing of interests is part of law in practice. It lies in this, in my view, that material justice is not an empty concept, as claimed by Ross.⁵⁵ Ussing's words as quoted above may be read not only in the context of Pareto-efficiency, but also in the context of utilitarianism.

53. See e.g. Henrik Lando, *On Utilitarianism as an »Objective« Ethical Norm, and Preferences for Fairness*, ssrn: <http://www.ssm.com/abstract=952467>, 2006.

54. For some more modern views of utilitarianism, see e.g. Amartya Sen, Bernard Williams and Bernard Arthur Owen Williams, *Utilitarianism and Beyond*, 1982.

55. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 351 ff., 268 ff.

7. Summary

The establishment by CBS of an education that combines the integral topics of law and economics was a major accomplishment. However, law and economics is only gradually being accepted in Danish business and legal communities. This article has addressed the suggestion that the reluctant acceptance of law and economics is due to the influence of Alf Ross' legal theory. According to this suggestion, there are two reasons as to why Ross' theory is an impediment to law and economics. The first is that Ross' theory leaves little room for law and economics in the sphere of adjudication, because the theory sees the role of the judge as simply applying rules to actual cases according to a well-established method. The second is that Ross was dismissive of normative concepts that are part of normative law and economics.

As for the first reason, this article has argued that it is not correct to associate Ross with the view that there is little room for law and economics in the sphere of adjudication. Ross emphasized that judges do not mechanically apply sources of law to reach a verdict; they interpret the law to create practical, meaningful outcomes. Ross insisted that in doing so it is useful for them to know how their ruling will affect how people behave. Far from denying a role for law and economics, Ross called for its development.

As for the second reason, Ross was indeed skeptical of the concept of social welfare, and particularly of its utilitarian variant, and it is possible that this skepticism lingers on today. Therefore, it is pertinent to consider its merits. This article has criticized Ross' views in this regard on mainly three counts.

First, he did not seem to appreciate that to understand law, it can be illuminating to consider it in the light of the achievement of some notion of social welfare. For example, civil law can often be understood as achieving Pareto-efficiency.

Second, Ross seems to have misunderstood the researcher's purpose of defining what is meant by social welfare. By so doing, the analyst explicitly states his or her normative criteria. Ross called for such explicitness, but did not see the concept of social welfare as a means that could achieve it. Moreover, researchers rarely believe that their social welfare function is the only correct way of expressing society's preferences. The purpose is to do conditional normative analysis, i.e. to explore the relationship between explicit criteria of the social good, on the one hand, and legal rules or pre-

cedents on the other. The question is not whether one reaches absolute truth by such analysis but whether it is informative.

Third, Ross' criticism of utilitarianism rested on the particular understanding that it could not explain legal entitlements because its optimum relied on an assumption concerning legal entitlements. This is simply incorrect.

I suggest the relevance of this criticism of Ross' theory to the conception of the role of legal science. Ross saw the role of legal science as being purely descriptive (and predictive) in line with his commitment to logical positivism. The role of the legal scientist was to record (and predict) how judges use legal sources to reach their verdicts. Ross added that legal scientists should also analyze the law normatively, since only they understand the law, but they should consider this activity as political rather than scientific.⁵⁶ The question is what is gained by this narrow definition of legal science, when normative analysis can be explicit about its criteria of social welfare, when some laws can be understood in terms of their purpose of creating social welfare, and when judges themselves apply normative frameworks that one must therefore understand to predict what verdicts the judges will reach?³⁷

56. Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959/*Om ret og retfærdighed*, 1971, p. 336-339, 428-431.

57. Gomard made a similar point, see B Gomard, *Ross' Concept of Law Revisited*, *Julebog* 1999, p. 182. Hirshleifer wrote: «There is only one social science», in Jack Hirshleifer, *The Expanding Domain of Economics*, 75 *The American Economic Review*, 1985, p. 53.

Danmark og international handelsret 1917-2017

Professor Peter Amt Nielsen

1. International handelsret 1917-2017

Den internationale handelsret har naturligvis gennemgået en markant udvikling de seneste 100 år i takt med udviklingen i verden. Retsudviklingen er en konsekvens af kontinuerlig og stigende globalisering. For et lille og kommercielt åbent land som Danmark er det afgørende for landets velfærd, at politikere og erhvervsliv tager de muligheder og udfordringer op, som globaliseringen fører med sig.

Det er også vigtigt, at uddannelser har internationalt udsyn. Og her har CBS markeret sig stærkt på den internationale handelsrets område, da Handelshøjskolen i København, som CBS jo hed tidligere, i 1963 oprettede vel nok landets første professorat i international og sammenlignende erhvervsret. Ole Lando bestred professoratet i 30 år og var herefter en meget aktiv professor emeritus de næste 25 år. Han skabte i øvrigt grundlaget for en europæisk kontraktret, jf. afsnit 3.3.'

Den internationale handelsret omfatter tre emner. Det første emne er den internationale kontraktret. Her bruger landene som udgangspunkt lov valgsregler, som foreskriver brug af enten ens egen lov eller fremmed kontraktret. Man kan også udarbejde fælles kontraktretlige regler og derved undgå lovvalget. Det andet emne er den internationale procesret, som handler om, i hvilke lande man kan anlægge en retssag, og om en dom kan anerkendes og fuldbyrdes i et andet land. Det tredje emne er in-

1. Også på andre områder har forskningen på CBS gennem årene bidraget til udviklingen af flere af de internationale regelsæt. Ud over udarbejdelsen af Principles of European Contract Law deltog Ole Lando i forhandlingerne om Unidroits kontraktprincipper og om CISG og været med i forarbejdet til Romkonventionen.

ternational voldgift, hvor virksomheder ved aftale etablerer en privat ret, der afgør parternes tvist. Her opstår både lovvalgsspørgsmålet og spørgsmålet om anerkendelse og fuldbyrdelse også.

Det historiske udgangspunkt i den internationale handelsret er, at staterne har deres egne regler om international kontraktret, international procesret og international voldgift. Der kan naturligvis være store forskelle i staternes regler, f.eks. mellem common law- og civil law-lande.

Allerede tidligt indså man, at vejen frem går gennem internationalt samarbejde, hvor man forsøger at udarbejde og anvende fælles regler. Fælles regler udarbejdes typisk i form af en konvention. I nyere tid er der kommet andre harmoniseringsværktøjer til, f.eks. forordninger og direktiver i EU og såkaldte modellove, som med succes har været anvendt af FN på voldgiftsområdet.

I det følgende redegøres der for de institutionelle rammer for den internationale handelsret i et historisk perspektiv, hvorefter udviklingen inden for international kontraktret, international procesret og international voldgift skitseres. Mens udviklingen i den internationale kontraktret er markant i både i EU-sammenhæng og på globalt plan, er den internationale procesret betydeligt mere avanceret i EU end på det globale niveau. På den anden side er international voldgift udelukkende reguleret ved globale regler.

2. Institutionelle rammer

Der er flere internationale institutioner og organisationer, der gennem det sidste århundrede har arbejdet for at forbedre rammerne for den internationale handelsret. Nogle af de ældste er Haagerkonferencen for International Privatret fra 1893 og the Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) fra 1926.

Efter 2. Verdenskrig blev FN etableret, og i forlængelse heraf kom UNCITRAL til i 1966. UNCITRAL er FN's organ for international handelsret og har udarbejdet flere retsakter af stor betydning for den globale varehandel og international voldgift. Sidst, men ikke mindst, har EF/EU haft enorm betydning for den internationale handelsret i medlemslandene. Fra et dansk perspektiv var det nordiske samarbejde om international privat- og procesret fra 1933 og frem også vigtigt.

2.1. Haagerkonferencen for International Privatret

Haagerkonferencen for International Privatret har til formål at arbejde for progressiv harmonisering af international privat- og procesret. Dens rødder går tilbage til 1893, hvor den første konference blev afholdt på hollandsk initiativ. I tiden op til 2. Verdenskrig blev der afholdt seks konferencer og vedtaget konventioner om hhv. ægteskab (1902), skilsmisse (1902), værgemål (1902) og civilproces (1905) samt to konventioner om hhv. civile rettigheder (1905) og fortolkning af Haagerkonventionerne (1931).² Arbejdet lå stille under 2. Verdenskrig. I 1951 fik organisationen en statut, der fra 1955 gjorde konferencen til en permanent international organisation.

Haagerkonferencen har for tiden 83 medlemsstater, herunder de fleste europæiske stater, bl.a. Danmark. Endvidere er EU medlem. Også ikke-medlemsstater kan deltage i forhandlingerne. Andre internationale organisationer, herunder UNCITRAL, Unidroit og Det Internationale Handelskammer (ICC), har observatørstatus og deltager ofte i forhandlingerne. Konferencens retsakter udarbejdes som konventioner, der er åbne for tiltrædelse for både medlems- og ikke-medlemsstater. Når en konvention er færdigforhandlet, står det staterne frit for, om de vil tiltræde konventionen.

Indtil nu er der i konferencens regi udarbejdet 39 konventioner og ét sæt principper.³ Konventionerne spænder vidt og omfatter både handelsret, familieret, arveret og civilprocessuelle retsforhold. Både Danmark og de andre EU-stater har tiltrådt en række af disse konventioner.

De Haagerkonventioner, der på det handelsretlige område har størst tilslutning fra medlemsstaterne, er konventionerne om civilproces (1954), lovvalget for løsøre køb (1955), forkyndelse (1965), bevisoptagelse (1970), lovvalget for trafikuheld (1971) og lovvalget for produktansvar (1973).⁴

Haagerkonferencen har også udarbejdet to konventioner om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme. Den første fra 1971 blev ikke nogen succes, mens Værnetingsaftalekonventionen fra 2005 er ratificeret af en del lande, jf. afsnit 4.2.

2. Se nærmere Haagerkonferencens hjemmeside: www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions.
3. Se nærmere Haagerkonferencens hjemmeside: www.hcch.net/en/instruments/conventions.
4. Konventioner af hhv. 1. marts 1954, 15. juni 1955, 15. november 1965, 18. marts 1970, 4. maj 1971 og 2. oktober 1973.

Endelig har konferencen vedtaget Haagerprincipperne om partsautonomi i internationale kontrakter, jf. afsnit 3.1.4. Principperne er ikke en konvention, men derimod et regelsæt, der skal inspirere lovgivere. Det er første gang, at konferencen anvender denne form for regelsæt, og arbejdet er inspireret af Unidroits succes med dets principper for internationale kontrakter, jf. afsnit 3.3.

2.2. Unidroit

The International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) blev stiftet i Italien i 1926 i tilknytning til Folkeforbundet, der som bekendt eksisterede fra 1920 til 1946. Unidroit er uafhængig af statsinteresser og arbejder for harmonisering og koordinering af privatret, herunder i særdeleshed handelsretten. Organisationen har for tiden 63 medlemsstater, bl.a. de fleste europæiske stater, herunder Danmark.

Unidroit har udarbejdet en række retsakter med hovedvægt på harmonisering af materiel ret og indeholder kun i mindre omfang lovvalgsregler. De fleste retsakter er traditionelle konventioner, men i de senere år er nye retsakter, herunder såkaldte »principles« kommet til således, at medlemsstaterne står friere med hensyn til hel eller delvis implementering af reglerne.

Unidroit har i årenes løb udarbejdet over 70 retsakter mv., primært konventioner. To vigtige retsakter er konventionerne om hhv. ens regler for indgåelse af aftaler om internationale løsørekøb (ULFC) og ens regler om købeaftalens retsvirkninger mellem parterne (ULIS), som begge er fra 1964, jf. afsnit 3.2.2. Disse to konventioner var i øvrigt grundlaget for udarbejdelsen af FNs konvention om internationale løsørekøb (CISG) i UNCITRALs regi, jf. afsnit 3.2.3. Unidroit stod bl.a. også for forarbejdet til den udbredte CMR-konvention om international vejtransport (1956).¹ Endvidere har Unidroit udgivet »principles« om hhv. internationale kontrakter (1994/2010), jf. afsnit 3.3, og international civilproces (2004).⁶

2.3. Det nordiske samarbejde

De nordiske lande etablerede tidligt et samarbejde dels om kontraktretten, dels om international privat- og procesret.

5. Konvention af 19. maj 1956. Danmark er med i CMR-konventionen, jf. lov nr. 47 af 10. marts 1965.

6. Se nærmere Unidroits hjemmeside www.unidroit.org under »Instruments«.

Norge, Sverige og Danmark indledte i 1901 forhandlinger om at udarbejde fælles aftale- og købelove. Forhandlingerne førte til en harmonisering af køberetten i Skandinavien i perioden 1905-1907. Aftaleretten blev også harmoniseret, hvor de skandinaviske lande fik fælles aftalelove i perioden 1915-1917, jf. afsnit 3.2.1.

Det nordiske samarbejde på den internationale privat- og procesrets område blomstrede op 1930-erne, hvor der blev indgået konventioner om ægteskab, adoption og værgemål (1931), underholdsbidrag (1931), anerkendelse og fuldbyrdelse af domme (1932), konkurs (1933) og arv og dødsboskifte (1934).⁷ Konventionerne blev til på grundlag af et tæt samarbejde baseret på kendskab til og forståelse for både de materielle og internationale privat- og procesretlige regler i de nordiske stater.

Samarbejdet er stadig i kraft, men mange af konventionerne er i dag erstattet af nye regelsæt, navnlig fra EU, jf. afsnit 2.5, som Sverige og Finland deltager i som fuldgældende medlemmer, mens Danmark på grund af forbeholdet over for EU's civilret kun er med i nogle retsakter. Norge og Island er med i EU-EFTA-samarbejdet om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme i civile og kommercielle sager, jf. afsnit 4.1.2

2.4. UNCITRAL

FN's Komité for International Handelsret (UNCITRAL) blev etableret i 1966 i erkendelse af, at forskelle i national ret på den internationale handels område skaber handelsbarrierer. Komitéen arbejder derfor for at forbedre vilkårene for den internationale handel ved at nedbringe eller afskaffe sådanne barrierer gennem harmonisering.⁸

UNCITRAL har 60 medlemsstater, der vælges af FN's generalforsamling for en periode på seks år. Medlemmerne udpeges sådan, at der opnås en bred regional repræsentation og således, at de vigtigste økonomiske og juridiske systemer har sæde i komitéen. For tiden er der nedsat seks arbejdsgrupper, som arbejder med mikro-, små og mellemstore virksomheder, international handelsvoldgift og mægling, investeringstvister mellem stater og investorer, e-handel, sikkerhedsrettigheder og insolvensret.

UNCITRAL står bag en række vigtige retsakter på den internationale handelsrets område. På voldgiftsområdet er UNCITRAL ledende, hvor grundlaget blev lagt ved New York-konventionen fra 1958 om anerken-

7. Konventioner af hhv. af 6. februar 1931, 10. februar 1931, 16. marts 1932, 7. november 1933 og 19. november 1934.

8. Resolution 2205 (XXI) af 17. december 1966.

delse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser, jf. afsnit 5.1.2. Konventionen suppleres af en række retsakter fra UNCITRAL, hvor modelloven om international handelsvoldgift fra 1985 er central. Den har efterhånden opnået meget stor udbredelse, jf. afsnit 5.1.4. Endvidere har UNCITRAL udarbejdet centrale dokumenter på kontraktrettens område, hvor især konventionen fra 1980 om aftaler om internationale køb (CISG) har opnået særdeles stor tilslutning, jf. afsnit 3.2.3. Hertil kommer bl.a. modellove om international konkurs (1997), e-handel (1996), elektroniske underskrifter (2001) og konventionen om forældelse i internationale løsørekøb (1974) med protokol (1980) mv.⁹

2.5. EU's civilretlige samarbejde

EU's civilretlige samarbejde startede i 1968. Frem til 1999 skete samarbejdet gennem konventioner udarbejdet med hjemmel i den daværende EF-traktats art. 220.

For erhvervslivet var de to vigtigste konventioner EF-Domskonventionen fra 1968 (Domskonventionen) og EF-konventionen om lovvalget for kontraktlige forpligtelser fra 1980 (Romkonventionen), som blev gennemført i dansk ret i hhv. 1986 og 1984.¹⁰ Den førstnævnte konvention regulerede domstolenes internationale kompetence samt anerkendelse og fuldbyrdelse af domme i civile og handelsmæssige sager, mens den sidstnævnte regulerer lovvalget for kontrakter. Hertil kom Luganokonventionen fra 1988, som udstrakte det ved Domskonventionen etablerede samarbejde til EFTA-landene." Endelig blev der også udarbejdet to konventioner i hhv. 1996 og 1997 om konkurs og skilsmisse, som dog ikke nåede at blive gennemført af medlemsstaterne.

I 1999 blev det institutionelle grundlag for samarbejdet ændret markant ved Amsterdam-traktaten, der medførte, at reglerne nu kunne udarbejdes som almindelige EU-forskrifter, dvs. som forordninger og direktiver. Denne ændring havde stor betydning for det civilretlige samarbejde i EU, dels fordi reglerne nu kunne laves som forordninger, der modsat konventioner ikke skal implementeres i national ret, men gælder direkte og umiddelbart, dels fordi EU-kommissionen i 1999 havde iværksat et

9. Se nærmere UNCITRALs hjemmeside: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html.

10. Konvention af 27. september 1968 og lov nr. 325 af 4. juni 1986 samt konvention af 19. juni 1980 og lov nr. 188 af 9. maj 1984.

11. Konvention af 16. september 1988, nu konvention af 30. oktober 2007.

enormt lovgivnings- og reformarbejde på området. Det civilretlige samarbejde blev hermed effektiviseret og »europæiseret«.

Der er efterhånden tale om en samlet og omfattende lovgivningspakke, der dækker de fleste områder af betydning for EU's erhvervsliv og borgere. Mens udviklingen af det civilretlige samarbejde skete langsomt, men sikkert i perioden 1968-1999, hvor der på en periode på over 30 år blev udarbejdet fem og gennemført tre konventioner, blev der med Kommissionens ambitiøse handlingsplan fra 1999 »sat turbo« på det civilretlige samarbejde.¹²

I perioden 1999-2017 har EU således vedtaget og gennemført en lang række retsakter: 1) Forkyndelsesforordningen fra 2000 som revideret i 2007, 2) Domsforordningen fra 2001 som revideret i 2012, 3) Bruxelles IIa-forordningen om skilsmisse, forældremyndighed og bømbortførelser fra 2000 som ændret i 2003, 4) Konkursforordningen fra 2000 som revideret i 2015, 5) Bevisoptagelsesforordningen fra 2001, 6) Retshjælpsdirektivet fra 2003, 7) Fuldbyrdelsesordreforordningen fra 2004, 8) Betalingspåkravsprocedureforordningen fra 2006, 9) Småkravsforordningen fra 2007, 10) Rom II-forordningen om lovvalget for erstatningskrav fra 2007, 11) Mæglingsdirektivet fra 2008, 12) Rom I-forordningen om lovvalget for kontrakter fra 2008, 13) forordningerne om bilaterale aftaler om lovvalgsregler og bilaterale familieretlige aftaler fra 2009, 14) Underholdsbidragsforordningen fra 2009, 15) Rom III-forordningen om lovvalget i skilsmissegager fra 2010, 16) Arveretsforordningen fra 2012, 17) Kontosikringsforordningen fra 2014 og 18) forordningerne om formueforholdet for ægtefæller og registrerede partnere fra 2016.¹³ Enkelte af regelsættene (nr. 15, 16 og 18) er udarbejdet som led i et forstærket samarbejde og gælder derfor ikke i alle medlemslandene.

Det er værd at notere sig, at harmoniseringen hovedsageligt er sket gennem forordninger i stedet for direktiver, hvorfor harmoniseringen er særdeles effektiv. Hertil kommer omfanget af harmoniseringen, som dækker alle områder af civilretlig betydning i medlemslandene. EU har

12. EFT C 19 af 23. januar 1999, s. 1 og 10.

13. Forordningerne nr. 1338/2000 og 1393/2007, 44/2001 og 1215/2012, 1347/2000 og 2201/2003, 1346/2000 og 848/2015, 1206/2001, direktiv 8/2003, forordningerne 805/2004, 1896/2006, 861/2007, 864/2007, direktiv 52/2008, forordningerne 593/2008, 662/2009 og 664/2009, 4/2009, 1259/2010, 650/2012, 655/2014 og 1103/2016 samt 1104/2016.

derfor på under 20 år skabt en sammenhængende og omfattende fælles, international civilretlig lovgivning, hvilket er imponerende.

Enkelte medlemsstater deltager ikke i det nye EU-samarbejde, som i øvrigt kan fejre 20 års jubilæum den 1. maj 2019. Storbritannien og Irland står uden for det retlige samarbejde og hermed også det civilretlige samarbejde på grund af modstand mod EU's harmonisering af flygtninge- og asylpolitikken. De pågældende lande kan dog vælge at deltage i en konkret retsakt ved en såkaldt »opt-in«-erklæring, dvs. en tilvalgsordning, hvorefter disse lande frit kan vælge hvilke retsakter, de gerne vil være med i. Noget andet er, at Storbritannien den 23. juni 2016 besluttede at forlade EU efter en folkeafstemning. Denne »Brexit« skal være på plads senest den 29. marts 2019.

Også Danmark står uden for det retlige samarbejde som følge af de fire forbehold fra Edinburgh-aftalen i 1993, som var en konsekvens af det danske nej til Maastricht-traktaten i 1992. Det danske forbehold har imidlertid ikke en opt-in-klausul, hvorfor Danmark ikke ensidigt har mulighed for at deltage i samarbejdet. Da Storbritannien og Irland gennem årene har udnyttet deres opt-in-mulighed for stort set alle civilretlige retsakter, er Danmark i praksis det eneste medlemsland, der står uden for samarbejdet.

Skal Danmark med i EU's civilretlige samarbejde, kræves det, at det civilretlige forbehold ophæves. Det var og er den almindelige opfattelse, at dette kun kan ske efter en folkeafstemning. Frem til 2015 syntes en sådan afstemning at stå nederst på den danske EU-dagsorden.

Som konsekvens heraf søgte man fra dansk side i slutningen af 1990'erne efter en nødløsning, der består i, at EU og Danmark indgår folkeretlige aftaler, hvorefter en bestemt civilretlig retsakt gælder mellem Danmark og de øvrige medlemsstater på folkeretligt grundlag.¹⁴ Sådanne »parallel-aftaler« kan indgås med respekt af forbeholdet, der jo går på overførelse af kompetence og ikke reglernes indhold. Danmark har imidlertid ikke krav på sådanne aftaler, og det er op til de andre medlemslande og Kommissionen at vurdere, i hvilket omfang sådanne aftaler bør indgås.

I 1999 bad Danmark om parallelaftaler i forhold til Domsforordningen, Forkyndelsesforordningen, Insolvensforordningen og Skilsmisseforordningen. Kommissionen og de andre medlemslande meddelte imidlertid, at Danmark kun kunne få parallelaftaler på områder, hvor der i forvejen

14. Allan Philip og Peter Amt Nielsen, *EU-ret & Menneskeret* 1999, s. 219-234.

eksisterede et samarbejde mellem EU og Danmark. Det førte til en parallelaftale om Domsforordningen og Forkyndelsesforordningen og senere Underholdsbidragsforordningen, men heller ikke mere.”

Trods parallelaftalerne, der har afbødet de værste konsekvenser af det retlige forbehold for erhvervslivet, er det klart, at Danmark ikke i længden kan leve med at være det eneste medlemsland, der i praksis står uden for EU's civilretlige samarbejde. Det er nok på den baggrund, at der blev udskrevet en folkeafstemning om det retlige forbehold i 2015. Befolkningen skulle stemme om, hvorvidt forbeholdet skulle fastholdes eller udskiftes til en tilvalgsordning efter irsk og britisk forbillede. Resultatet af afstemningen blev, at forbeholdet fra 1993 står fast. Det kan altså fejre 25 års jubilæum i 2018.

3. International kontraktret

Som anført i afsnit 1 omfatter den internationale kontraktret: 1) lovvalgsreglerne, dvs. de regler, der i internationale sager peger på det lands lov, som kontrakten er reguleret af, 2) fælles kontraktretlige regler mellem to eller flere stater, og 3) internationale kontraktprincipper, dvs. den såkaldte *lex mercatoria*.

3.1. Lovvalgsreglerne for kontrakter

Indtil midten af det 19. århundrede blev internationale kontrakter typisk indgået mellem parter, som mødtes fysisk på handelspladser, hvorfor lovvalget, der var ulovreguleret, skete til fordel for indgåelsesstedets lov.

Herefter fulgte en teknologisk og samfundsmæssig udvikling, som gjorde, at »tiden og stedet« for kontraktens indgåelse gik i opløsning. Udviklingen af post- og telegrafvæsenet, telefonens fremkomst mv. gjorde, at kontrakter nu kunne indgås mellem parter, der på indgåelsestidspunktet befandt sig i forskellige lande. Lovvalget skiftede herefter til debitors lov.

I 1930'erne fik den individualiserende metode fodfæste i retspraksis i fransk, tysk, engelsk og amerikansk ret. Metoden går ud på, at kontrakten

15. Aftaler af 19. oktober 2005 mellem EU og Danmark om hhv. domstolenes internationale kompetence samt om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser mv. på det civil- og handelsretlige område og om forkyndelse af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager.

er underlagt loven i det land, som den har den nærmeste tilknytning til. Også i Danmark blev metoden anvendt af domstolene, bl.a. i de såkaldte »guldværdi-klausulsager«.¹⁶

Partsautonomien, dvs. det forhold, at parterne kan aftale den lov, som kontrakten skal være underlagt, har været anerkendt i retspraksis i de fleste stater siden slutningen af det 19. århundrede. Metoden fik for alvor sit gennembrud i det 20. århundrede. Dette var også tilfældet i Danmark.¹⁷

3.2.2. Haagerkonventionen 1955

Den første konvention med fælles lovvalgsregler for kontrakter var nok Haagerkonventionen fra 1955 om lovvalget for kontrakter om løsøre.¹⁸ Konventionen, som Danmark ratificerede i 1964, gælder også i Sverige, Norge og Finland samt Frankrig, Italien, Schweiz og Niger. Regelsættet tillader partsautonomi, jf. art. 2. I mangel af et aftalt lovvalg er købeaftalen som hovedregel automatisk underlagt sælgers lov, jf. art. 3. Der er tale om faste lovvalgsregler.

3.2.2. Romkonventionen 1980

Et gennembrud i kampen for at få harmoniseret lovvalget for kontrakter kom i 1980 i det daværende EF, hvor Romkonventionen om lovvalget for kontraktlige forpligtelser blev underskrevet efter flere års forarbejde.¹⁹ I løbet af de næste knap 15 år blev konventionen gennemført i alle medlemslandene. I Danmark blev den gennemført allerede i 1984 og med tilbagevirkende kraft, fordi dens regler var i god overensstemmelse med dansk ret.²⁰ Selv om konventionen, der gælder for alle typer af kontrakter, harmoniserede kontraktstatutet, tillader den medlemsstaterne at være

16. Ole Lando, *Kontraktstatutet*, 1962 (Lando), s. 34 f., 62 ff., 98 ff., 127 ff. og 259 ff. Se U 1935.82 H og U 1939.296 H.

17. Lando, s. 34 f., 62 ff., 98 ff. og 127 ff. Se f.eks. allerede U 1897.689 H, U 1899.995 LSHD og U 1918.426, jf. U 1917.563 H.

18. Konvention af 15. juni 1955, gennemført i dansk ret i 1964, jf. nu lovbekg. nr. 722 af 24. oktober 1986.

19. Konvention af 19. juni 1980 og lov nr. 188 af 9. maj 1984. Arbejdet startede i 1969, hvor en ekspertgruppe blev etableret. Gruppens udkast til konvention var klar i 1972 og blev behandlet på en konference i København, jf. Ole Lando, Bernd von Hoffmann og Kurt Siehr, *European Private International Law of Obligations*, 1975.

20. Art. 5 og 6, som beskytter forbrugere og arbejdstagere, blev dog ikke givet tilbagevirkende kraft.

med i andre konventioner med lovvalgsregler for kontrakter. Det betyder, at f.eks. Danmark kan bevare Haagerkonventionen for løsørekontrakter som en *lex specialis*, mens alle andre kontrakter er underlagt Romkonventionen.

Romkonventionen var nyskabende på flere områder.

For det første var konventionen den første konvention med lovvalgsregler, der skal beskytte svage parter, dvs. forbrugere og arbejdstagere, jf. art. 5 og 6. Beskyttelsen for forbrugerkontrakter består dels i, at forbrugers lov gælder for kontrakten, hvis der ikke er aftalt et lovvalg, dels i at de præceptive regler i forbrugers lov ikke kan udelukkes, hvis der er aftalt et lovvalg. Typisk ser man jo, at den erhvervsdrivendes lov gælder for kontrakten ifølge dennes standardvilkår. Art. 5 gælder ikke for alle kontrakter, men kun visse kontrakter, som hovedsageligt er karakteriseret ved, at den erhvervsdrivende retter henvendelse til forbrugeren i forbrugers bopælsland, dvs. foretager reklamering i forbrugers land eller retter særskilt henvendelse til forbrugeren i dennes bopælsland. Reglen er udarbejdet i slutningen af 1970'erne, men den kan efter sin ordlyd sagtens dække handel over internet. I 2008 blev ordlyden dog ændret, så det klart fremgår, at reglen gælder for internethandel.

For det andet hjemler Romkonventionen nærmest ubegrænset partsautonomi, jf. art. 3. Parterne kan således frit foretage et lovvalg, herunder aftale anvendelse af loven i et land, som kontrakten ikke har nogen tilknytning til, lovvalget kan ændres, og det kan opdeles. Den ubegrænsede partsautonomi skal navnlig ses i lyset af, at konventionen jo netop har regler, der beskytter svage parter, dvs. art. 5 og 6 for hhv. forbruger- og arbejdskontrakter. Hertil kommer art. 3, stk. 3, som skal sikre, at parterne ikke misbruger den ubegrænsede partsautonomi til at komme uden om præceptive regler i et land, som kontrakten, bortset fra lovvalgsaftalen, udelukkende har tilknytning til.

For det tredje har Romkonventionen et sofistikeret system for lovvalget, hvor parterne ikke har aftalt det, jf. art. 4. Udgangspunktet er, at kontrakten er underlagt loven i det land, som den har sin nærmeste tilknytning til, jf. art. 4, stk. 1. Da dette jo er et bredt skøn, indeholder art. 4, stk. 2-4, formodningsregler, der skal sikre en vis grad af forudsigelighed. Efter art. 4, stk. 2, formodes kontrakter i almindelighed at have den stærkeste tilknytning til det land, hvor kontraktens realdebitor har sin bopæl. Når man har anvendt den relevante formodningsregel, fastsætter art. 4, stk. 5, at der skal ses bort fra formodningsreglen, hvis det viser sig, at kontrak-

ten har en stærkere tilknytning til et andet land, i hvilket tilfælde kontrakten er underlagt loven i dette andet land.

For det fjerde regulerer Romkonventionens art. 7 forholdet til internationalt præceptive regler. Disse regler er kendetegnet ved, at de skal anvendes, selv om kontrakten er underlagt fremmed ret. Art. 7, stk. 2 bestemmer, at konventionen ikke medfører begrænsninger i medlemsstaternes ret til at fastsætte egne internationalt præceptive regler og anvende dem, hvis der er konflikt med regler i kontraktens lov. Dette var og er ukontroversielt. Art. 7, stk. 1, regulerer derimod anvendelse af internationalt præceptive regler i et andet land, som sagen har nær tilknytning til, dvs. regler i et andet land end forumstaten og kontraktens lov. Den regel var og er til gengæld kontroversiel på grund af dens skønsmæssige karakter, hvorfor det blev bestemt i Romkonventionen, at medlemslandene kunne tage forbehold over for den. Efter art. 7, stk. 1, kan der tages hensyn til internationalt præceptive regler i et andet land, som sagen har nær tilknytning til, og ved afgørelse heraf skal der tages hensyn til reglernes art og formål og til følgerne af, at de anvendes eller ikke anvendes. Tyskland, Storbritannien og Portugal tog oprindeligt forbehold over for art. 7, stk. 1.

3.1.3. *Rom I-forordningen 2008*

Navnlig utilfredshed med det sofistikerede system i Romkonventionens art. 4 førte til forhandlinger i EU om nye lovvalsregler for kontrakter, som skulle erstatte konventionen. Fra flere sider blev art. 4 kritiseret for at være for fleksibel, og domstolene udnyttede nok denne fleksibilitet til at vælge deres egen lov i stedet for fremmed ret.

Forhandlingerne førte i 2008 til vedtagelsen af Rom I-forordningen om lovvalget for kontraktlige forpligtelser (Rom I).²¹ Rom I gælder for kontrakter indgået efter den 17. december 2009, mens Romkonventionen gælder for kontrakter indgået frem til denne dato. Forordningen har stort set de samme regler som konventionen, men den adskiller sig i forhold til art. 4 om lovvalget, hvor parterne ikke har aftalt det, og art. 7, stk. 1, om anvendelse af internationalt præceptive regler i et andet land. Forordningen gælder ikke i Danmark på grund af det danske forbehold over for EU's retlige samarbejde.

21. Forordning nr. 593/2008. Se herom f.eks. Ole Lando og Peter Arnt Nielsen, *Common Market Law Review* 2008, s. 1687-1725.

Art. 4 i Rom I gør op med fleksibiliteten i konventionen. Bestemmelsen indeholder således to lovvalgsregler, hvor der ikke er mulighed for at foretage et skøn over kontraktens tilknytning. Art. 4, stk. 1, indeholder en liste over forskellige kontrakttyper, og for hver af disse er der fastsat en fast tilknytningsfaktor. For løsørekontrakter anvendes sælgerens lov, for tjenesteydelser tjenesteyderens lov etc. Efter art. 4, stk. 2, er kontrakter, der ikke er på listen i art. 4, stk. 1, underlagt loven i realdebitors land. For kontrakter, der hverken er på listen i art. 4, stk. 1, eller hvor realdebitor ikke kan fastlægges, gælder dog stadig princippet om den nærmeste tilknytning. Som led i et kompromis blev det bestemt, at de faste lovvalgsregler i art. 4, stk. 1 og 2 kan fraviges, hvis det fremgår af alle sagens omstændigheder, at aftalen har åbenbart nærmere tilknytning til et andet land. I så fald finder loven i dette andet land anvendelse.

Rom I adskiller sig også fra Romkonventionen i forhold til internationalt præceptive regler i et andet land end forumstaten og kontraktens lov, jf. konventionens art. 7, stk. 1. Storbritannien foreslog under forhandlingerne om Rom I, at art. 7, stk. 1, skulle ophæves, men det blev ikke støttet af andre. I stedet fokuserede arbejdsgruppen på at gøre art. 7, stk. 1, mere skarp. Resultatet blev art. 9, stk. 3, hvorefter en domstol kan anvende internationalt præceptive regler i det land, hvor kontrakten skal opfyldes, hvis disse regler gør opfyldelsen ulovlig. I modsætning til konventionens art. 7, stk. 1, er det nu afgjort, at det er de internationalt præceptive regler i opfyldelsesstaten, der kan anvendes, og at de kun kan det, hvis disse regler gør opfyldelsen ulovlig.

I forbindelse med forhandlingerne om forslaget til Rom I kom Kommissionen med et nyskabende forslag, hvorefter parterne kunne aftale anvendelse af internationalt anerkendte kontraktprincipper i stedet for national ret. Forslaget, der tydeligvis var inspireret af muligheden for at anvende *lex mercatoria* i voldgift, jf. f.eks. modellovens art. 28(1), jf. afsnit 5.1.4, fik dog ikke opbakning fra medlemslandene.

3.1.4. Haagerkonferencens Principper 2015

Den seneste udvikling af kontraktstatuttet er sket gennem Haagerkonferencen for International Privatre, som i 2015 vedtog et sæt principper om lovvalget for internationale kontrakter (Principperne). Formålet med Principperne er at styrke partsautonomien i internationale kontrakter og sikre, at parternes aftalte lovvalg respekteres af domstole og voldgiftsret-

ter.²² De udtrykker internationalt anerkendte principper for partsautonomi og kan anvendes af både lovgivere, domstole og voldgiftsretter mv. I modsætning til Rom I tillader Principperne, jf. art. 3, at parterne aftaler anvendelse af *lex mercatoria*, medmindre forumstatens lov udelukker det. Bortset herfra bygger Principperne i vidt omfang på reglerne om partsautonomi i Rom I.

3.2. Kontraktretten

Målet med den internationale kontraktret er at opnå fælles materielle regler i stedet for lovvalgsregler. Fra et dansk perspektiv startede harmoniseringen med et samarbejde mellem de skandinaviske lande i 1901.¹ international sammenhæng tog Unidroit initiativet til fælles regler på køberettens område i 1931, mens det globale gennembrud kom i 1980 gennem UNCITRAL. Igennem 1980- og 1990'erne kom anvendelsen af *lex mercatoria* for alvor på banen i internationale voldgiftssager, og siden midten af 1990'erne har dette retsområde oplevet en betydelig øget interesse som konsekvens af den stigende globalisering.

3.2.2. De fællesnordiske aftale- og købelove

Det er bemærkelsesværdigt, at Norge, Sverige og Danmark i 1901 indledte forhandlinger om at udarbejde fælles aftale- og købelove. Resultatet heraf blev i første omgang en harmonisering af køberetten i perioden 1905-1907.²³ Finland havde på dette tidspunkt ikke en købelov, men gældende ret var i tråd med de fællesnordiske regler. I 1922 fik Island en købelov baseret på den danske købelov. Aftaleretten blev også harmoniseret, hvor de skandinaviske lande fik fælles aftalelove i perioden 1915-1917.²⁴

I starten af 1970'erne kom der fokus på forbrugerbeskyttelse, hvorefter de norske og danske købslove tog højde herfor gennem særregler for forbrugere placeret i købelovene, mens Sverige vedtog en særskilt forbruger købelov (konsumentköplag) i 1973. Efter fremkomsten af CISG, jf. afsnit 3.2.3, blev det i 1984 foreslået at lave nye fællesnordiske købelove ba-

22. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, adopted on 19 March 2015.

23. For Danmark, lov nr. 102 af 24. april 1906.

24. For Danmark, lov nr. 242 af 8. maj 1917.

seret på denne konvention.²³ Det førte til nye købelove i Finland (1987), Norge (1988), Sverige (1990) og Island (2001), men ikke i Danmark.

De fællesnordiske aftaleretlige love står stadig stort set uforandret. Den eneste væsentlige nyskabelse er generalklausulen i aftalelovens § 36 fra 1975, hvorefter en aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende.

3.2.2. *ULCFogUUS*

Historisk set har det altid været svært at harmonisere den egentlige kontraktret på globalt plan. Oprindeligt kom ideen og forarbejdet hertil fra en tysk professor, Ernst Rabel, der i sit store værk fra 1936, *Das Rechts des Warenkaufs*, sammenlignede flere landes køberet. Han havde allerede i 1931 fået Unidroit til at igangsætte et forsøg på at få lavet en fælles, international aftale- og køberet, som imidlertid stoppede i 1935. Ernst Rabel emigrerede til USA i 1939.

Efter 2. Verdenskrig arbejdede Unidroit videre med projektet, hvorefter konventionerne om hhv. ens regler for indgåelse af aftaler om internationale løsøre køb (ULFC) og ens regler om købeaftalens retsvirkninger mellem parterne (ULIS) blev underskrevet i 1964.²⁶ De var dog ikke nogen større succeser, bl.a. fordi de var inspireret af vesteuropæisk tankegods og derfor ikke havde nogen større global tiltrækningskraft i 1960- og 1970'erne, der var præget af bl.a. afkolonialisering.²⁷

3.2.3. *CISG*

Allerede i 1968 besluttede UNCITRAL sig derfor for at prøve at lave en samlet konvention med bredere appel. Det lykkedes i 1980, hvor FN's konvention om internationale køb (CISG) blev underskrevet.²⁸ Ifølge konventionens præambel er dens formål at bidrage til fjernelse af retlige hindringer i den internationale handel og fremme handelens udvikling. Det gør konventionen ved at fastsætte fælles regler dels for købeaftalens ind-

25. NU 1984:5 Nordiska kopiagar.

26. Konventioner af 1. juli 1964.

27. ULFC og ULIS blev ratificeret/tiltrådt af Belgien, Gambia, Holland, Israel, Italien, Luxembourg, San Marino, Storbritannien og Tyskland.

28. Konvention af 11. april 1980. CISG står for the Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

gåelse (aftaleret), dels for køkets retsvirkninger mellem køber og sælger (køberet).

De aftaleretlige regler i CISG angår kun spørgsmålene om tilbud og accept og har f.eks. ikke regler om ugyldighed mv. De køberetlige regler dækker derimod stort alle spørgsmål, der kan opstå mellem køber og sælger og minder meget om den danske købelov. Til forskel fra købeloven sonderer CISG ikke mellem species- og genussalg, og der gælder et force majeure ansvar for begge typer af salg.

CISG er en meget stor succes, da 87 stater har ratificeret eller tiltrådt konventionen, herunder USA, Kina, Rusland og Brasilien.²⁹ Også Danmark, de nordiske lande og alle EU-landene, på nær Storbritannien, Irland og Malta, er med i konventionen.³⁰ De lande, der er med i CISG, står for over 3/4 af verdenshandelen.

Der er flere grunde til, at CISG er en succes. Dels var behovet stort, dels indeholder konventionen en række forbehold, som gør det lettere for stater at ratificere eller tiltræde konventionen. De nordiske stater tog oprindeligt to forbehold under CISG.

Det første forbehold var et art. 92-forbehold, hvorefter CISG del II ikke skal gælde. Forbeholdet betød, at de nordiske stater ikke var med i CISG's regler om aftalens indgåelse, men kun i CISG del III om køberetten. Baggrunden for dette forbehold var, at man i sin tid fandt, at de aftaleretlige regler i for høj grad var inspireret af common law og dermed afveg fra de nordiske aftaleregler. I skarp kontrast hertil står, at hverken Irland eller Storbritannien er med i CISG overhovedet, navnlig fordi de finder de køberetlige regler for stærkt præget af civil law. Danmarks art. 92-forbehold har været udsat for en del kritik og blev med rette ophævet i 2011.³¹

Det andet forbehold er nabostatsforbeholdet. Ifølge CISG art. 94, kan to eller flere stater, som har samme eller nært beslægtede regler på områder dækket af CISG, erklære, at CISG ikke gælder, når parterne har forretningssted i disse stater. Forbeholdet indebærer, at intemordiske køb er underlagt forumstatens lovvalgsregler, der ofte vil pege på sælgers lov. F.eks. er en købeaftale mellem en dansk sælger og en svensk køber typisk underlagt dansk ret (dvs. aftaleloven og købeloven).

Nabostatsforbeholdet skyldes de fællesnordiske købe- og aftalelove fra hhv. 1905-1907 og 1915-1917. Noget andet er jo, at Sverige, Norge og Fin-

29. Se en opdateret liste på www.uncitral.org.

30. For Danmarks vedkommende lov nr. 733 af 11. april 1988.

31. Lov nr. 1376 af 28. december 2011.

land i løbet af 1990-eme fik nye købelove, der afviger en del fra den oprindelige fællesnordiske købelov, jf. afsnit 3.2.1.³² Man kan på den baggrund i dag sætte spørgsmålstegn ved nabostatsforbeholdets fortsatte berettigelse. Hertil kommer, at det formentlig er lettere for nordiske virksomheder at sætte sig ind i CISG i stedet for f.eks. finsk, dansk eller svensk lovgivning om køb.

3.3. Lex mercatoria

De nationale retssystemer er udformet med henblik på at regulere nationale retsforhold, hvorfor de ikke altid tager hensyn til de særlige forhold i international handel, hvor der længe har været handelssædvaner mv. udviklet i overensstemmelse med den internationale handels særlige behov. Det er navnlig tilfældet inden for søretten, hvor der igennem århundreder har eksisteret en international *lex mercatoria*, dvs. en fælles og international »pakke« af sædvaner og kodificerede principper.

I det enkelte retsforhold vil anvendelsen af *lex mercatoria* skabe balance mellem parterne, dels fordi ingen af dem vil have den særlige fordel, at tvisten er underlagt den pågældende parts nationale lov, dels fordi *lex mercatoria* bygger på principper, der i størst muligt omfang er fælles for de fleste retssystemer eller internationalt anerkendte. Hertil kommer, at indholdet af *lex mercatoria* nogle gange kan være lettere tilgængeligt end national ret.

Lex mercatoria fik en renaissance igennem 1970- og 80'erne, hvor det i stigende grad blev accepteret, at voldgiftsretter kan afgøre en tvist efter *lex mercatoria* i stedet for national ret. Gennembruddet kom i 1985 med art. 28(1) i modelloven for voldgift, som tillader parterne at aftale »de retsregler«, som deres kontrakt skal være underlagt. Udtrykket »de retsregler« sigter netop til *lex mercatoria*. Det er endvidere internationalt anerkendt, at en voldgiftskendelse ikke kan tilsidesættes som ugyldig eller nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, alene fordi voldgiftsretten anvendte *lex mercatoria* ved afgørelse af tvisten enten i overensstemmelse med parternes aftale eller fordi parterne ikke aftalte lovvalget. Dette følger dels af national retspraksis, bl.a. i Østrig, Frankrig og England, dels af ILA's 1992 Resolution.³³

32. Mens Finland og Sverige i hhv. fik love baseret på betænkningen Nordiska Köplagar, NU 1984:5, blev norsk køberet baseret på CISG.

33. Rivkin, *Journal of International Arbitration* 1993/9, s. 67. Jf. bl.a. *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft v. Ras Al Khaimah National Oil Co and Shell Inter-*

I dag består *lex mercatoria* af fælles og internationalt anerkendte principper, f.eks. 1) parterne har aftalefrihed, 2) aftaler skal holdes (*pacta sunt servanda*), 3) ved langvarige kontrakter kan forholdene og aftalen ændres (*rebus sic stantibus*), 4) kontrakter skal opfyldes i god tro, 5) den ene parts misligholdelse kan fritage den anden part for sine forpligtelser (*exemptio non adimplenti contractus*), 6) der gælder en almindelig reklamationspligt, 7) både objektiv og formålsbestemt kontraktfortolkning og fortolkningsmaksimen *in dubio contra stipulatorem* kan anvendes, og 7) i almindelighed gælder der et kontrolansvar, hvorefter en part ikke er erstatningsansvarlig for tab som følge af forhold uden for hans kontrol, når han på tidspunktet for aftalens indgåelse ikke med rimelighed kunne forventes at have taget hindringen i betragtning.

En anden del af *lex mercatoria* er kodificerede internationale sædvaner, almindeligt udbredte standardkontrakter og ofte anvendte kontraktvilkår. Især ICC har udført et stort arbejde på dette område ved udarbejdelsen af ICC Incoterms, hvorefter klausuler som CIF og FOB gives et ensartet indhold, og ICC Documentary Credit med fælles *remboursregler*.³⁴

Endvidere har fremkomsten af Unidroit Principles of International Commercial Contracts fra 1994 (Unidroit Principles, senest revideret i 2016) og Principles of European Contract Law (PECL) fra 2000/2003 haft stor betydning for *lex mercatoria*. PECL blev udarbejdet i perioden 1980-2003 af en arbejdsgruppe under ledelse af professor Ole Lando fra CBS.³⁵ modsætning til de hidtil omtalte dele af *lex mercatoria* er der her tale om skrevne, udførlige regelsæt, der har et bredt sigte. PECL kan således f.eks. bruges som kontraktens lov i en konkret tvist, men principperne har også været anvendt af lovgivere, der ønskede at modernisere deres nationale kontraktret.

Hertil kommer forskellige forsøg på at gengive indholdet af *lex mercatoria*, navnlig Mustills liste fra 1988 med 20 principper og Bergers liste

national Petroleum Co Ltd, 1987 Weekly Law Report 3, s. 1023. Jf. Resolution on Transnational Rules adopted at the 65th International Law Association Conference in Cairo on April 26, 1992.

34. ICC Publication No. 350 og 400.

35. Ole Lando og Hugh Beale (eds), *Principles of European Contract Law, Part I & II*, 2000 og Lando, Clive, Prüm og Zimmermann (eds), *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003. Ole Lando var som nævnt i note 1 også med til at udarbejde Unidroits kontraktprincipper.

fra 1999 med 78 principper, regler og standarder.³⁶ Mens Mustills liste bygger på generelle principper, er Bergers liste inspireret af CISG, Unidroit Principles og PECL. Endelig har Ole Lando foreslået 10 generelle principper som grundlag for en global kontraktret.³⁷

4. International procesret

Som nævnt angår den internationale procesret dels spørgsmålet om domstolens internationale kompetence, dels spørgsmålet om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske domme.

I forhold til domstolens internationale kompetence er der på mange områder store ligheder mellem civil law- og common law-stater. Inden for begge kategorier anvendes bopælsværnetinget som den centrale hovedregel, værnetingsaftaler accepteres i almindelighed, og der anvendes alternative værneting for visse kategorier af sager, f.eks. tvister om kontrakter og erstatning uden for kontrakt. De alternative værneting kan dog variere betydeligt i indhold og struktur.

På den anden side er der også markante forskelle mellem civil- og common law-landene. Mange common law-lande anvender en doktrin om *forum non conveniens*, hvorefter en domstol, der har kompetence, kan afvise sagen, hvis den ud fra et bredt skøn finder, at sagen har klart stærkere tilknytning til et andet land og derfor bør anlægges der. I modsætning hertil anvender civil law-stater ofte en *litis pendens*-regel, når der anlægges parallelle søgsmål mellem de samme parter i samme tvist i forskellige lande. Reglen, der skal undgå, at der afsiges indbyrdes modstridende domme, går ud på, at den domstol, hvor sagen er anlagt sidst, skal afvente en afgørelse om kompetencen fra den domstol, hvor sagen er anlagt først. Har denne domstol kompetence, skal den domstol, hvor sagen er anlagt sidst, afvise sagen. Har den domstol, hvor sagen er anlagt først, ikke kompetence, kan den domstol, hvor sagen er anlagt sidst, undersøge, om den har kompetence.

I forhold til anerkendelse og fuldbyrdelse af domme fra udlandet anvender de fleste common law-lande et ensidighedsprincip, hvorefter en fremmed dom anerkendes, medmindre den strider imod ordre public el-

36. Lord Mustill, *Arbitration International* 1988/4, s. 86. Jf. Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999.

37. Ole Lando, *The American Journal of Comparative Law* 2005, s. 379.

ler den fremmede domstol tiltog sig kompetence på et uacceptabelt grundlag, dvs. uden en kvalificeret tilknytning til forumstaten. Traditionelt anvender civil law-staterne derimod et gensidighedsprincip, hvorefter man kun anerkender domme fra lande, som til gengæld anerkender domme fra civil law-staten.

På den baggrund er det oplagt, at vejen frem er indgåelse af konventioner om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme. Og her er der stor forskel på den globale udvikling, som sker gennem Haagerkonferencen for International Privatrecht, og den regionale udvikling gennem oprindeligt EF og nu EU, som er meget dynamisk. Som det vil fremgå, er der en snæver sammenhæng mellem anerkendelse og fuldbyrdelse og den internationale kompetence.

4.1. EU-samarbejdet

Den oprindelige Romtraktats art. 220 pålagde medlemsstaterne af det daværende EF at indlede forhandlinger om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme i civile og kommercielle sager. Det førte til udarbejdelse af Domskonventionen i 1968 og Luganokonventionen i 1988. Domskonventionen blev i 2002 erstattet af en forordning, som blev revideret i 2010-2012.³⁸

4.2.2. *Domskonventionen 1968 og Luganokonventionen 1988*

Domskonventionen er en milepæl i den internationale procesret, fordi den går videre end blot at fastsætte fælles regler for anerkendelse og fuldbyrdelse af domme. Konventionen harmoniserede nemlig samtidig medlemsstaternes regler om international kompetence og er derfor en såkaldt »dobbeltkonvention«.

Der er flere fordele ved en dobbeltkonvention. For det første bliver anerkendelse og fuldbyrdelse af domme lettere, fordi man ikke længere i forbindelse hermed kan nægte anerkendelse og fuldbyrdelse under henvisning til, at domstolen i afsigelseslandet anvendte en uacceptabel kompetenceregulering, for nu har staterne jo, gennem dobbeltkonventionens harmonisering af kompetencereglerne, fælles regler også på det område. For det andet sikrer dobbeltkonventionens kompetenceregler, at forum shopping begrænses til de muligheder, som konventionen giver i stedet for at overlade dette til national ret i de kontraherende stater. For det tredje kan

38. Konvention af 27. september 1968.

man gennem en regel om *litis pendens* sikre, at der i tilfælde af to søgsmål mellem de samme parter ikke bliver afsagt indbyrdes modstridende domme, fordi ét af de to søgsmål stoppes gennem *litis pendens-reglen*.

Domskonventionens kompetenceregler gælder, når sagsøgte har bopæl i et medlemsland. Udgangspunktet er, at der altid kan anlægges retssag i det land, hvor sagsøgte har bopæl. Udgangspunktet suppleres af alternative værneting for f.eks. kontrakter og sager om erstatning uden for kontrakt. Hertil kommer regler, der beskytter svage parter som forbrugere og arbejdstagere. Endelig har Domskonventionen også en regel, der tillader værnetingsaftaler.

I forhold til anerkendelse og fuldbyrdelse fastsætter Domskonventionen et begrænset antal nægtelsesgrunde, f.eks. om ordre public og modstridende domme. Under Domskonventionen skulle en dom meddeles eksekvatur, før den kunne anerkendes og fuldbyrdes. Denne proces indebærer en prøvelse af nægtelsesgrundene og tog desværre i nogle medlemsstater lang tid.

EFTA-landene konstaterede, at Domskonventionen var en succes, hvorfor der mellem disse lande og EU i 1988 blev indgået en næsten identisk konvention, Luganokonventionen, som sikrede fri bevægelighed for domme mellem EU- og EFTA-landene.¹⁹

4.1.3. Domsforordningen

I 1998-1999 blev der gennemført en fælles revision af Domskonventionen og Luganokonventionen. Navnlig kontraktværnetinget havde vist sig at lede til en uacceptabel høj grad af forum shopping. Endvidere ville man gerne smidiggøre eksekvaturprocessen. Mens kontraktværnetinget blev modificeret, blev eksekvatur gjort automatisk, således at 1. instansdomstolen skulle meddele eksekvatur uden at undersøge, om en eller flere nægtelsesgrunde forelå. Herefter kunne der kun ske en prøvelse af nægtelsesgrundene i appel-instansen.

De nye regler blev gennemført i EU gennem det i 1999 etablerede system for samarbejde om civilretten, således at den reviderede Domskonvention blev til en forordning. Domsforordningen trådte i kraft i 2002.TM

39. Konvention af 18. september 1988. I 1988 var der betydeligt flere EFTA-lande end i dag, hvor der kun er tale om Island, Norge og Schweiz. De andre oprindelige EFTA-lande er i mellemtiden blevet medlemmer af EU og dermed omfattet af Domsforordningen.

40. Forordning nr. 44/2001. Se hertil Peter Amt Nielsen, U 2000 B, s. 164-174.

De nye regler blev dog først gennemført i EFTA-landene i 2007 i den nye Luganokonvention.⁴¹

4.1.4. Den nye Domsforordning

Den seneste udvikling kom i 2010-2012, hvor Domsforordningen undergik en revision. Under disse forhandlinger, som foregik under dansk formandsskab i den afsluttende fase, blev eksekvatur afskaffet, således at domme nu automatisk anerkendes og fuldbyrdes under den nye Domsforordning, der trådte i kraft i 2015.⁴² Prøvelse af nægtelsesgrundene kan ske, hvis domfældte anmoder om det.

Endvidere var et af hovedformålene med revisionen at »afmontere« de såkaldte »italienske torpedoer«. Det havde nemlig vist sig, at man gennem *litis pendens*-reglen kunne forhale en sag betydeligt ved at anlægge sagen først i et land med et langsommeligt eller overbebyrdet retssystem. Dette var særligt problematisk, hvis parterne havde aftalt, at domstolene i et andet land skulle have enekompetence. Løsningen blev en omvendt *litis pendens*-regel for eksklusive værnetingsaftaler, som giver den aftalte domstol første ret til at afgøre, om værnetingsaftalen er gyldig eller ej, og denne regel gælder også, hvor sagen blev anlagt sidst ved den aftalte domstol.⁴³

4.2. Haagerkonferencens samarbejde

Den første globale konvention om anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme er en Haagerkonvention fra 1971.⁴⁴ Den er en såkaldt simpel konvention, fordi den alene fastsætter fælles regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme, mens kompetencereglerne er overladt til national ret i de kontraherende stater. Anerkendelse og fuldbyrdelse er dog betinget af, at forumstaten tiltog sig kompetence efter visse i forvejen i konventionen godkendte typer af værnetingsregler (indirekte international kompetence). Haagerkonventionen fra 1971 blev ikke en succes, da den alene blev ratificeret/tiltrådt af fem mindre lande.⁴⁵

41. Konvention af 30. oktober 2007.

42. Forordning nr. 1215/2012.

43. Se hertil Peter Amt Nielsen, *Common Market Law Review* 2013, s. 503-528 og samme, *U* 2013 B, s. 83-90.

44. Konvention af 1. februar 1971.

45. Albanien, Cypern, Kuwait, Holland og Portugal.

I 1994 foreslog USA, at Haagerkonferencen skulle udarbejde globale regler for anerkendelse og fuldbyrdelse af domme.⁴⁶ Da Haagerkonferencen påbegyndte arbejdet i 1997 var udgangspunktet, at der skulle udarbejdes en dobbeltkonvention efter forbillede af Domskonventionen og Luganokonventionen, jf. afsnit 4.1. Imidlertid viste det sig på globalt niveau meget vanskeligt at udarbejde fælles kompetenceregler for værneting om bopæl, hjemsted, kontrakter, erstatning uden for kontrakt, forbrugersager, arbejdskontrakter og enekompetence mv., som kunne accepteres af både common law- og civil law-stater. Hertil kom komplicerede spørgsmål om behovet for og i givet fald indholdet af regler om *litis pendens* og *forum non conveniens*. En dobbeltkonvention rejste også særlige forfatningsmæssige spørgsmål for enkelte stater på grund af kompetence-reglernes bindende karakter. Den samlede effekt af disse problemstillinger førte til, at en bred dobbeltkonvention blev opgivet i 1999.

I stedet forsøgte Haagerkonferencen i de følgende år at lave en »mixed« konvention, som skulle give mere fleksibilitet både for parterne og de enkelte lande.⁴⁷ Mens en dobbeltkonvention kræver, at konventionens regler skal anvendes af de kontraherende parter i stedet for national ret, giver en »mixed« konvention derimod parterne mulighed for at vælge mellem konventionens regler og nationale regler, som altså godt må eksistere ved siden af konventionen. Selv om denne model teknisk set var meget sofistikeret, strandede forhandlingerne også her, fordi der ikke kunne opnås enighed om konventionens kompetenceregler af nogenlunde de samme grunde, som blokerede for en dobbeltkonvention.

Både under forhandlingerne om den dobbelte og den blandede konvention var der i det mindste nogenlunde enighed om at acceptere eksklusive værnetingsaftaler. Efter sammenbruddet i forhandlingerne om den blandede konvention blev det derfor i 2003 besluttet at udarbejde en dobbeltkonvention om eksklusive værnetingsaftaler med New York-konventionen som forbillede. Denne konvention indeholder i art. II en regel om, at voldgiftsaftaler skal respekteres af de kontraherende staters domstole, som skal afvise en retssag, hvis der gyldigt er aftalt voldgift,

46. Se P. Pfund, *Recueil des Cours*, 1994-V, t. 249 s. 83, og *Final Act of the Eighteenth Session, Part B, Hague Conference on Private international Law, Actes & Documents, Proceedings of the Eighteenth Session, 1999, Tome I*, s. 47.

47. Ideen kom fra professor Arthur von Mehren, jf. *Law & Contemporary Problems*, 1994, s. 271, og samme, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1997, s. 86.

samt regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser mellem de kontraherende stater/⁸ Forhandlingerne førte til vedtagelsen af Værnetingsaftalekonventionen, som blev underskrevet i 2005. Den er ratificeret/tiltrådt af Mexico, Singapore, EU samt Danmark/⁹ USA, Kina og Ukraine har underskrevet konventionen.

I 2016 påbegyndte Haagerkonferencen endnu et arbejde om at sikre anerkendelse og fuldbyrdelse af domme i civile og kommercielle sager. Det nye konventionsudkast er en simpelt konvention i lighed med 1971-konventionen, der som bekendt ikke blev en succes. Det nye konventionsudkast harmoniserer derfor alene reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme. I forhold til staternes regler om international kompetence opstiller udkastet en liste over acceptable kompetenceregler, f.eks. bopælsværneting, kontraktværneting, deliktværneting, aftalt værneting etc. Det er hensigten, at den nye konvention skal supplere Haagerværnetingsaftalekonventionen. Arbejdet forventes afslutte inden for et par år.”

4.3. Udviklingen i Danmark

Indtil 1933 anerkendte man i Danmark civile domme fra udlandet uden krav om gensidighed.⁵¹ 1933 indledtes imidlertid det nordiske samarbejde på den internationale privat- og procesrets område, jf. afsnit 2.3. Herefter skulle nordiske domme nyde en særlig fortrinsstilling, men da Sverige, Norge, Finland og Island alle anvendte et gensidighedsprincip for at anerkende fremmede domme, måtte Danmark nødvendigvis ændre

48. Ideen blev fostret af Allan Philip, som på dette tidspunkt og frem til sin død i 2004 var formand for forhandlingerne. Om de enkelte konventionsmodeller, se bl.a. Peter Amt Nielsen, *Nordic Journal of International Law* 2011, s. 96-100. Om de tidlige forhandlinger mv. se bl.a. Peter Amt Nielsen, *Juristen* 2000, s. 382-390, og samme, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2001, s. 158-195.

49. Konvention af 30. juni 2005.

50. Se om arbejdet f.eks. Andrea Bonomi, *Yearbook of Private International Law*, 2015/2016, pp. 1-31, og Peter Amt Nielsen, *Liber Amicorum Peter Møgelvang-Hansen*, 2016, s. 373-385.

51. En dom ville blive anerkendt efter retspraksis, hvis den ikke stred imod ordre public og den fremmede domstol tiltog sig kompetence på et rimeligt grundlag. Dansk ret frem til 1933 er beskrevet af bl.a. Allan Philip, *Dansk international privat- og procesret*, 3. udg. 1976, Ole Lando, *TfR* 1965, s. 293 ff., og Otto Hvidberg, *Juristen* 1970, s. 393 ff.

holdning. Herefter indførte Danmark gensidighedsprincippet, der i dag er hjemlet i retsplejelovens § 223 a.⁵²

Det var fra dansk side forudsat, at man skulle indgå konventioner med en række lande, men udover Den nordiske Domskonvention blev der indtil Domskonventionens gennemførelse i 1986 kun indgået én konvention, nemlig med Tyskland i 1938.⁵³ I 1997 ratificerede Danmark Lugano-konventionen.⁵⁴ Og i år eller næste år vil Danmark ratificere Haagerværnetingsaftalekonventionen.”

Danmark har således siden 1933 haft et tostrengt system for anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske domme. Domme fra EU- og EFTA-landene anerkendes og fuldbyrdes efter Domsforordningen og Lugano-konventionen, mens domme fra lande uden for EU og EFTA i mangel af en konvention er underlagt retsplejelovens § 223 a.

Siden 1933 har Danmark altså forholdt sig skeptisk over for udenlandske domme i mangel af en konvention. Skal en sådan dom anerkendes og fuldbyrdes, må domhaver først anlægge et anerkendelsessøgsmål for de danske domstole, der herefter tager stilling til, om dommen kan accepteres. I praksis vil der ofte ske en omfattende prøvelse af den fremmede dom, hvilket er omkostningskrævende for parterne, og det svarer i realiteten til en realitetsprøvelse af den fremmede dom.⁵⁶

Dansk teori har siden ordningens gennemførelse forholdt sig meget kritisk over for ordningen, fordi den principielt hviler på mistro over for fremmede retssystemer.⁵⁷ Også Retsplejerådet var i sin tid modstander af

52. 1 1976 blev retsplejelovens § 223 a, der da indeholdt gensidighedsprincippet, ændret, således at dette princip udgik af bestemmelsen. I praksis har denne legislative opblødning ikke haft betydning for Danmarks grundlæggende holdning til fremmede domme.

53. Munch-Petersen, U 1934 B, s. 1. Jf. Den nordiske Domskonvention af 16. marts 1932, gennemført ved lov nr. 340 af 23. december 1932. Tysklandsordningen er hjemlet i anordning nr. 148 af 13. april 1938.

54. Lov nr. 209 af 29. marts 1995.

55. Lov nr. 670 af 8. juni 2017.

56. F.eks. U 1964.74 H og U 1982.227 H.

57. Ole Lando, TfR 1965, s. 297 ff., Otto Hvidberg, Juristen 1970, s. 397 ff., Peter Amt Nielsen, International privat- og procesret, 1997, s. 310, samme, Juristen 1999, s. 335 ff., og Joseph Lookofsky, International privatret, 3. udg. 2004, s. 44.

den i 1933 indførte ordning.⁵⁸ Det er muligt, at domstolene er ved at åbne op for at anerkende og fuldbyrde domme fra ikke-konventionsstater.⁵⁹

5. International handelsvoldgift

Voldgift er som bekendt erhvervslivets foretrukne måde at afgøre tvister på. Det gælder både i nationale og internationale tvister. Denne popularitet skyldes, at parterne ved at etablere en privat voldgiftsret opnår en fortløbig proces uden om domstolssystemet, hvor offentlighedsprincipper i modsætning til voldgift gælder. Hertil kommer, at parterne i voldgift har mulighed for at vælge voldgiftsdommere med særlig sagkundskab. Endelig er der ikke nogen appelmulighed i voldgift. Hermed sparer virksomhederne ressourcer.

5.1. Den internationale udvikling

Det internationale samarbejde om voldgift begyndte i 1920-erne med Genèveprotokollen fra 1923 og Genèveoverenskomsten fra 1927.⁶⁰

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. Det er bemærkelsesværdigt, at den internationale udvikling navnlig skete efter 1972, hvor Danmarks første voldgiftslov trådte i kraft. Den europæiske udvikling synes derimod at være stoppet i 1966 med en modellov, der ikke blev nogen succes.

5.1.1. Genèveprotokollen og Genèveoverenskomsten

Formålet med Genèveprotokollen fra 1923 var navnlig at etablere en international ordning, der sikrer, at voldgiftsaftaler respekteres i andre lan-

58. RT1932-33, tillæg A, sp. 3127.

59. U 2001.1949 0, jf. Peter Amt Nielsen, *International handelsret*, 3. udg. 2015, s. 524 ff. Se hertil Morten Frank og Gregers Gam, U 2013 B, s. 185, og Thomas E. Christensen, U 2015 B, s. 387.

60. Protokol af 24. september 1923 vedrørende Voldgiftsklausuler i Handelskontrakter og Overenskomst af 26. september 1927 angående Eksekution af Voldgiftskendelser afsagt i Udlandet.

de. Ifølge protokollens art. 1, forpligtede de kontraherende stater sig til at anerkende voldgiftsaftaler både om aktuelle og fremtidige tvister mellem parter, der er underkastet forskellige landes jurisdiktion.

Genèveprotokollen blev fulgt op af Genèveoverenskomsten fra 1927, der skulle sikre anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser i udlandet. Efter overenskomstens art. 1, skal en voldgiftskendelse anerkendes og fuldbyrdes i en kontraherende stat, såfremt der foreligger en gyldig voldgiftsaftale, tvisten kan afgøres ved voldgift, kendelsen er afsagt af den kompetente voldgiftsret, og kendelsen er endelig. Kendelsen kan dog ikke anerkendes eller fuldbyrdes, hvis den strider mod ordre public, hvis den er omstødt i afsigelsesstaten, hvis den tabende part ikke har haft mulighed for at varetage sine interesser under sagen, eller hvis voldgiftskendelsen afgør spørgsmål uden for voldgiftsrettens kompetence, jf. art. 2. Efter overenskomstens art. 4, havde rekvirenten bevisbyrden for, at betingelserne for anerkendelse og fuldbyrdelse var opfyldt.

Danmark tiltrådte Genèveprotokollen og Genèveoverenskomsten i hhv. 1925 og 1929.⁶¹ Da protokollen og overenskomsten gennem årene er erstattet af den meget udbredte New York-konvention, jf. ndf., har både Genèveprotokollen og Genèveoverenskomsten i årevis været uden betydning i praksis.

5.1.2. *New York-konventionen*

I 1953 foreslog ICC, at FN skulle udarbejde en ny konvention til erstatning for Genèveprotokollen og Genèveoverenskomsten. Forslaget skyldtes utilfredshed med navnlig overenskomsten, fordi denne jo efter art. 4 pålagde den part, der ønskede at få en voldgiftskendelse tvangsfuldbyrdet i et andet land, bevisbyrden for at betingelserne herfor var opfyldt. Sværest var det at bevise, at kendelsen var endelig i det land, hvor den var afsagt. Domhaver skulle også bevise, at kendelsen ikke kunne mødes med indsigelser, appel eller krav om kassation. I praksis blev betingelsen opfyldt ved først at opnå dom om kendelsens eksekvatur i afsigelseslandet. Herefter kunne domhaver få kendelsen tillagt eksekvatur i anerkendelses- og fuldbyrdesstaten. I realiteten førte overenskomsten dermed til et krav om dobbelt eksekvatur, hvilket var tidskrævende og ofte vanskeligt at opnå. Det var med andre ord så som så med den frie bevægelighed for voldgiftskendelser under Genèveoverenskomsten.

61. Hhv. bekg. nr. 167 af 15. maj 1925 og bekg. nr. 150 af 28. juni 1929.

ICC's forslag førte til nedsættelse af en FN-arbejdsgruppe i 1954, som udarbejdede et forslag til en konvention om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser. Konventionen blev underskrevet den 10. juni 1958 i New York (New York-konventionen). Konventionen erstatter som nævnt Genèveprotokollen og Genèveoverenskomsten mellem stater, der har tiltrådt alle konventioner, jf. New York-konventionens art. VII, stk. 2.

New York-konventionen anvendes på anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser, som er afsagt i en anden stat end den, hvor afgørelsen søges anerkendt og fuldbyrdet. Konventionen indeholder dels regler, hvorefter de kontraherende stater skal respektere voldgiftsaftaler, jf. art. II, dels regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser, jf. art. ID-VI.

Konventionen blev kun ratificeret af få stater de første 12 år. I løbet af de næste 30 år udviklede New York-konventionen sig imidlertid til den største succes på den internationale procesrets område. Konventionen er i dag ratificeret eller tiltrådt af 157 ud af verdens 192 lande, og der kommer stadig nye kontraherende stater til. Danmark ratificerede konventionen i 1973.

New York-konventionen er effektiv. I praksis bliver 98 % af de internationale voldgiftskendelser enten opfyldt frivilligt eller tvangsfuldbyrdet. Nægtelse sker i ca. 5 % af de sager, der forelægges for domstolene.

5.1.3. *Genèvekonventionen og Europarådets modellov*

Under FN's økonomiske kommission for Europa blev der i 1961 indgået en europæisk konvention om international handelsvoldgift (Genèvekonventionen).⁶² Den suppleres af den i 1962 i Europarådets regi indgåede aftale om anvendelsesområdet for Genèvekonventionen (Europarådsoverenskomsten).⁶³

Genèvekonventionen skulle lette samhandelen i Europa, der siden 1945 havde været delt af den ideologiske konfrontation mellem kapitalistiske og socialistiske stater. Den har fælles regler om navnlig voldgiftsrettens etablering og proceduren for voldgiftsretten. Ifølge konventionens præambel er formålet at supplere New York-konventionen således, at der er et fuldt udbygget normsæt, der dækker hele voldgiftsområdet og fremmer handelen mellem vest- og østeuropæiske lande.

62. Konvention af 21. april 1961.

63. Aftale af 17. december 1962.

Genévekonventionen blev gennem årene ratificeret af en række østeuropæiske lande og et antal vesteuropæiske, dog ikke Holland, Norge, Schweiz, Storbritannien og Sverige. Hverken Genévekonventionen eller Europarådsoverenskomsten fik dog nævneværdig betydning i praksis. Hertil kommer, at konventionernes eksistensberettigelse fremstod som forældet henset til den politiske udvikling i Østeuropa siden Murens fald i 1989.

I fortsættelse af Genévekonventionen udarbejdede Europarådet i 1966 en konvention til gennemførelse af en ensartet lov om voldgift, da der til konventionen var knyttet et tillæg med et forslag til en fælles europæisk lov om voldgift. Denne europæiske modellov skulle gælde både national og international voldgift. Formålet var at forpligte de kontraherende stater til at gennemføre den europæiske modellov i national ret. I lyset af det stigende handelssamkvem staterne imellem fandt Europarådet det af betydning, at man i det mindste på voldgiftsområdet havde lovgivninger så ensartede som overhovedet muligt. Den europæiske modellov var dog ikke nogen succes og blev kun tiltrådt af Belgien. En årsag hertil kan være konventionens mange reservationsmuligheder, som i praksis ville modvirke ensartetheden i de nationale lovgivninger.

5.1.4. *Modelloven*

I 1985 vedtog UNCITRAL Modeloven om international handelsvoldgift (modelloven).^M Formålet med den er at bidrage til en ensartet lovgivning om voldgift i forskellige lande, så de retlige rammer for den internationale handel styrkes. Loven er udtryk for fælles principper på voldgiftsområdet og skal sikre voldgift som en effektiv måde at afgøre tvister på under iagttagelse af de fornødne retssikkerhedsgarantier.

Modelloven er ikke en konvention, der forpligter de deltagende stater. Den er derimod ment som en skabelon for love om international voldgift, som kan anvendes helt eller delvis ved udformningen af de enkelte staters nationale lovgivning. Modelloven stiller ikke selv krav om, på hvilken måde den eventuelt skal indføres, eller om den skal udfyldes med mere eller mindre detaljerede regler. I praksis er der imidlertid opstillet visse krav til gennemførelsen, for at man skal anse en national lov for at bygge på modelloven. For at opnå status som »modellovsland« kræves det, at man i national lovgivning har benyttet modelloven som lovgrund-

64. Model Law on International Commercial Arbitration of 11 December 1985.

lag, at størstedelen af modellovens regler er medtaget, og at den nationale lov ikke indeholder regler, som er uforenelige med moderne, international voldgiftspraksis.

Modelloven regulerer stort set alle aspekter af en voldgiftssag, herunder etablering af voldgiftsretten, inhabilitet, voldgiftsrettens kompetence, sagsbehandlingen, krav til kendelsen, ugyldighed og anerkendelse og fuldbyrdelse af kendelsen. Modelloven har enkelte »huller«, f.eks. om arbitrabilitet og omkostninger, hvor de enkelte lande kan supplere med egne regler herom.

I 2006 fik modelloven efter mere end seks års arbejde regler om voldgiftsrettens kompetence til at udstede foreløbige retsmidler og påbud samt regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler afsagt af voldgiftsretten.⁶⁵

Modelloven er som New York-konventionen en stor succes. Der er nu 106 lande og delstater, som er modellovlande. De nye regler om foreløbige retsmidler og påbud er gennemført i 26 lande og delstater.

5.2. Dansk ret

Oprindeligt var voldgift alene reguleret af én bestemmelse i Danske Lov fra 1683 indtil vedtagelsen af voldgiftsloven fra 1972. Denne lov bestod af blot 13 bestemmelser og regulerede kun visse fundamentale aspekter af voldgift. I 2005 blev Danmark et modellovland og fik dermed en komplet lovregulering af voldgift.

5.2.1. *Danske Lov 1-6-1*

Voldgift har været anvendt gennem århundreder i Danmark som alternativ til at afgøre tvister ved domstolene. Det rækker formentligt tilbage til 1000-tallet. Der fandtes ikke nogen lovbestemmelser om voldgift i de danske landskabslove fra det 13. århundrede, hvorfor voldgift udvikledes på baggrund af retspraksis og forskellige sædvaner og handelskutymer.

Voldgift blev først reguleret ved lov i Danske Lov fra 1683 i 1-6-1, som i vidt omfang blot kodificerede den gældende retstilstand:

»Dersom Parterne voldgive deris Sag og Tvistighed paa Dannemænd, enten med Opmand eller uden, da hvad de sige og kiende, saa vit deris Fuldmagt dennem tillader at gjøre, det staar fast og kand ej for nogen Ret til Underkiendelse indstævnis, dog Kongen sin sag forbeholden.«

65. Amendments of 4 December 2006.

Bestemmelsen slog nogle væsentlige grundregler fast for voldgift. Det fulgte således af den, at voldgift kunne aftales, at en voldgiftskendelse var bindende for parterne, at en gyldig voldgiftsaftale medførte, at sag anlagt ved domstolene blev afvist, og at voldgiftskendelsen kunne anfægtes for domstolene, hvis voldgiftsretten havde overskredet sit mandat. Af Danske Lov 1-6-1 blev det også udledt, at en voldgiftskendelse kunne tilside-sættes, hvis voldgiftsaftalen var ugyldig, hvis der forelå brud på fundamentale retsplejeregler, eller hvis voldgiftsretten ikke var sammensat på en sådan måde, at den frembød tilstrækkelige garantier for en upartisk afgørelse. En voldgiftskendelse kunne dog ikke tvangsfuldbyrdes umiddelbart.

På grundlag af Danske Lov 1-6-1 udviklede voldgiftsinstituttet sig gennem retspraksis i de følgende knap 300 år og var frem til 1972 i det væsentligste baseret på retspraksis. Hertil kom dog gennem det 20. århundrede enkelte regler om voldgift på særlige retsområder, bl.a. i forsikringsaftaleloven. Danmark gennemførte Genèveoverenskomsten og Genèveprotokollen i hhv. 1925 og 1929.⁶⁶

5.2.2. *Voldgiftsloven 1972*

I 1972 blev den første danske lov om voldgift vedtaget. Den byggede på et udvalgsarbejde under Justitsministeriet fra 1962-66.⁶⁷ Om formålet med 1972-voldgiftsloven hedder det:⁶⁸

»I overensstemmelse med voldgiftsudvalgets betænkning og de indhentede udtalelser indeholder forslaget ikke en detaljeret lovgivning om voldgift. Forslaget indeholder alene nogle bestemmelser, som hidtil har været savnet i dansk ret, og som kan anses for egnede til at styrke voldgiftens funktioner samt forskellige grundlæggende regler, som i det væsentlige svarer til gældende ret. De vigtigste nye bestemmelser er § 2, stk. 1, hvorefter domstolene ikke, medens en voldgiftssag verserer, kan tage stilling til, om tvisten henhører under voldgiftsrettens kompetence, § 3 om bistand fra domstolene til gennemførelse af en voldgiftssag i tilfælde, hvor den ene part nægter at medvirke til behandlingen, § 9 om fuldbyrdelse af voldgiftskendelser og § 10 om fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser og voldgift i internationale forhold.«

Hovedformålet bag voldgiftsloven var således alene at indføre nogle få nye regler, som kunne styrke voldgiftens funktioner og åbne op for, at

66. Bekg. nr. 167 af 15. maj 1925 og bekg. nr. 150 af 28. juni 1929.

67. Betænkning nr. 414/1966 vedrørende lovgivning om voldgift.

68. FT 1971-72, tillæg A, sp. 89.

Danmark kunne gennemføre internationale regler om voldgift. Danmark gennemførte New York-konventionen og Genèvekonventionen i 1973.⁶⁹

Det var derimod ikke hensigten med 1972-loven at indføre en detaljeret regulering af voldgift. Det blev bl.a. begrundet med den daværende og kommende betydelige internationalt-privatretlige udvikling af voldgift, som man burde afvente. I den sammenhæng havde erhvervslivet anført, at man tog klar afstand fra en omfattende lovgivning baseret på Europarådets daværende udkast til en modellov for voldgift.⁷⁰

5.3. Danmark som modellovsland

1972-voldgiftsloven var udformet som en minimumslov, der kun regulerede visse aspekter af voldgift. Den fungerede fint i mange år, men i lyset af globaliseringens indflydelse på voldgiftsreguleringen blev det i begyndelsen af 2000-tallet klart, at den danske voldgiftslov var stærkt forældet.

Advokatrådet etablerede derfor i 2002 en arbejdsgruppe, der fik til opgave at arbejde for en moderne lov om voldgift i Danmark og udarbejde et udkast til en ny voldgiftslov. Det blev bl.a. fremført, at en moderne lov baseret på modelloven ville være til betydelig gavn for erhvervslivet.⁷¹

Advokatrådets arbejdsgruppe udarbejdede på dette grundlag en redegørelse om voldgift, som blev overgivet til justitsministeren i 2003.⁷² Redegørelsen var udformet som en betænkning med et lovudkast med bemærkninger mv. Lovudkastet byggede på modelloven. Arbejdsgruppen anførte, at den internationale udvikling, dvs. navnlig modelloven og de seneste nye voldgiftslove i Sverige, England og Tyskland, havde ført til en mere detaljeret og ensartet lovgivning i andre lande. De udenlandske reformer aktualiserede derfor spørgsmålet om, hvorvidt den danske 1972-voldgiftslov stadig var tidssvarende og dækkede de behov og krav, som

69. Bekg. nr. 117 af 7. marts 1973.

70. Betænkning nr. 414/1966 vedrørende lovgivning om voldgift, s. 30-31.

71. Jesper Lett, Rasmus Møller Madsen, Karsten Kristoffersen, Karsten Havkrog Pedersen, Stig Bigaard og Peter Amt Nielsen (formand), Reform af voldgiftsloven, 2003, s. 17 f. (Reform af voldgiftsloven).

72. Redegørelsen er nærmere omtalt af Peter Amt Nielsen, Advokaten 2003, s. 122 ff., samme, Lov & Ret 3/2003, s. 3 ff., Peter Amt Nielsen og Sys Rovsing Koch, Advokaten 2005, s. 147 ff., og Peter Amt Nielsen, Juridisk Institut Julebog 2005, s. 57 ff. Reformforslaget er kommenteret af Gustaf Möller, Festskrift til Hans Gammeltoft - Hansen, 2004, s. 457 ff.

erhvervslivet og det juridiske miljø stiller til voldgift i det 21. århundrede.⁷³

I 2004 fremsatte Justitsministeriet et forslag til ny voldgiftslov baseret på Advokatrådets lovudkast og enkelte af Retsplejerådet foreslåede ændringer. Loven blev vedtaget i 2005, og Danmark blev et modellovsland.⁷⁴

Et af Advokatrådet udarbejdet forslag, som ikke blev accepteret i 2003-04, var, at en voldgiftsret skulle have kompetence til at udstede foreløbige retsmidler, og at disse retsmidler skulle kunne anerkendes og tvangsfuldbyrdes af domstolene.⁷⁵ Justitsministeriet afviste forslaget, bl.a. fordi man ville afvente de daværende forhandlinger i UNCITRAL om foreløbige retsmidler.⁷⁶

På den baggrund nedsatte Voldgiftsinstituttet i 2012 et udvalg til at gennemgå 2005-voldgiftsloven for at sikre, at Danmark - godt 12 år efter vedtagelsen af den gældende voldgiftslov - fortsat har en moderne voldgiftslov, der tilgodeser erhvervslivets behov og lever op til de internationale voldgiftsstandarder. Udvalget bestod navnlig af en række advokater med tilknytning til voldgiftsmiljøet.⁷⁷

Udvalgets arbejde mandede ud i et forslag til revision af voldgiftsloven. Det er også udarbejdet som en betænkning med et lovudkast med bemærkninger til de enkelte bestemmelser.⁷⁸ Udvalget foreslår først og fremmest, at modellovens 2006-regler om foreløbige retsmidler gennemføres i dansk ret. Endvidere foreslår udvalget regler, der kan gøre voldgiftsprocessen hurtigere og billigere ved at begrænse appel i sager på voldgiftsområdet.

Voldgiftsinstituttet har overgivet redegørelsen til justitsministeren. Det bliver interessant at følge det videre forløb.

73. Reform af voldgiftsloven, s. 25 ff. og 119 ff.

74. Lov nr. 553 af 24. juni 2005. Jf. Lovforslag nr. 127, Folketingsåret 2004-05 (2. samling)(L 127), s. 28.

75. Reform af voldgiftsloven, s. 133, 180 f. og 208.

76. L 127, s. 42 og 104 ff.

77. Udvalget bestod af advokaterne Jesper Lett, Voldgiftsinstituttet, Jørgen Holst, Advokatrådet, Aage Krogh, Danske Advokater, Ole Spiermann, Voldgiftsforeningen, Georg Lett, ICC Danmark, Julie Arnth Jørgensen, YAC, Claus Søgaard Christensen, Håkun Djurhuus, Mathias Steinø, tidl. højesteretspræsident Torben Melchior, generalsekretær Steffen Pihlblad, professor Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen og professor Peter Amt Nielsen (formand).

78. Revision af voldgiftsloven, 2017.

6. Perspektiver for den internationale handelsret

Fra 1917 til i dag har den internationale handelsret været karakteriseret ved et stadigt stigende internationalt samarbejde. Og udviklingen må forventes at fortsætte.¹

Lovvalget for kontrakter er gået fra nationale regler skabt i retspraksis over Haagerkonventionen fra 1955 om lovvalget for løsørekøb til Romkonventionen fra 1980 og Rom I-forordningen fra 2008. Mens de to sidstnævnte instrumenter har skabt fælles regler i EU, har Haagerkonventionen kun fået begrænset tilslutning. Det kan skyldes fremkomsten af den bredt accepterede CISG i 1980, som for det meste har overflødiggjort lovvalgsregler i internationale løsørekøb. Også udviklingen af *lex mercatoria* de sidste 30 år gennem Unidroit Principles og PECL har for alvor understreget behovet for fælles kontraktretlige regler fremfor anvendelse af national kontraktret gennem lovvalgsreglerne. Forhåbentligt vil domstolene i fremtiden kunne få lov til at anvende *lex mercatoria* på lige fod med internationale voldgiftsretter.

Den internationale procesret har gennemgået en markant udvikling gennem EU med oprindeligt Domskonventionen fra 1968 og senest Den nye Domsforordning fra 2015. Det er spørgsmålet, om Haagerkonferencen kan skabe tilsvarende resultater på globalt plan med Haagervæmftingsaftalekonventionen fra 2005 og det igangværende arbejde med en simpel konvention om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme.

Under alle omstændigheder kan det konstateres, at UNCITRALs regulering af international voldgift gennem den bredt accepterede New Yorkkonvention fra 1958 og modelloven om voldgift fra 1985 er et effektivt og globalt alternativ til domstolene i internationale handelssager, hvor Haagerkonferencens arbejde endnu ikke synes at have fået sit gennembrud.

Aftaler og handelsvidenskab

100 år med aftaleloven og CBS

Professor Christina D. Tvarnø

1. Aftaleloven og handelsperspektivet

Copenhagen Business School fejrer 100 års jubilæum i 2017. Aftaleloven fejrer ligeledes 100 år i 2017. Denne artikel sætter med udgangspunkt i de seneste 100 år fokus på fremtidens aftaleperspektiv med afsæt i aftalelovens løfteprincip.

I starten af det 20. århundrede var der i Danmark ikke speciel lovgivning om aftaleindgåelse og køb og salg af varer andet end de regler, der fremgik af Danske Lov, 1683, femte bog, kapitel 1 (5-1-1 til 5-1-13 for så vidt angår aftaler) og kapitel 3 (5-3-1 til 5-3-39) for så vidt angår køb, hvoraf langt de fleste regler vedrører køb, salg og mageskifte af fast ejendom).

Af litteraturen ses, at der er stærke bånd gennem dansk handelspraksis, der støtter op om juridiske grundsætninger om sikkerhed i samhandlen og sikkerhed i omsætningsledet, som f.eks. Jul. Lassen (en af forfatterne til såvel købeloven som dernæst aftaleloven) betoner det:¹

- »hensynet til samhandlens sikkerhed«
- »at man kan stole på det formueretlige tilsagn«
- »Den almindelige Opfattelse her i Landet Mand og Mand imellem, utvivlsomt gaar ud paa, at Ordet er det afgjørende, saa at Tilsagn i vidt Omfang ere og bør være bindende for Afgiveren, uanset at deres Indhold ikke stemmer med hans Vilje.«

1. Jul. Lassen, Vilje og erklæring ved afgivelse af formueretlige tilsagn, 1905, s. 27 og 28.

- »Al sikkerhed i Omsætningsforholdet - hedder det hos Goos - ville forsvinde, naar det afgørende skulde forflyttes fra den Erklæring, som meddeles, og ved hvilken Forventningen vækkes.«

Købelovskommissionen om handelskøb fra 1904 betoner endvidere et ønske om forudsigelighed i retsforholdet, hvilket ses af bemærkningerne til §1:²

»Den Trang til Fasthed i Retsforholdet og Forudberegnelighed af, hvorledes den retlige Afgørelse af Mellemværendet vil falde ud, som paa det heromhandlede Omraade er en saa væsentlig Faktor til Sædvanerettens Dannelse, vil den legale Ordning netop paa mange Punkter tilfredsstille.«

Og de almindelige bemærkninger til lovforslaget:³

»Eksempelvis skal det her blot nævnes, at det i Handelskøb er af særlig Interesse, at Spørgsmaalet om den leverede Genstands Kontraktmæssighed hurtig bringes paa det Rene, og at den for Opfyldelsen af Forpligtelserne fastsatte Tid nøje overholdes. Det følger derhos af Parternes Egenskab af Købmænd, at man i de nævnte som ogsaa i andre Henseender tør holde strængere paa en nøjagtig Opfyldelse af de gensidige Pligter og knytte strængere Følger til Undladelsen heraf, ja endog tør paalægge Parterne i Medkontrahentens Interesse særlige positive Pligter, som f.eks. en Undersøgelsespligt, uden at disse ere særskilt paatagne.«

Efter afslutningen af købelovskommissionens arbejde etableredes en tilsvarende norsk, svensk og dansk aftalelovskommission i oktober 1913. Formålet var at fremkomme med et udkast til lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område med overvejende enslydende aftalelove i Danmark, Norge og Sverige:⁴

»Medens de Emner, der hidtil have været Genstand for en fælles skandinavisk Lovgivning, væsentlig have været af en ret speciel Beskaffenhed, har man ved nærværende Lovudkast søgt at give en Række Lovbestemmelser om Retshandler af mere almindelig Beskaffenhed. Som det vil ses af de enslydende Titler paa de af de tre Kommissioner

2 Udkast til lov om køb med tilhørende bemærkninger udarbejdet af den ved kongelig anordning af 28. Juni 1901 nedsatte Kommission, 1904.

3 Ibid.

4 Udkast til Lov om aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, udarbejdet af den ved kgl. Resolutioner af 28de juni 1901 og 4de Juli 1910 nedsatte Kommission, 1914.

udarbejdede, jævnsides trykte Udkast, er Omraadet for disse fastsat saaledes, at de omfatte formueretlige Retshandler.«

Formålet med aftaleloven er, som det fremgår af de indledende bemærkninger til lovforslaget, at fastsætte:

»Hvad der allerede er gældende Ret, saaledes som denne har udviklet sig ved de theoretiske Behandlinger ad Emnet og ved Domstolenes Afgørelser, Men adskillige Tvivlsspørgsmaal ere dog blevne løste, og Reglerne ere i flere Henseender blevne nærmere præciserede.«

Aftaler og retshandler blev defineret som private retsstiftende viljeserklæringer, hvormed parterne forandrer, stifter eller ophæver en rettighed eller et privat retsforhold gennem en erklæring, der efter sit indhold har til formål at fremkalde den pågældende viljeserklæring. En viljeserklæring er *dels* rene løfter, *dels* erklæringer, der både er løfte og påbud, *dels* rene påbud. Et løfte er bindende for afgiveren, dette er f.eks. et tilbud, og et påbud er bindende for modtageren, dette er f.eks. en accept af et tilbud. Løfter forekommer primært som led i aftaler, hvor en aftale kan defineres som en viljeserklæring mellem parter, tilbud og accept/ i gensidigt byrdeholdende forhold mellem parterne.⁶

2. Løfteprincip versus overenskomstprincip i 1917

I starten af det 20. århundrede blev løfteprincippet anvendt i den tyske borgerlige Lovbogs § 145, i den schweiziske Forbundslov om Obligationsretten, art. 3-5 og i den østrigske borgerlige Lovbog, § 862. Modsat anvendte England, Frankrig og Italien overenskomstteorien, hvorefter en bindende aftale stiftes ved to overensstemmende viljeserklæringer - tilbud og accept i forening, hvilket betyder, at begge parter er bundet samtidig, da tilbuddet kan tilbagekaldes, frem til det er accepteret.⁷

5. Som udgangspunkt analyseres ikke det forhold, at den ene part afgiver en opfordring til tilbud i henhold til aftalelovens § 9, men reglen anvendes dog i forbindelse med angivelsen af, hvorledes tilbudsgiver kan undgå at være bundet.
6. Se også Ussing, Aftaler, 1950, s. 7 (Ussing).
7. Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, udarbejdet af den ved kgl. Resolutioner ad 28de juni

2.1. Dansk ret og løfteprincippet

Som det fremgår af forarbejderne til aftaleloven fra 1914, bygger løfteprincippet på en forestilling om, at aftaler er bindende, hvilket allerede var dansk ret efter Danske Lov fra 1683, 5-1-1 og 5-1-2:⁸

»5-1-1

Een hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl, lovet og indgaaet haver.«

»5-1-2

Alle Contracter, som frivilligen göris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet, ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saa som de indgangne ere.«

Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2 er udtryk for grundlæggende bestemmelser i dansk ret, som kan spores langt tilbage i den danske middelalder. Hele formålet med Danske Lov var at tilvejebringe en fuldstændig samling af gældende ret i 1683 på grundlag af de eksisterende regler, lovgivning og grundsætninger.⁹ Aftalelovens § 1, 1. pkt. fastslog således i 1917 anvendelsen af løfteprincippet i dansk ret, hvormed:¹⁰

»Selve den Erklæring, hvorved nogen paatager sig en retligt Pligt eller i øvrigt paalægger eller opgiver et retligt Baand, er forpligtede efter de i de følgende Paragrafers nærmere angivne Regler «

1901 og 4de juli 1910 nedsatte Kommission, 1914. s. 17. Se også Ditlev Tamm, *De nordiske aftalelove*, s. 22 og Karhu's analyse i kap. 4, *Den nordiska avtallsrättens byggstenar* i Andersen, Bärlund, Flodgren & Giertsen (red.), *Aftaleloven 100 år*, 2015. Se også Christina Tvamø, *Når man skal harmonisere aftaleretten i EU*, *Julebog*, 2001, s. 9 ff.

8. Danske lov 5-1-1 og 5-1-2 er stadig aktive regler i dansk ret, selv om de ifølge W.E. von Eyben ikke anvendes i mange afgørelser ved domstolene. 5-1-2 anvendes dog i flere sager, hvorimod 5-1-1 ikke har været anvendt til at underbygge princippet om, at aftaler skal holdes, se von Eyben, *Formueretlige bestemmelser*, Ditlev Tamm (red.), *Danske og norske lov i 300 år*, 1983, s. 577 ff.
9. Ditlev Tamm, *Retshistorie*, 2. udg. 2005, s. 212.
10. Lov nr. 242 af 8. maj 1917 om Aftaler og andre Retshandler på Formuerettens Område.

Ifølge bemærkningerne til aftaleloven ansås fordelene ved løfteteorien at løfte teorien.¹¹

»Utvivlsomt stemmer bedst med begge Parters Interesse. Løftemodtageren opnaar ved Løfte teorien den Fordel, at han vil kunne foretage de fornødne Undersøgelser og Overvejelser, hvoraf det afhænger, om han vil akceptere Tilbudet, uden at behøve at frygte for, at Tilbudsgiveren imedens tilbagekalder Tilbudet, og ogsaa Tilbudsgiveren vil være vel tjent med den Regel, at han bindes ved sit Tilbud, idet dette vil forøge udsigten til, at hans Tilbud bliver taget under alvorlig Overvejelse og accepteret af Modtageren. Forsaavidt han ikke ønsker at være bunden ved sin Erklæring, kan han jo tage Forbehold i saa Henseende.«

Aftaleloven foretager ikke en nærmere definition af *tilbud*, men fastlægger ifølge § 1, 1. pkt., at tilbud og accept er bindende for afgiveren. Løfteteorien medfører, at tilbudsgiver bliver bundet af sit tilbud fra det øjeblik, tilbuddet kommer tilbudsmodtageren til kundskab, jf. aftalelovens § 7 modsætningsvis. Således bliver tilbudsgiveren bundet før tilbudsmodtageren. Tilbudsgiveren forpligtes af sit tilbud i perioden indtil fristen for tilbuddet udløber eller i henhold til aftalelovens § 3, hvis der ingen frist er angivet i tilbuddet, inden rimelig tid. Tilbudsmodtageren bliver derimod først forpligtet og dermed bundet af aftalen fra det tidspunkt, hvor accepten kommer tilbudsgiveren til kundskab, jf. § 1, 1. pkt., jf. § 7 modsætningsvis. Dette forhold karakteriserer løfteteorien.¹²

Hovedreglen i aftaleloven er således, at tilbudsgiveren er bundet af sit løfte - tilbud - i en periode, hvor tilbudsmodtageren ikke er bundet, og der er herved etableret et *haltende retsforhold* (*negotium claudicans*).¹³

2.2. Løfteprincippet og sikkerhed i omsætningskæden

Ussing støtter op om løfteteorien for begge parter i aftalen som den regel, der gennemsnitlig er mest i overensstemmelse med parternes

11. Udkast til Lov om aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, udarbejdet ad den ved kgl. Resolutioner ad 28de juni 1901 og 4de Juli 1910 nedsatte Kommission, 1914, s. 18.
12. Tilbagekaldelsen af et tilbud kan efter *re mfegra*-reglen i aftalelovens § 39, 2. pkt. tilbagekaldes, hvis det vil forekomme urimeligt at gennemtvinge løftet, og der foreligger særlige grunde til tilbagekaldelsen, samt at løftet ikke endnu har virket bestemmende på løftemodtageren. Se nærmere for dette forhold, Mads Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, 3. udg., 2010, s. 183.
13. Se også Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 7. udg., 2017, s. 37 (Lynge Andersen og Bo Madsen).

interesse og omsætningssikkerheden i almindelighed. Dette, selv om løfteprincippet skaber, hvad man kender for et *haltende* retsforhold, der skyldes, at den ene part er bundet før den anden part. Ussing argumenterer for, at netop ved skriftlige indgåede aftaler, hvor parterne ikke mødes med hinanden, har løfteteorien stor betydning for aftaleforholdet.

Løfteprincippet skulle skabe tryghed for tilbudsmodtageren, hvilket samtidig siges at være i tilbudsgiverens interesse. Dette skyldes i henhold til bemærkningerne til lovforslaget,¹⁴ at tilbuddet virker mere seriøst ved anvendelsen af løfteteorien end ved overenskomstteorien.¹⁵

Hvis tilbudsmodtagere føler større vished overfor det afgivne tilbud, vil denne investere mere i forundersøgelser og vil hermed også være villig til at give en højere pris for varen på grund af denne investering. Dette vil ikke være tilfældet, hvis tilbudsmodtageren skal sikre sig mod en tilbagekaldelse eller ved at tilbudsgiveren end ikke er bundet af tilbuddet. Aftaleloven giver mulighed for at fastsætte en kort acceptfrist, jf. § 4, eller til at komme med en opfordring til tilbud, jf. § 9, og imødekommer således til dels fordelene ved overenskomstprincippet.¹⁶

Det ses af købelovens forarbejder, ca. 10 år tidligere, at sikkerhed i omsætningen var et væsentligt princip i dansk ret, hvilket ligeledes taler for anvendelsen af løfteteorien.¹⁷ Hvis tilbudsgiver er bundet af sit løfte, sikrer dette, at efterfølgende led i omsætningskæden, såfremt tilbudsgiver er sælger, er bundet af sit tilbud, og dermed pålægges »ansvaret og risikoen

14. Af bemærkningerne til aftaleloven fremgår det, at man i Skandinavien besluttede sig for løfteprincippet med den begrundelse, at tilbudsgiveren vil have en fordel af at tilbudsmodtageren antager tilbuddet for seriøst, fordi tilbudsmodtageren er bundet for en bestemt periode.
15. Herunder Ussing, s. 53-54: »Afti har paa et Hovedpunkt sluttet sig til Løfteteorien ved at fastslaa, at Tilbudet er bindende. Dette stemmer overens med tidligere dansk Ret og maa ubetinget anses for den bedste Løsning. Den strenge Overenskomstteoris Regel, kan aabentbart ikke forsvares med nogen fornuftig praktisk Grund.«
16. Se Ussing, s. 55, og for den modsatte opfattelse, at man overvurdere betydningen af, at tilbuddet ikke kan tilbagekaldes hos Karlgrén, Studier i allmän avtalsrätt, 1935, s. 151. Ønsker tilbudsgiveren derimod ikke at være bundet i en lang periode, hvor tilbudsmodtageren ikke er bundet, kan førstnævnte i stedet angive en kort frist i tilbuddet. Se også Lynge Andersen og Bo Madsen, kap. 1. Se for dette ligeledes Jan Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 4. udg., 1993, s. 29, hvor det anføres: »Det kan inte game vara något hinder mot att även enligt svensk mtt en anbudsgivare förklarar, att hans anbud kan återkallas ända till dess det har accepteras.«
17. Ulfbeck, Kontraktens relativitet, det direkte ansvar i formueretten, 2000, s. 38.

for«, at resten af omsætningsledet kan regne med at varen kommer videre.¹⁸

2.3. Overenskomstprincippet i common law

Løfteteoriens modsætning findes som nævnt ovenfor i overenskomstteorien, der bl.a. finder anvendelse ved aftaleindgåelse i fransk ret, italiensk ret og i engelsk common law.¹⁹ common law defineres et tilbud som et udtryk for et ønske om at indgå en aftale på visse betingelser, med den intention, at tilbuddet bliver bindende, så snart det er accepteret af den person, som det er stilet til - tilbudsmotageren.²⁰

Udgangspunktet i overenskomstprincippet er, at et løfte - i form af et tilbud - kan tilbagekaldes, så længe det ikke er accepteret af tilbudsmotageren.²¹ Dette skyldes ideologien om, at et løfte ikke i sig selv skaber ret og dermed, at tilbudsgiver ikke giver en fordring til adressaten blot ved afgivelsen af løftet.²² En aftale er således først bindende for parterne, når der foreligger henholdsvis et tilbud og en accept.

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

18. Jul. Lassen var medlem af såvel købelovskommissionen som aftalelovskommissionen og foretrak løfteteorien frem for overenskomstteorien og lagde vægt på, at de reale hensyn bør foretrækkes ikke blot for at sikre løftemotageren mod unødige tab af undersøgelsesomkostninger, men også for at løftegiver ved at være bundet, vil »vinde forøget Udsigt til, at Løftet bliver taget i Betragtning og akcepteret af løftemotageren, medens de jo paa den anden Side, naar de ikke ønske at bindes ved deres Tilbud, kunne optage dertil sigtende Forbehold i det«. Se Jul. Lassen, *Obligationsret, Almindelig del*, 3. udg., 1917-1920, s. 33.

19. I romanisk retslitteratur udvikledes den lære, at løftet alene ikke skaber ret, og navnlig ikke skaber en fordringsret for adressaten. Efter romanisk ret - og dermed i henhold til overenskomstprincippet - kræves ud over tilbuddet også en accept, før der er indgået en bindende aftale mellem parterne. Se Ussing, s. 53. Overenskomstteorien anvendes endvidere i USA, men reglerne er ikke fuldkommen sammenlignelige, og derfor behandles kun reglementerne i common law, som de anvendes i England.

20. Treitel, *The Law of Contracts*, 7th ed, 1987, s. 7 (Treitel).

21. Ibid, s. 34.

22. Se også Ussing, s. 53.

budsgiveren. Farnsworth & Young udtrykker deres holdning over for kontinental ret således:²³

»One disadvantage of the German rule is that during the period of irrevocability, the offeree can take advantage of the changing economic conditions to speculate at the expense of the offeror. Although Germany and other countries that have this rule have experienced much greater economic upheavals than has the United States, they have been able to live by this rule, at least in part, because it can easily be avoided by expressly reserving the power to revoke or providing that the communication is not an offer at all.«

Juridiske forfattere inden for common law-traditionen er således fortalere for overenskomstprincippet i forhold til civil law, der giver tilbudsmotager mulighed for at spekulere i ændring af de økonomiske betingelser på bekostning af tilbudsgiver. Det er værd at bemærke, at den amerikanske udgave af overenskomstprincippet i UCC art. II alene henvender sig til handelskøb,²⁴ hvilket er en forskel fra den danske aftalelov, der henvender sig til aftaler og andre retshandler på formuerettens område og således er regler af mere generel karakter end UCC.

At tilbudsgiver ikke er bundet af sit tilbud før ved en eventuel accept, er et af det klareste aftaleretlige principper i common law. Tilbudsgiver således er fri til at disponere, ligesom det er tilfældet for tilbudsmotageren, indtil accepten er afsendt, i henhold til *the mailbox rule*,²⁵ Dette gælder, selv om tilbudsgiveren har fastsat en frist for tilbuddets antagelse. For at der er indgået en aftale, kræves, at de to parter er enige på det samme tidspunkt, hvilket er tidspunktet, hvor der foreligger et tilbud, som accepteres.²⁶

Begrundelsen for anvendelsen af overenskomstprincippet i common law er, at den ene aftalepart ikke skal være bundet før den anden aftale-

23. Farnsworth & Young, *Contracts, Cases and Materials*, 4. ed, University Casebook Series 1988, s. 176 (Farnsworth & Young).

24. Katz, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, Michigan Law Review, Vol. 89, No. 2, 1990, s. 215-295, s. 220.

25. Tidspunktet for acceptens bindende virkning er lig med tidspunktet for kontraktens indgåelse i common law. Derfor er denne definition af stor betydning i forbindelse med indgåelse af aftaler. Fra tidspunktet for acceptens bindende virkning kan tilbuddet ikke længere tilbagekaldes, og risikoen for opfyldelse går over til tilbudsgiver. Farnsworth & Young, s. 192. Treitel, s. 18 ff.

26. Farnsworth & Young, s. 178.

part. Således kan man ved anvendelsen af overenskomstprincippet undgå, at tilbudsgiveren er bundet af sit tilbud, hvorimod tilbudsmodtageren kan spekulere i aftalens fordelagtighed på bekostning af tilbudsgivers økonomiske forhold, f.eks. i forhold til ændring i markedspriser mv., hvorimod tilbudsgiveren ikke kan spekulere i markedsprisen.²⁷ I stedet opnås den situation, at begge parter er frit stillet, fordi tilbudsgiveren kan tilbagekalde sit løfte. Ved at anvende denne metode fordeles risikoen ligeligt mellem parterne, og parterne stilles ens.

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

Hvis et løfte opfølges med en consideration, skifter løftet karakter fra at være uforpligtende til at være bindende for tilbudsgiveren. Hele grundideen bag consideration er, at noget af værdi må overdrages for at sikre, at et løfte ændrer karakter og bliver bindende som led i kontrakt-dannelsen.²⁸

Kun hvis et løfte følges op af en consideration, har det karakter af en kontraktlig forpligtelse, og tilbuddet, som følges op af en consideration, kan ikke tilbagekaldes. Således kan tilbudsmodtageren foretage en aktiv handling, som herefter binder tilbudsgiveren i en periode, indenfor hvilken tilbuddet er bindende.

Herefter er det muligt for tilbudsmodtageren at disponere på bekostning af tilbudsgiveren, men tilbudsmodtageren »betaler« for denne dispositionsret. Begrebet consideration stod ved dets indførelse i det 16. århundrede for en samlebetegnelse for de betingelser, der skulle til at binde en løftegiver, og baggrunden var, at tilbudsgiver skulle have en fordel af at blive bundet af sit tilbud.²⁹

Umiddelbart kan tilbudsgiver, da der er partsautonomi i common law, aftale sig frem til, at han er bundet af tilbuddet i fristperioden, hvis dette skulle være nødvendigt for, at tilbuddet bliver anset for mere seriøst. På

27. Se Lando m.fl., Udenrigshandlens kontrakter, 5. udg., 2005. Farnsworth, *On Contracts*, bind 1-3, 1990, s. 106-107, Treitel, s. 7 ff., og Cheshire & Fifoot, *The Law of Contracts*, 1986, s. 26 ff.

28. Treitel, s. 52.

29. Farnsworth & Young, s. 40.

den anden side kan tilbudsmodtageren vælge at give tilbudsgiveren consideration, og det bliver så tilbudsmodtageren, som fastsætter, at fristen er bindende.

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

3. Økonomisk perspektiv 100 år efter aftaleloven

100 år efter aftaleloven og oprettelsen af det, vi i dag kender som CBS, og dermed et universitet for handelsvidenskab, er kontraktretten udfordret af den økonomiske videnskab.

De juridiske regler, som regulerer mekanismen for aftaleindgåelsen, har ligeledes indflydelse på parternes incitament og de allokativ implikationer for aftalen. Selve proceduren ved at indgå aftaler mellem parter har dermed reelt indflydelse på det resultat, der kommer ud af forhandlingen, samt på, hvorvidt resultatet er efficient. Som Avery Katz formulerer det:³⁰

»From a regulatory vantage point, estoppel and related legal doctrines operate as economic regulations; they shape the bargaining process by influencing the negotiators' incentives to make and to rely on preliminary communications. As with all economic regulations, however, some rules do better than others at promoting efficient exchange, and lawmaker interested in maximizing social wealth must take this into.«

I den traditionelle juridiske opfattelse af aftaleindgåelse ses reglerne primært som et deklatorisk redskab til fortolkning og udfyldning af parternes kontrakt, og reglerne skaber således en tydelig baggrundsret for

30. Katz, When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, Yale Law Journal, Vol. 105, No. 5, 1996, s. 1249-1309, s. 1250 (Katz I).

aftaleindgåelsen med henblik på at skabe retssikkerhed, undgå misforståelser og sikre ensartet regelanvendelse for aftalens parter.¹¹

»In this traditional view, contract formation rules are primarily social conventions that serve to help contracting parties coordinate their agreements, by ensuring that the parties attach the same meaning to their objective manifestations and that their meaning will be understood by third parties called upon to enforce the agreement.³² Describing and promulgating the prevailing conventions: protecting the reliance investments of those who operate according to them; providing newcomers with incentives to learn them; and assisting everyone in applying them in ambiguous and novel situations all for the sake of averting misunderstandings.«

Kontraktparter er således styret af den baggrundsret, der gælder for deres aftaler. Det er derfor ikke muligt at skabe en uniform ret, der vil være efficient for alle som udgangspunkt, da alle kontraktparterers adfærd er påvirket af det retssystem, der ligger bagved deres kontrakter. Der er altså sociale omkostninger forbundet ved at skifte fra et system til et andet. »This is why it is sometimes more important to have the law settled, and less so to have it settled correctly.«* Men derfor bør man ifølge Katz alligevel se på, om baggrundsretten er efficient. Der er den konsekvens af baggrundsretten, at den påvirker den effektive allokering og fordeling af goder, og baggrundsretten påvirker aftaleparterernes incitamenter til at agere strategisk, og dermed i sidste ende vil baggrundsretten påvirke, hvilke typer af kontrakter der indgås.³⁵

Hvis man stiller parterne i en situation, hvor de skal indgå en aftale på de vilkår, som gælder efter reglerne i dansk ret, så vil det være muligt ved hjælp af økonomisk kontraktteori³⁶ at undersøge, hvilke implikationer de danske regler medfører for parterne. Sætter man ligeledes parterne i en situation, hvor de skal indgå en aftale på de vilkår, der gælder efter reg-

31. Se også Christina D. Tvamø, Når man skal harmonisere aftaleretten i EU, Julebog 2001, 2001, s. 9 ff.

32. Katz I, s. 1250 og samme forfatter, The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation, Michigan Law Review, Vol. 89, No. 2, 1990, s. 215-295.

33. Ibid, s. 1251.

34. Katz I, s. 1253.

35. Katz I, s. 1252.

36. Katz, Contract Formation and Interpretation, 1998, New Palgrave Dictionary of Economics and Law, s. 425-431 (Katz II).

leme efter engelsk common law, vil det være muligt at undersøge og klarlægge, hvilke implikationer de engelske regler medfører for parterne.

I henhold til økonomisk teori gælder, at øges omkostningerne ved aftaleindgåelsen, vil det medføre, at færre forhandlinger vil blive indledt og dermed at færre aftaler vil blive indgået.³⁷ Der kan identificeres en række omkostninger i forbindelse med de regler, som regulerer forhandling af aftaler, og dermed de omkostninger, der opstår ved at afgive tilbud og accept. Der er mange formaliteter, som skal overstås, før en aftale kan anses for indgået. Hvornår parterne er bundet, er dog forskelligt fra dansk til engelsk ret, hvilket er genstanden for analysen.

Derfor har de regler, som regulerer aftaleindgåelsen, betydning for allokeringen af disse omkostninger og for, hvordan omkostningerne ved aftaleindgåelsen vil influere på forhandlingen mellem parterne, og på, hvorvidt forhandlingen vil finde sted. Der er to alternative metoder til at finde det optimale forhold i forbindelse med aftaleindgåelse mellem to parter og reglernes påvirkning af parternes incitament.³⁸ Baggrundsretten har betydning for allokeringen af kontraktens omkostninger og output.

Med udgangspunkt i Coase-teoremet gælder,⁴⁰ at hvis forhandling mellem parter i forbindelse med aftaleindgåelse er omkostningsløs og problemfri, så vil juridiske regler og regulering ikke have nogle allokativ konsekvenser.⁴¹ Således vil uregulerede parter forhandle sig frem til et efficient resultat.⁴² Hvis den individuelle part i forbindelse med en aftaleindgåelse ved at agere strategisk kan forandre fordelingen af gevinster fra aftalen,⁴³ eller hvis parterne agerer under asymmetrisk information,⁴⁴ vil parterne derimod ikke nå til en efficient allokering i kontrakten.

37. Katz II, s. 425-431.

38. Ibid.

39. Ibid.

40. Coase, The Problem of the Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 1960.3, s. 1-44.

41. Katz II, s. 425-431.

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

43. Cooter, The Cost of Coase, *Journal of Law and Economics*, 1982, Vol. 3, s. 1-44 og Crawford, A Theory of Disagreement in Bargaining, 1982, Vol. 50, s. 481-553.

44. Samuelson, A Comment on the Coase Theorem, Roth, *Game-theoretic Models of Bargaining*, 1985.

De omkostninger ved præ-aftaleindgåelse, som går tabt, fordi aftalen ikke bliver indgået, anbringes alt andet lige mest efficient hos den part, som har den største ex post forhandlingsstyrke, hvilket i sig selv afhænger af markedsstrukturen, information, parternes grad af risikoaversion og tidspræference⁴⁵

Dette argument bygger på teorien om, at en optimal investering kræver, at omkostningerne og gevinsterne ved at foretage en investering allokteres til den samme person.⁴⁶ Fordi den part med den største forhandlingsstyrke forventes at opnå størstedelen af aftalens samlede gevinst, skal denne part også bære det tab, som opstår, hvis der ikke forhandles en aftale på plads mellem parterne. I den indledende fase af aftaleindgåelsen betyder det, at en aftalepart kun skal være bundet af sit tilbud, hvis denne part har den største forhandlingsstyrke⁴⁷

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

Hvis en tilbudsgiver derimod altid er bundet af sit tilbud, vil dette give for stor magt til tilbudsmodtageren og flytte hele byrden ved aftaleindgåelsen over på tilbudsgiveren, hvilket ikke er efficient. Efter de engelske regler bliver parterne således bundet på samme tid i modsætning til de danske regler, hvor tilbudsgiveren er bundet før aftalens indgåelse, uden at tilbudsmodtageren tilsvarende er bundet.

Det afgørende er efter økonomisk teori⁴⁸ hvordan tilbudsgivers incitamenter til at turde fremsætte tilbud, hvis han er bundet, påvirker hans beslutning om at fremsætte tilbud i forhold til den situation, hvor han ikke er bundet af sit tilbud før aftalens indgåelse.

Hvis tilbudsgiver ikke er bundet af sit tilbud, er han stillet mere fleksibelt, og denne fleksibilitet skal betragtes som et gode for tilbudsgiver, og dermed er denne regel en fordel for tilbudsgiver, da den giver ham mu-

45. Katz, *The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*, *Yale Law Journal*, 105, 1996, s. 1249-1309 (Katz III).

46. For denne teori, se Grossman & Hart, *The Cost and Benefits of Ownership, a Theory of Vertical and Lateral Integration*, *Journal of Political Economy*, 1986, Vol. 94, s. 691-719.

47. Katz III, s. 1249-1309.

48. Steven Shavell, *Basic Theory*, *New Palgrave Dictionary and Economics and Law*, 1998, s. 436-445.

lighed for at disponere til andre sider. Dette vil have en indflydelse på prisen, da tilbudsgiverens omkostninger er lavere med denne regel, hvilket svarer til overenskomstprincippet.

Hvis tilbudsgiver derimod er bundet af sit tilbud, gælder modsat, at tilbudsmodtager vil bruge flere ressourcer på at undersøge tilbud i tillid til, at tilbudsgiver er forpligtet af sit tilbud i en given periode. At tilbudsgiver således er bundet af sit tilbud, skal betragtes som et gode for tilbudsmodtager, og denne regel er således en fordel for tilbudsmodtager, da tilbudsmodtager således kan disponere til anden side i tiltro til, at tilbudsgiver allerede er forpligtet af sit tilbud. Dette støtter op om løfteprincippet i dansk ret, der har til hensigt at sikre omsætningskæden.

Hvis tilbudsgiveren ved, at hvis han (af egen vilje) lader sig binde af sit tilbud i en given periode, vil dette øge værdien af transaktionen for tilbudsmodtager. Dette følger af det generelle økonomiske princip, at kan en given regel øge det samlede forventede afkast, så vil parterne være bedre stillet ved at anvende denne regel frem for den modsatte regel. Dette støtter op om overenskomstprincippet.⁴⁹ Katz har engageret sig i økonomiske studier om indgåelse af kontrakter, herunder fra hvornår et løfte skal binde afgiveren, og konkluderer:⁵⁰

»The rules of contract formation in general ... affect reliance decisions through a common strategic pattern. At the outset, the parties' background rights are established by the legal framework - specifically, whether an offer or promise as binding as an option.«

Katz argumenterer for, at fra et lovgiverperspektiv, er det afgørende at fremme efficient afhængighed (tillid) mellem parterne, og for, at omkostninger forbundet med tabt afhængighed (tillid) skal allokere til »the least-cost avoider«, hvilket er den part, der har den største forhandlingsstyrke.⁵¹ Dette kan i nogle tilfælde være tilbudsgiver, men i andre tilfælde vil det være tilbudsmodtager.

Den part, der har størst forhandlingsstyrke, vil også ifølge Katz' argumentation få mest ud af afhængigheden (tilliden) i kontraktindgåelsesfa-

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

50. Katz III, s. 1308.

51. Katz III, s. 1303.

sen. Det er den part, der skal bære omkostningen (sunk cost), hvis kontrakten ikke går igennem. Dette er den økonomisk efficiente løsning. Men hvis baggrundsretten placerer omkostningen på den forkerte part, så vil incitamenterne til at indgå en aftale være inefficiente. Jo større omkostningerne ved at indgå kontrakten er, og jo mere inefficient baggrundsretten er, des mindre attraktivt er det for den part med lavest forhandlingsstyrke at overveje at indgå i kontrakten. Katz konkluderer, at hver enkelt part er nærmest til at koordinere beslutningerne:⁵²

»Both parties to a transaction have good control over its timing because of the sequential link between their actions. The offeree can always avoid or delay reliance until the underlying uncertainty is resolved or until the parties conclude a mutually binding agreement. Similarly, the offeror can prevent premature reliance by delaying her offer and by avoiding advance representations that an offer is forthcoming. Thus, either party, given the incentives to do so, can coordinate the optimal decision.«

Baggrundsretten har således stor betydning efter Katz' analyse, da baggrundsretten påvirker parternes adfærd før selve aftaleindgåelsen og dermed får betydning for de specifikke investeringer, som parterne overvejer at foretage.⁵³ Det har stor betydning, hvem der foretager investeringer, hvor produktive investeringerne er, hvilken information parterne har, hvilken forhandlingsstyrke parterne er i besiddelse af, og hvem der er nærmest til at bære omkostningerne ved, at handlen ikke bliver til noget. Den korrekte baggrundsret kan fremme efficiente investeringer, hvorimod den forkerte baggrundsret kan hæmme efficiente investeringer. I praksis vil en hvilken som helst privatretlig regulering dog være imperfekt og svær og omkostningsfuld at implementere mellem private parter.⁵⁴

4. 100 år efter aftaleloven - partneringaftaler og fælles optimering

Den danske baggrundsret bygger som nævnt på hensynet til samhandlens sikkerhed, tiltroen til det formueretlige tilsagn, et ord er et ord og sikkerhed i omsætningsforholdet. Disse parametre leder til, at parterne

52. Katz III, s. 1304.

53. Katz III, s. 1308.

54. Katz III s. 1307-1309.

forpligter sig til at levere nøjagtigt den ydelse, som er aftalt, og ikke mere end det.

I dag, 100 år efter aftalelovens ikrafttræden, er andre typer af aftaler taget i anvendelse. Aftaler, der ikke bygger på baggrundsrettens incitament til egenoptimering, men derimod aftaler, der bygger på fælles optimering. Det er de såkaldte partneringaftaler, der anvendes i stor udstrækning i f.eks. Storbritannien og i mindre skala i Danmark.⁵⁵

Optimering af projektet kommer således før optimering af egen indtjening, hvilket fremgår af den britiske standardaftale for partnering, PPC 2000, § 4.1.⁵⁶ Ligeledes fremgår det af § 4.1 og § 4.2, at dedikation i forhold til de aftalte fælles mål og optimering af »efficiency«, kapitalomkostninger, life-cycle-cost, produktivitet, tum-over og profit er et fælles mål for alle parterne i projektet. I den danske udgave af partnering-standard-aftalen BYG2005⁵⁷ forpligter parterne sig til, jf. § 2.1:

»Partneringprocessen gennemføres i et tæt samarbejde baseret på engagement, åbenhed, ærlighed og gensidig respekt.«

Endvidere forpligter parterne sig til at skabe en proces, som sikrer, at parterne efterlever kvalitative, tidsmæssige og økonomiske mål samt:

- »at efterleve de i fællesskab fastlagte rammer og spilleregler for teamarbejdet,
- at bidrage aktivt til et positivt, konstruktivt og løsningsorienteret samarbejdsklima for alle involverede parter,
- at sikre optimal integration mellem projektering og udførelse.«

I såvel BYG2005 som PPC2000 lægges der vægt på, at parternes samarbejde skal ske til fordel for projektet. Således skal formålsbestemmelserne forstås på en sådan måde, at det er i strid med partneringaftalen at arbejde alene ud fra ønsket om at optimere egen nytte. Såvel den danske som den britiske partneringaftale lægger stor vægt på eksplicite parametre

55. Christina Tvamø, Kontrahering af fælles optimering, Partneringaftaler i et komparativt og spilteoretisk perspektiv, Østergaard, Mortensen & Lyngsie (red.), Rets- og kontraktøkonomi, 2016, s. 13-35.

56. PPC2000, amended 2008, ACA standard Form of Contract for Project Partnering, Construction Excellence in the Build Environment, Construction Industry Council, ACA and Towers & Hamlins LLP, 2008, udarbejdet af Mosey, § 1.3.

57. Dansk byggeri, <https://www.danskbyggeri.dk/media/4963/17124partneringwebudgave05.pdf>

som fælles mål og optimering, maksimering af fælles nytte og indtjening, tillid og samarbejde, minimering af omkostningerne og risikoen for konflikter mellem aftaleparterne samt reducere af antallet af tvister, krav og juridiske omkostninger.⁵⁸ For at opnå dette fastsætter partneringaftalen et sæt fælles målsætninger, som endvidere skaber et forum mellem parterne, der skal sikre en åben kommunikation for derigennem at øge den gensidige respekt og tillid mellem parterne. Af § 6.2 i BYG's partneringaftale fremgår det, at:

»Der er fuld åbenhed om økonomien, og alle parter er medansvarlige for at sikre, at økonomien holdes indenfor budgetrammen og er forpligtet til at medvirke til at optimere økonomien med henblik på at opnå en øget indtjening/besparelse for alle parter.«

Kravet om åbne regnskaber fremgår flere steder i PPC2000. Parterne forpligter sig til at sikre gennemsigtighed i forbindelse med alle partnering-dokumenter, jf. § 3.1, hvorefter det fremgår, at for at opnå gennemsigtighed og gensidighed i samarbejdet forpligter parterne sig til at udveksle informationer i og om alle situationer, der relaterer sig til projektet, og til at organisere og integrere alle aktiviteter i forbindelse med projektet som et samarbejdende team. Endvidere fremgår kravet om åbne regnskaber af § 10.1 (i) samt definitionen i bilag 1 i PPC2000, hvorefter parterne forpligter sig til at oplyse om: Alle priskomponenter, profit, overheads, omkostninger til alle materialer, varer, udstyr, arbejds løn, service og andre udgifter og indtægter. Parterne forpligter sig til at oplyse om alle eksisterende og relevante opgørelser, regnskaber og budgetter, breve, aftager, ordre, fakturaer og kvitteringer til de andre parter.

Både den danske⁵⁹ og den britiske partnering-standardaftale opstiller positive incitamentsaflønninger, der skal sikre, at når parterne er fælles om at skabe en merværdi, skal de også aflønnes med en procentdel af den større gevinst/besparelse, som de er fælles om at skabe. Denne positive incitamentsaflønning skaber grundlaget for, at parterne ændrer adfærd fra egen-optimering, f.eks. i form af at holde besparelser for sig selv, til fælles optimering, hvor der arbejdes på at skabe den største kage, og hvor

58. Christina Tvamø, To Bind or Not to Bind, It's in the Contract, *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*, Vol. 1, nr. 4, 2015, s. 288-314.

59. Christina Tvamø, Nogle særlige karakteristika ved partneringaftaler i byggebranchen, *U 2003 B*, s. 366.

gevinster og besparelser kastes i en fælles pulje for at blive delt på et senere tidspunkt. Britiske studier viser, at det er muligt at spare 9 procent gennem partneringkontrakter.⁶⁰

Hensigten med incitamentsaflønningen er, at den er positiv, og at den er præcis så efficient, at parternes adfærd per se vil efterleve de positive elementer og mekanismer, der er inkorporeret i kontrakten, fordi det kan betale sig for alle parter at gøre dette. Dette fremgår eksplicit af PCC2000 §13.1, hvori det hedder, at incitamenterne skal opfordre parterne til at maksimere deres indsats med henblik på at optimere projektet. Det fremgår endvidere af § 13.2, at alle godkendte besparelser og tilført værdi til projektet skal medregnes og deles efter procentsatserne, som er fastsat af parterne, til fordeling af overskuddet. Parterne aflønnes i forhold til de *Key Performance Indicators*, der er opstillet i § 4, hvilket bl.a. er efterlevelse af fælles mål, øget efficiens, skabelsen af et fællesskab, der bygger på tillid, samarbejde, reducere af *whole life costs*, tidsbesparelser, nedbringelse af fejl samt øget produktivitet, profit og kvalitet.

De juridisk forpligtende klausuler om et forpligtende samarbejde, fælles mål, brug af positiv incitamentsaflønning, åbne regnskaber (gennemsigtighed) og samarbejde er karakteristika, som ikke forekommer særlig ofte i mere traditionel kontraktpraksis og yderst sjældent på samme tid. Dette er ikke kontraktelementer, der var på tale for 100 år siden, da baggrundsretten blev etableret.

Som Katz konkluderede, har baggrundsretten betydning for kontraktparterers adfærd, og dermed betyder baggrundsretten, at der skal en markant ændring til mellem kontraktparter, hvis de skal gå fra den kendte egen-optimering til fælles optimering.

Partneringaftaler har stor udbredelse i Storbritannien, men mindre udbredelse i Danmark. Dette kan hænge sammen med overenskomst-

60. Data stammer fra følgende projekt: In August 2016, Futures Housing Group became the first organisation in the world to adopt the Framework Alliance Contract (FAC-1). It will be used during a 2016-2020 elemental repairs programme to improve 9,000 social housing properties. This case study explains the thinking behind the project, the route to market, the type of contract to use and the delivery of a successful alliance of mostly small contractors. Since launching on 1 August, the framework has seen the first call off contracts by direct award for pilot programmes of heating installation. Kitchen installation and bathroom installation. Site surveys have taken place and costs returned showing an average cost saving of 9.3 % against the previous framework. The first mini-competition under the framework was for repairs to a fire damaged property.

princippet, som stiller løftedgiver og løftemodtager lige, modsat løfteprincippet, der skaber et haltende retsforhold, der som udgangspunkt pålægger løftedgiver at være bundet, mens løftemodtager ikke er det. Baggrundsrettens udgangspunkt kan medvirke til, at mere efficiente aftaler bedre lader sig gennemføre i lande, hvor overenskomstprincippet og et frit markedøkonomisk udgangspunkt har været styrende for samhandelen. Det danske samfund var i århundreder præget af monopol og restriktioner for handel. England, derimod, havde et andet samfundsperspektiv og en anden baggrundsret, der i dag medfører en større åbenhed for og anvendelse af andre typer af kontrakter.

5. Perspektiver på handelsvidenskab

Det har ikke været hensigten med denne artikel at foreslå en ændring af aftaleloven. Dette arbejde er allerede påbegyndt andre steder, f.eks. af Torsten Iversen, der har præsenteret en omfattende analyse heraf.¹⁷¹ Hensigten har i stedet været at sætte fokus på aftaleloven i et juridisk og økonomisk perspektiv, da dette år er jubilæumsår dels for aftaleloven, dels for Copenhagen Business School.

Handel og erhverv har været reguleret siden middelalderen. Regulering af laug og gilder kan føres tilbage til 1100-1200-tallet, ikke kun i Danmark, men også i England, Frankrig, Tyskland og Holland.⁶² Der var i England i forhold til Danmark langt større fokus på priskonkurrence end på monopol, og dermed blev laugenes position aldrig så stærk i England som tilfældet var i Danmark.¹⁷³ Disse privatretlige regler organiserede og administrerede vilkår og betingelser, herunder marked og uddannelse for de enkelte håndværkslaug og handelsgilder og stod også for en form for social organisering, f.eks. underhold af enker, bøm og ildestedte kollegaer. Derudover skabte reglerne grundlag for monopollignende tilstande, der i de fleste lande blev støttet af kongemagten.⁶⁴

61. Torsten Iversen, *Reform af de nordiske aftalelove - pro et contra*, Andersen, Bærlund, Flodgren & Giertsen (red.), *Aftaleloven 100 år*, 2015, kap. 16.

62. Lind Hansen, *Den første handelsundervisning*, i *uddannelseshistorie*, 1987, årbog, 21 fra selskab for dansk skolehistorie, s. 83 og Henningsen, *Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark*, 1944, kap. 1 (Henningsen).

63. Henningsen, s. 12-14.

64. Ibid, s. 47.

Reglerne for handel blev således dels skabt af de handlende selv gennem privat regulering, dels støttet af regulering gennem kongelig anordning. Samtidig med at håndværket blev kraftigt reguleret, blev det beskattet. Beskatningen mellem det begrænsede landhåndværk og det monopoliserede byhåndværk var forskellig, således at byhåndværkere blev hårdere beskattet end de få godkendte landhåndværkere, hvilket styrkede ønsket om monopolbeskyttelsen i byerne for at kunne klare konkurrencen.

Monopol-opretholdelsen ledte også til en grad af karteldannelse, og i reskript af 9. april 1790 blev samtlige befalingsmænd og biskopper i Danmark og Norge pålagt at udbyde håndværksarbejdet på offentlige bygninger i licitation, »saaledes at Alle og Enhver maa paatage sig Arbeidet, og til dets Udførelse bruge hvilke Haanverker de selv ville«. ⁶⁵

Jurist, etatsråd og senere professor i statistik Frederik Thaarup foreslog allerede i 1793, at der blev oprettet en videnskabelig handelsuddannelse i Danmark, med henblik på at der skulle bedrives undervisning og videnskab inden for handel. "Fokus for handelsvidenskaben var dels handelsret, dels handelsøkonomi. Thaarup var både jurist og økonom og havde dermed bred handelsmæssig kompetence. Hans egentligt videnskabelige uddannelses tanker ses i 1820, hvor han og Grosserer-Societets Committee fremlagde en plan for handelsuddannelse, der skulle indeholde handelslovgivning, varekundskab, nationaløkonomi, særligt med økonomisk liberalisme og ligevægtsteori som udgangspunkt. ⁶⁷

Andre lande i Europa havde oprettet videnskabelige handelshøjskoler, f.eks. i Antwerpen i 1855 og i Paris i 1881, og de handelsvidenskabelige tanker fra 1793 blev igen overvejet i Danmark med både tilsvarende og yderligere indhold. ⁶⁸ Handel, handelslovgivning, nationaløkonomi, statistik, videnskabsteori, praktisk handel som bogholderi, sprog og regning på videnskabeligt niveau efter opnåelse af realeksamen blev foreslået, men ikke gennemført.

Den første danske lærebog i handels videnskab så dagens lys i 1894, indeholdende formueret, handelsret, søret, en række økonomiske fag som nationaløkonomi, statistik og videnskabsteori mv" Først med de første

65. Henningsen, s. 67.

66. Jacobsen & Sørensen, CBS gennem 100 år, 2017, s. 14 (Jacobsen & Sørensen).

67. Ibid, s. 15.

68. Jacobsen & Sørensen, s. 19.

69. Ibid, s. 20-24.

forelæsninger den 1. oktober 1917 blev det, man i dag kender som CBS, oprettet som en selvstændig afdeling - Købmandsskolens Handelshøjskoleafdeling - på Skt. Annæ Plads for at give et:⁷⁰

»dybdegaaende teoretisk kendskab til de forskellige Omraader af det moderne Handelsliv og som Forudsætning derfor et Overblik over fag som Økonomi, Retslære, etc., der i mange Tilfælde danner baggrund for en virkelig Forstaaelse af de specielle Handelsvirksomheder«.

Gennem det århundrede, der lå før aftaleloven og grundlæggelsen af det, vi i dag kender som CBS, lå således en brydningstid, hvor gamle monopoler blev opløst, og nye formueretlige regler blev indført ved lov. Handelsret og markedsøkonomi var således særlige emner for handelsvidenskaben, der skulle varetages af Handelshøjskolen i København i 1917.

Handel og erhverv har været reguleret siden middelalderen, men for 100 år siden trådte den første lov om aftaler og andre retshandler i kraft i Danmark, og siden er mange flere private og offentlige regler blevet indført for at regulere handlen.

At jura og økonomi har betydning for handel og aftaleindgåelse, ses i mange sammenhænge, herunder cand.merc.(jur.)-studiet på CBS, som blev grundlagt i 1984 og nu har 33 års erfaring med at integrere juridiske og økonomiske analyser om handelsmæssige problemstillinger.

Denne artikel har analyseret en lille del af aftaleloven, nærmere bestemt aftalelovens § 1, 1. pkt., og sammenlignet denne danske regel med den engelske regel. Løfteteorien er og har været bestemmende for handelsadfærd mellem private parter i mere end 100 år, da aftaleloven på en lang række områder videreførte allerede eksisterende praksis og sædvaner. Spørgsmålet er, her på 100-året for aftalelovens indførelse, om det er de mest efficiente regler for handel og aftaleindgåelse, vi finder i baggrundsretten. Økonomisk teori anskuer de juridiske regler ud fra, hvor efficiente reglerne er, og meget taler for, at det engelske overenskomstprincip stiller parterne mere efficient end det danske løfteprincip. Ligeledes er princippet bag partneringaftalen udsprunget fra USA og Storbritannien, hvor overenskomstprincippet er grundlaget for aftaleindgåelsen. Partneringaftalens udbredelse er langt større i USA og Storbritannien end i Skandinavien, herunder Danmark.

70. Ibid, s. 33.

Nye aftaleformer er kommet til, aftaleformer, der har fælles optimering som mål i stedet for sikkerhed i omsætningskæden, som var det bærende princip for 100 år siden. I dag handler det om at optimere resultatet af kontrakten i stedet for at minimere risikoen og dermed alene optimere sin egen profit. Sammenholdes økonomi og jura i forhold til at anskue kontraktindgåelsen, kan andre perspektiver inddrages og andre økonomiske resultater opnås, hvilket f.eks. gælder i forhold til anvendelsen af partneringaftaler.

Hvad de næste 100 år vil bringe på det aftaleretlige område, bliver spændende at forske i. På 100-året for såvel CBS som aftaleloven skal det blot konkluderes, at ideen, fostret i 1793 og påbegyndt i 1917, om at forske og uddanne i handelsvidenskab med særlig fokus på handelsret og handelsøkonomi var både relevant og nødvendig, og at der stadig er meget forskning inden for dette felt, der venter på at blive udført.

Grundtræk af Aktieselskabsloven af 1917 i nordisk perspektiv

Professor Søren Friis Hansen

1. Den første danske aktielov fylder 100 år

Den 29. september 1917 blev den første danske lov om aktieselskaber stadfæstet efter mange års forarbejder.¹ Danmark fik således sin første aktieselskabslov samme år, som Handelshøjskolen i København blev grundlagt, og begge kan i 2017 fejre 100 års fødselsdag. Danmark var det sidste land i Skandinavien, der fik en lov for aktieselskaber. Den første danske aktielov var stærkt påvirket af lovgivningen i landene omkring os. Siden blev 1917-loven afløst af aktieselskabsloven af 1930. Denne lov blev i 1973 afløst af en ny lov om aktieselskaber, der var baseret på et fællesnordisk lovforberedende arbejde, og ved samme lejlighed blev anpartsselskabet indført i Danmark. I 2009 blev reglerne om kapitalselskaber samlet i lov om aktie- og anpartsselskaber.

I denne artikel gennemgås hovedtrækkene af den første danske aktieselskabslov, og der perspektiveres til de tidligste norske og svenske aktielove. Herved fremtræder de retlige gener, som nutidens nordiske selskabslovgivning har til fælles.

1.1. Selskabsretten indtil 1917

I det 17. og 18. århundrede opstod i Danmark, som i andre europæiske stater, kongeligt octroierede Compagnier, der minder om vore dages aktieselskaber. Disse compagnier var oprettet med det hollandske ostindische

1. Lov om Aktieselskaber, jf. lov nr. 468 af 29. september 1917.

Kompagnie, der blev stiftet i 1602, som forbillede. Med dette Compagnie anvendtes for første gang terminologien »Aktie« og Aktionnist«, der senere blev til »Aktionær«.² Det første danske Compagnie var det ostindiske Compagnie, der stiftedes i 1616.³ Disse selskaber dannede rammen om store handelsvirksomheder, der drev virksomhed i kolonierne. I Danmark blev det ved kongelig forordning af 16. april 1681 bestemt, at alle »formelle Societeter« skulle oprettes på baggrund af en skriftlig kontrakt, der skulle registreres hos Magistraten, men uformelle samvirker om erhvervsvirksomhed kunne fortsat indgås.

Aktieselskabet udviklede sig som den juridiske ramme om større erhvervsvirksomheder i Europa fra slutningen af det 18. århundrede. Efterhånden indførtes i en række europæiske stater lovregulering af disse selskabers forhold/ Af størst betydning var Napoleons Code de Commerce fra 1807, hvis regler om aktieselskaber blev afløst af loi de 24 juillet 1867. Af væsentlig betydning var Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch fra 1861, hvis regler om Aktiengesellschaften blev ændret ved Aktieretsnovellen fra 1884.³

Den første danske selskabsretlige lov var firmaloven af 1862. Med denne lov indførtes det fra fransk ret kendte system, hvorefter selskaber skulle registreres i et offentligt handelsregister. Ved registrering af et selskab i handelsregisteret blev selskabets vedtægter dels gjort tilgængelige for offentligheden, dels tillagt selskabsretlig gyldighed, jf. 1862-lovens § 14.⁶ Firmaloven af 1862 indeholdt kun få materielle bestemmelser. Loven stillede krav om, at »anonyme Selskaber«, jf. § 6, skulle registreres i Handelsregisteret, og lovgiver forudsatte således, at sådanne selskaber

2. Se Karl Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Band I, 1898, s. 51-55, og Kristian Sindballe, *Dansk selskabsret II*, 1932, s. 10.
3. Se Carl Torp, *Om Interessentskab*, 1919, s. 179 f.
4. Se nærmere om aktielovgivningen i de enkelte europæiske stater hos Achilles Renaud, *Das Recht der Actiengesellschaften*, 2. Aufl. 1875, s. 32-55, samt Karl Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, 1898, Band 1, s. 68-89.
5. Se Oscar Platou, *Forelæsninger over norsk selskabsret II*, 1911, s. 6: »Bestemmelserne i Code de com. blev Udgangspunktet for Nutidens Aktieret.« Om den tyske 1884-aktienovelle hedder det (s. 13 f.): »Den har øvet væsentlig Indflydelse paa den svenske Lov 28/6 1895 og har havt megen Betydning for det norske Udk. til Aktielov 1894, som imidlertid paa en Række Punkter er mere selvstændigt, idet den har søgt saameget som muligt at knytte sine Forskrifter til den bestaaende Praxis.«
6. Jf. lov af 23. januar 1862 om Benyttelse af Firmaer. Se om baggrunden for reglen om selskabsretlig gyldighed Søren Friis Hansen, *Nordisk Tidsskrift for selskabsret*, 2013:3, s. 1-23 med henvisninger.

eksisterede. Tilsvarende regler fandtes i fimaloven af 1889. Disse regler blev ophævet ved aktieselskabsloven af 1917, jf. dennes § 60. Derudover indeholdt fimalovene ingen materielle regler om aktieselskaber.

Mod slutningen af det 19. århundrede fremkom fra flere sider forslag om at ordne aktieselskabernes forhold ved lov. Disse forslag stødte imidlertid på stor modstand fra politikere og erhvervskredse.⁷ Efterhånden som såvel Norge som Sverige havde indført en lovregulering af aktieselskabernes forhold, stod det klart, at også Danmark måtte følge trop og indføre en aktielov. Dette skete endeligt ved aktieselskabsloven af 1917 (ASL 1917).

1.2. Anerkendelse af den begrænsede hæftelse i Danmark

Udviklingen af selskabsretten i Europa satte sig også spor i Danmark. I begyndelsen af det 19. århundrede var udgangspunktet i dansk ret, at personer, der havde indgået en interesse i selskabskontrakt, hæftede solidarisk over for fælleskreditorene for forpligtelser indgået på interessentskabets vegne. 100 år før vedtagelsen af den første danske aktielov antog Hurtigkarl imidlertid, at hvor det fremgik af et selskabs vedtægter, at selskabsdeltagerne alene skulle hæfte med de af dem indskudte aktiver, så kunne den tredjemand, der gennem kongelig konfirmation eller ved bekendtgørelse var bekendt med vedtægternes indhold, alene gøre sit krav hidrørende fra en med selskabet indgået kontrakt gældende over for den i selskabet indskudte formue.⁸ I en anmeldelse af Hurtigkarls fremstilling konstaterede datidens største jurist A.S. Ørsted tilsvarende om de »anonyme Selskaber« (Ørsteds egen fremhævelse):⁹

7. Se om kampen for og imod en aktieselskabslov, Inger Diibeck, *Aktieselskabernes retshistorie*, 1991, s. 107-133 (Dübeck). Se også Carl Torp, U 1908 B, s. 297-306, der argumenterer mod de fra erhvervslivets side fremførte indvendinger over for vedtagelsen af en dansk aktielov.
8. Lov om Aktieselskaber, jf. lov nr. 468 af 29. september 1917.
8. Se Frederik Theodor Hurtigkarl, *Den danske og Norske Private Rets første Grunde, Anden Deels andet Bind*, 1817, s. 269: »Skulde imidlertid Summen af det, som efter Contracten burde præsteres, overstige det, som af Interessenterne var indskudt i Interessentskabet, maatte Interessenterne, hvis den af Kongen confirmerte eller for den med Interessentskabet contraherende Person bekientgjorte Convention fastsatte, at man ikke kunde holde sig til mere end de indskudte Ting, tage denne til Følge.«
9. Jf. Anders Sandøe Ørsted, *Nyt juridisk Arkiv*, 25. Bind, 1818, s. 126.

»Enhver, der indlader sig i at give et saadant Selskab Credit, kan blot regne på *Selskabets Formue* og conventionelle Indkomster, men ingenlunde paa *Medlemmernes personlige Formue*. Foruden at Medlemmerne er aldeles foranderlige, have de ingenlunde overladt deres hele Formue til Selskabets Disposition, men blot paataget dem, saalænge de blive i Selskabet, at yde visse bestemte Bidrag. Den, der indlader sig i Contractsforhold med et saadant Selskab, maae gjøre sig bekendt med sammes Ressourcer, og tager han feil af denne moralske Persons Vederhæftighed, forholdes der paa samme Maade, som naar man giver en physisk Person Credit, som han ikke kan svare til.«

Mens stiftelse af selskaber, hvor deltagerne ikke hæftede for selskabets gæld, efter den svenske lov af 1848 krævede regeringens godkendelse, kunne borgerne efter dansk ret frit stifte selskaber, der udgjorde en juridisk person.¹⁰ Med Højesterets dom af 1. maj 1827 blev det slået fast, at også et anonymt selskab oprettet uden kongelig confirmation skulle anerkendes efter dansk ret som en selvstændig juridisk person, og at selskabets kreditorer følgelig måtte holde sig til selskabets formue. Herved måtte den kreditor, der havde været underrettet om selskabets status som anonymt selskab, selv bære risikoen for eventuelle tab på engagementet med selskabet."

2. Sverige 1848-1910

I den svenske lov af 1734 fandtes i Handelsbalken, XV Capitel regler om *»huru bolag skal läggas, hållas och brytas«*. Det bolag, der var reguleret i

10. I Frankrig og Tyskland og Frankrig forudsatte stiftelse af aktieselskaber regeringens godkendelse indtil 1867, hhv. 1870, jf. Kristian Sindballe, *Dansk Selskabsret* III, 1932, s. 11 f. Se for dansk ret Bang, *Juridisk Tidsskrift* XVI, 1829, s. 55 f., der anfører: »Den danske Lovgivning har intet almindeligt Forbud mod at stifte juridiske Personer; og Oprettelsen afsaadanne uden Regieringens Samtykke kan ei heller ansees stridende mod almindelige Statsrets Grundsætninger.«
11. Jf. hertil Bang, *Juridisk Tidsskrift* XVI, 1829, s. 56, og Gram, *Den danske Formueret*, Anden Deel, Andet Bind, 1864, s. 645 f., der konstaterer, at selskabets kreditorer kun kan forlange fyldestgørelse af selskabets formuemasse. Gram anfører, at denne regel er en: »ligefrem Følge af den Begrænsning af de enkelte Medlemmers Forpligtelse, der fuldkomment lovlig er vedtaget og som derhos er tilkendegivet den Trediemand, med hvem der er handlet, derved, at Selskabet er stiftet anonymt. Han maa vide, at han kun kan holde sig til de i Selskabsmassen gjorte Indskud, og maa tage Skade for Hjemgæld, rtaa han har feilet i at bedømme Selskabets Vederhæftighed.« Se også Diibeck, s. 86-91, som med rette konkluderer, at Højesteret med dommen fra 1827 havde banet vejen for det moderne europæiske aktieselskabs indtog i Danmark.

Handelsbalken kan bedst sammenlignes med vore dages interessentskab.¹²

Med lag om aktiebolag av 1848 indførtes lovregler om aktieselskaber for første gang i Norden. Loven var stærkt inspireret af den franske Code de Commerce, hvilket bl.a. kunne ses ved, at aktieselskaber kun kunne stiftes gennem godkendelse af vedtægterne ved kongelig oktroj, jf. lovens § 1. Lagen om aktiebolag af 28. juni 1895 afløste 1848-loven. Hermed blev adgangen til at stifte aktieselskaber givet fri, ligesom det var sket i Frankrig og Tyskland.

Loven af 1895 blev afløst af lagen om aktiebolag af 1910. Denne lov var kraftigt påvirket af tysk ret.¹³ Det bestemtes i lovens 2 §, at et aktiebolag ikke kan erhverve rettigheder eller påtage sig forpligtelser, før selskabet er registreret. Aktiekapitalen skulle udgøre mindst 5.000 kroner (ABL 1895 3 §), og der indførtes et forbud mod tegning til underkurs (5 §, stk. 3). Stiftelsen skulle baseres på et stiftelsesdokument (stiftelsesurkund, jf. ABL 1895 8 §), og en vedtægt (bolagsordning, jf. ABL 1895 18 §). Aktiebolag skulle ledes af en styrelse, bestående af et eller flere medlemmer (ABL 1895 40 §). Lovens bestemmelse om selskabsretlig gyldighed (ABL 1895 75 §) var stort set identisk med den danske 1917-lovs § 51.

Lagen om aktiebolag af 1895 blev afløst af lag om aktiebolag nr. 88 af 12. august 1910, hvorved loven voksede fra 81 til 141 paragraffer. De grundlæggende principper forblev dog uændrede. Aktiekapitalen skulle fortsat mindst udgøre 5.000 kroner (ABL 1910 2 §), mens reglementet om styrelse blev udbygget.

3. Den norske aktielov af 1910

Den fællesnordiske firmalov blev vedtaget i Norge som lov av 17. mai 1890. I 1881 nedsatte regeringen en aktielovskommission, der offentliggjorde en betænkning i 1883 og et egentligt udkast til en lov om aktieselskaber i 1894,¹⁴ som udgjorde grundlaget for Odelstings proposition nr. 28 (1900-1901). Der skulle dog gå endnu nogle år, før den første norske lov

12. Se Håkan Nial, *Handelsbalken*, i *Minneskrift äknad 1734 års lag*, 1934, Bind I, s. 313 f.

13. Jf. Svante Johansson, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 11. uppl. 2014, s. 25.

14. Se Udkast til Lov om Aktieselskaber, Christiania, 1894, og Per Augdahl, *Aksjeselskapet etter norsk rett*, 1946, s. 16-17.

om aksjeselskaper af 19. juli 1910 blev vedtaget. Forbilledet for den norske aksjelov af 1910 var den tyske aktielovgivning, således som denne fremstod efter de i 1884 gennemførte ændringer. Princippet om, at aktieselskabet opstår som et selvstændigt retssubjekt blev lovfæstet (1910-lovens § 17). Der indførtes krav om stiftelsesoverenskomst (§ 5) samt en sontring mellem stiftelser med eller uden tegningsindbydelse. Aktiekapitalen måtte ikke tegnes til underkurs (§ 20). Selskabets forretninger skulle ledes af et styre bestående af t eller flere medlemmer (§ 44).

4. Aktieselskabslov af 29. september 1917

Efter mange års tilløb blev den første danske aktieselskabslov vedtaget af Rigsdagen og stadfæstet den 29. september 1917. Den vedtagne lov adskilte sig på mange punkter fra de udkast, der var blevet udarbejdet i 1901 og 1910 af sagkyndige udvalg.

4.1. Fra Kommissionsudkast til den vedtagne lov

Siden 1875 havde der fra forskellig side været arbejdet på at få vedtaget en dansk aktielov.¹⁵ Indenrigsministeriet nedsatte i 1901 en kommission, der skulle udarbejde et udkast til en sådan lov. Kommissionen afgav allerede i april 1901 et forslag til Rigsdagen. I oktober 1909 blev en ny kommission anmodet om at gennemgå udkastet fra 1901, hvilket resulterede i et revideret kommissionsudkast, der i 1909 blev forelagt Rigsdagen.¹⁶ De tidlige udkast til en dansk aktielov var til inspireret af dels det norske udkast til aksjelov fra 1894, dels den svenske lag om aktiebolag fra 1895.¹⁷ Et andet væsentligt forbillede for udkastene til den første danske aktielov var reglerne om Aktiengesellschaft i den tyske Handelsgesetzbuch fra 1897. Hermed blev dansk aktieret, som bemærket af Gomard, påvir-

15. Se Carl Torp, U 1908 B, s. 297-306.

16. Se Carl Torp, Juridisk Tidsskrift, 1918, s. 1-3. Kommissionsudkastet fra 1910 er gengivet i Rigsdagstidende 1910-11, Tillæg A, Spalte 3959-4022. Kommissionsudkastet fra 1901 er gengivet i Rigsdagstidende 1910-11, Tillæg A, Spalte 4067-4190.

17. Se hertil Kommissionsudkastet fra 1901, jf. Rigsdagstidende 1910-11, Tillæg A, Spalte 4113, hvor det anføres, at man havde søgt at tilvejebringe overensstemmelse med dels den svenske lov af 1895 og navnlig det norske udkast til en aktielov fra 1894. Se også Spalte 4127, hvor Kommissionen ud over det norske udkast fremhæver svensk og tysk aktieret som forbillede for kommissionsudkastet.

ket dobbelt af tysk aktieret.¹⁸ Dette skyldtes, at også det norske udkast og den svenske 1895-lov var stærkt påvirkede af tysk aktieret.

I Rigsdagssamlingerne 1913-14¹⁹ og 1914-15 fremlagde handelsministeren lovforslag, der tog udgangspunkt i kommissionsudkastene. De fremsatte forslag var dog modificeret på en række punkter, og en lang række bestemmelser var ikke medtaget.²⁰ Rigsdagssamlingen 1916-17 fremsattes endnu et lovforslag, hvis indhold var yderligere beskåret.²¹ Dette forslag, der undergik en række ændringer under behandlingen i Rigsdagen, blev vedtaget som aktieselskabsloven af 1917. Der var navnlig regler i Kommissionsudkastene, der angik aktieselskabernes interne forhold, som gik ud i forbindelse med Rigsdagens behandling af loven. Den vedtagne lov var således funderet i et princip om, at der alene burde tages stilling til aktieselskabernes forhold udadtil.²²

Professor Carl Torp, der havde været med i aktiekommissionen, var ikke overraskende ganske kritisk over for den vedtagne lov. Torp anførte således, at modviljen mod deklaratoriske regler var særlig uforståelig, eftersom disse regler jo netop kunne fraviges ved bestemmelse herom i vedtægterne, såfremt aktionærerne måtte ønske det.²³

18. Jf. Bernhard Gomard, *Aktieselskabsret*, 2. udg. 1970, s. 69 (Gomard).

19. Jf. *Rigsdagstidende* 1913-14, Tillæg A, Spalte 4111-4152.

20. Se f.eks. vedrørende forslaget fremsat i 1914, jf. *Rigsdagstidende* 1913-14, Tillæg A, Spalte 4145: »Man har ligeledes undladt største Delen af Kommissionsforslagets Bestemmelser vedrørende Aktionærernes indbyrdes Forhold, Bestyrelsens Rettigheder og Pligter, Generalforsamlingen o. l., idet Ordningen af disse Forhold, som normalt ikke vil have Interesse for det offentlige, bør overlades til de interesserede selv og fornødne Bestemmelser herom optages i det enkelte Selskabs Vedtægt.«

21. Jf. *Rigsdagstidende* 1916-17, Tillæg A, Spalte 3855-3886. Det anføres (jf. Spalte 3885), om dette forslag, at: »Omarbejdelsen [har] navnlig haft til Formaal end yderligere at simplificere Lovens Bestemmelser, idet der fortrinsvis tages Sigte paa Aktieselskabernes Forhold udadtil.«

22. Se hertil P. Herrschend, *Juridisk Tidsskrift*, 1917, s. 1-9 (s. 2): »Hovedvægten er lagt paa at fastslaa Regler, hvis Ojemed er at bidrage til at betrygge Almenheden mod at vildledes gennem utilstrækkelig Oplysning og manglende Klarhed. Dette søges opnaaet ved Forskrifter, der i videst mulige Omfang sikrer Offentligheden Adgang til Kendskab om Vilkaarene for Stiftelsen og om en Række Forhold, hvorom der skal ske regelmæssig Anmeldelse til Aktieselskabs-Registeret. Forskrifter, der griber ind i Ordningen af Selskabernes indre Forhold, er derimod kun faa, idet man i saa Henseende i det væsentlige har nøjedes med at fastslaa visse Hovedpunkter, som kan anses for at være af almen Gyldighed.«

23. Se Carl Torp, *Juridisk Tidsskrift* 1918, s. 3, der om forholdet mellem den vedtagne lov og Kommissions-udkastet ('K. U.') anfører: »Det er allerede nævnt, at der siden det første Udkasts Forelæggelse har fundet en fortsat 'Beskæring' Sted; sammenlignet med

Samtidig med forslagene til en dansk aktielov blev der udarbejdet et udkast til en lov om kommanditaktieselskaber²⁴ samt et forslag til lov om andelsforeninger. Mens kommanditaktieselskaber blev omfattet af 1917-loven med enkelte ændringer (§ 47), blev forslaget til lov om andelsselskaber ikke vedtaget på grund af politisk modtand.²⁵

4.2. Førning af selskabsregistre

Med Napoleons Code de Commerce indførtes et system, hvorefter selskaber skulle registreres i et offentligt register. Loven tillagde denne registrering to væsentlige retsvirkninger. For det første blev de oplysninger om det enkelte selskab, der er optaget i registeret, tilgængelige for offentligheden. For det andet blev de registrerede og offentliggjorte oplysninger tillagt retlig gyldighed over for tredjemand. Der er således en afgørende forskel mellem en aftale, der som udgangspunkt kun er bindende for de parter, der har indgået denne, og en aftale, der har udmøntet sig i et selskabs stiftelsesdokument og vedtægter. Stiftelsesdokumentet og vedtægterne er naturligvis bindende for de personer, der i forbindelse med selskabets har undertegnet disse dokumenter. Men med registreringen af vedtægterne i selskabsregisteret tillægges denne aftale også retlig gyldighed over for tredjemand. Napoleons lovfæstede regel om *selskabsretlig gyldighed*, er således den væsentligste årsag til, at selskabsretten opstod som en selvstændig retsdisciplin i det 19. århundrede.²⁶

Reglen om selskabsretlig gyldighed er fortsat gældende i dag, jf. for dansk ret § 14 i lov om aktieselskaber og anpartsselskaber, samt den tilsvarende regel i § 15 i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Alle

K. LI. fremtræder Loven da ogsaa som en Torso. Denne Beskæring har man villet motivere ved, at K. U. dels ved sine altfor detaljerede præceptive Bestemmelser greb for stærkt ind i Aktieselskabernes »frie Livsførelse« og i at den hidtil bestaaende lovløse Tilstand havde vundet Hævd og havde bestaaet sin Prøve, dels indeholdt en Række overflødige og i visse Tilfælde mindre heldige deklaratoriske Regler. - Mærkeligst er Uviljen mod de deklaratoriske Regler. Deres Betydning er jo kun at skabe Retssikkerhed ved at udtale, hvad der skal gælde, hvis intet andet er sagt i Vedtægterne eller aftalt mellem Parterne. De lægger jo intet Baand på Selskabernes Autonomi, men fjerne en Mængde Tvivl, som kan opstaa, hvor Vedtægterne tier.»

24. Jf. Rigsdagstidende 1910-11, Tillæg A, Spalte 4247-4281.

25. Se Gomard, s. 68 f.

26. Se hertil Søren Friis Hansen, Da selskabsretten blev udskilt fra kontraktretten, i Børge Dahl, Thomas Riis og Jan Trzaskowski (red.), Liber Amicorum Peter Møgelvang-Hansen, 2016, s. 109-121 med henvisninger.

EU- og EØS-stater er forpligtede til at have tilsvarende regler om føring af selskabsregistre, offentliggørelse af selskabsdokumenter samt selskabsretlig gyldighed. Bestemmelsen i § 14 i lov om aktie- og anpartsselskaber implementerer således art. 16, stk. 1 og 6, i direktiv 2017/1132/EU. Som i dag skete registrering af et aktieselskab på grundlag af en anmeldelse, jf. nærmere 1917-lovens §§ 10-11.

Mens kompetencen til at føre registre over selskaber efter firmalovene var lokalt forankret hos politimestrene, indførtes med aktieselskabsloven af 1917 Aktieselskabsregisteret som en central administrativ dansk myndighed, hvis ansvar var at føre registeret over aktieselskaber, jf. ASL 1917, § 28. I dag varetages opgaven med at føre registre over selskaber i henhold til den selskabsretlige lovgivning af Erhvervsstyrelsen.

Aktielen af 1917 trådte i kraft den 1. februar 1918. Aktieselskaber stiftet før lovens ikrafttræden skulle være registreret i Aktieselskabs-Registeret senest den 1. februar 1919.

4.3. Stiftelse mv.

Med 1917-loven blev der opstillet en række mindstekrav til selskabets stiftelsesoverenskomst (§ 5) og vedtægter (§§ 6-7). Udgangspunktet var et mindstekrav til aktiekapitalens størrelse på 5.000 kroner, men der kunne dispenseres herfra (ASL 1917 § 4). Der indførtes en sondring mellem stiftelser, hvor aktietegningen blev udbudt til offentligheden (ASL 1917 § 7), og stiftelser uden offentlig tegning. Denne sondring genfindes 100 år senere som forbuddet mod, at anpartsselskaber udbyder anparter i offentlig tegning, jf. § 1, stk. 3, i lov om aktie- og anpartsselskaber.

Højesteret havde i 1827 baseret anerkendelsen af aktieselskabet som en i forhold til aktionærerne selvstændig juridisk person på det grundlæggende princip om aftalefrihed. Med aktieselskabsloven af 1917 lovfæstede det grundlæggende princip, at et aktieselskab først bliver et retssubjekt, når selskabet på baggrund af en anmeldelse bliver registreret i selskabsregisteret, jf. 1917-lovens § 12, stk. 1, der kun sprogligt adskiller sig fra de regler, der gælder i dag, jf. § 41, stk. 1, i lov om aktie- og anpartsselskaber.

Reglerne om kapitalforhøjelse (ASL 1917 §§20-21) og kapitalnedsættelse (§§ 22-24) er baseret på de samme grundprincipper, der gælder i dag. Kravet om, at der ved en kapitalnedsættelse til udlodning skal ske indkaldelse af kreditorerne, og at disse kan kræve sikkerhedsstillelse for uforfaldne krav mod selskabet, jf. ASL 1917 § 23, stk. 1, adskiller sig ikke

meget fra de regler, der gælder i dag, jf. § 192, stk. 1, samt § 193, stk. 4, i lov om aktie- og anpartsselskaber.

Med de kortfattede regler om regnskabsaflæggelse (ASL 1917 §§ 26-27) og revision (§§ 30-31) var grundstenen lagt til et regelsæt, der i dag består af to selvstændige love; årsregnskabsloven og revisorloven. Årsregnskabet skulle inden seks måneder fra regnskabsårets afslutning indsendes til Aktieselskabsregisteret, jf. ASL 1917 § 27. Dog var selskaber med maksimalt 10 aktionærer, hvis aktier var navneaktier, undtaget fra kravet om at indsende og offentliggøre årsregnskaber.

4.4. Aktieselskabers ledelse og generalforsamling

Efter aktieselskabsloven af 1917 skulle ethvert aktieselskab ledes af en bestyrelse, jf. ASL 1917, § 28, stk. 1. Det fremgik af § 28, at vedtægterne kunne bestemme, at bestyrelsen eller generalforsamlingen kunne ansætte en eller flere direktører til at forestå selskabets daglige ledelse. Hvis der ansattes en eller flere direktører, havde disse til opgave at forestå den daglige ledelse under bestyrelsens tilsyn og efter dennes anvisninger.²⁷ Direktøren var således efter 1917-loven at anse som en fuldmægtig for bestyrelsen.²⁸ Først med den senere aktieselskabslov af 1930 fik direktøren en selvstændig bemyndigelse til at forestå den daglige ledelse af selskabet.²⁹ Hermed opstod den ledelsesmodel for aktieselskaber, der kendes den dag i dag, jf. § 117 i lov om aktie- og anpartsselskaber, og som også findes i Norge og Sverige.³⁰

Som anført var de fleste af kommissionsudkastets regler om aktieselskabernes indre forhold udgået af loven, hvis bestemmelser om generalforsamling er ganske kortfattede. 1917-lovens § 33, hvorefter der fordres enstemmighed ved en række væsentlige vedtægtsændringer, er helt tyde-

27. Jf. P. Herrschend, *Loven om Aktieselskaber, 1917*, s. 47.

28. Se H.B. Krenchel, *Aktieselskabsloven, 1930*, s. 182, der med henvisning til § 1917-lovens 28 anførte: »der kunde til at forestaa den daglige Ledelse ansættes en Direktør; denne handlede paa Bestyrelsens Vegne efter de for en Fuldmægtig gældende Regler«.

29. Se H.B. Krenchel, *Aktieselskabsloven, 1930*, s. 183, der om 1930 lovens § 48 anfører, at bestyrelsen har den overordnede ledelse, »men overdrager i § 48 den daglige Ledelse Direktionen, øjensynligt med det Maal for Øje i Modsætning til AL. 1917 at tillægge Direktionen et selvstændigt Ansvar for den Del af Ledelsen, der vedrører det daglige Arbejde«.

30. Se nærmere om udviklingen af den danske ledelsesmodel Søren Friis Hansen i Bent Iversen (red.), *Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 2003*, s. 73-95 med henvisninger.

ligt stamfader til den regel, der i dag findes i § 107, stk. 2, i lov om aktie- og anpartsselskaber. Den væsentligste ændring er, at de pågældende væsentlige vedtægtsændringer i dag kan vedtages med en kvalificeret majoritet på 9/10. Reglen om, at en generalforsamlingsbeslutning skal anfægtes inden for en frist på to måneder (ASL 1917 §34, stk. 1), er stort set identisk med § 109, stk. 2, i den gældende lov om aktie- og anpartsselskaber, der dog giver aktionærerne en tidsfrist på tre måneder ved anlæggelse af annullationssøgsmål.

5. Vurdering af 1917-loven

Den vedtagne aktieselskabslov af 1917, der var væsentligt forkortet i forhold til de fremlagte kommissionsudkast, stødt allerede på megen kritik i samtiden.” Det stod hurtigt klart, at loven måtte revideres. Allerede i 1923 fremsattes de første forslag til en revision, og den blev en realitet med aktieselskabsloven af 1930.³²

Modstanden mod lovregulering af selskabsretlige emner findes i Danmark den dag i dag. Danmark er således det eneste land i Europa, hvor der ikke findes lovfæstede materielle selskabsretlige regler gældende for interessentskaber og kommanditselskaber.³³ Tilsvarende er andels-selskabernes forhold fortsat ulovregulerede. Selskaber med begrænset ansvar havde i mange år givet anledning til en betydelig usikkerhed ved fastlæggelse af gældende ret, og der blev konstateret et vist misbrug af denne selskabsform. Ved lov nr. 616 af 12. juni 2013 blev adgangen til at

31. Se f.eks. Frederik Vinding Kruse, *Aktieselskaber og andelsforeninger*, 1920, s. 22, der anfører, at: »Lovgivningsmagten bærer Ansaret for, at Loven fik sin afgørende og endelige Skikkelse uden Raadførsel med juridisk Sagkundskab; og Resultatet er naturligvis blevet derefter.« Om det seneste Kommissionsudkast hedder det: »Og skønt dette Udkast i det hele alene fastslog, hvad alle Kulturlandes Aktielove er almindelig enige om at fastslaa, blev en stor og væsentlig del af Forslagets Bestemmelser dog i Rigsdagen anset for enten skadelige eller overflødige.«

32. Se om Aktieselskabslovens revision, H.B. Krenchel, *Juridisk Tidsskrift* 1929, s. 109-123 (s. 109): »Aktieselskabsloven af 29. September 1917 blev fra første Færd erkendt at være et højest ufuldkomment Lovarbejde, der maatte modtages som det magre resultat af mange Aars Rigsdagsdebat under Paavirkning af en intens Modstand fra visse Erhvervs-interesser; det stod fra første Færd klart, at Loven trængte til en snarlig Revision, ikke mindst i juridisk Henseende.«

33. Se Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk selskabsret* 3, 3. udg., 2015, s. 27-31.

stifte selskaber med begrænset ansvar afskaffet i dansk ret fra 1. januar 2014."

Aktieselskabsloven af 1917 var udtryk for en erkendelse af, at aktieselskabernes retsforhold ikke kunne forblive uregulerede. Loven skabte således det retlige fundament for kapitalselskabernes regulering i dansk ret, hvis grundlæggende principper fortsat er gældende. Selv om der naturligvis er sket mange ændringer og tilføjelser til lovgivningen om kapitalselskaber i de forløbne 100 år, er det aktieselskab, som fremstår efter loven af 1917, den direkte stamfader til vore dages aktie- og anpartsselskaber. Registreringen af selskaber er i dag digitaliseret, men de grundlæggende principper for reglerne om anmeldelse, registreringens retsvirkning samt Erhvervsstyrelsens virke adskiller sig ikke meget fra reglerne herom i 1917-loven. Reglerne for selskabets status som retssubjekt er, ligesom kreditorbeskyttelsesreglerne ved kapitalnedsættelse til udlodning, ikke væsentligt ændret siden 1917.

Aktieselskabsloven af 1917 var stærkt inspireret af tysk, norsk og svensk aktieret. I årene efter 2. Verdenskrig påbegyndes et formaliseret nordisk samarbejde på aktieselskabsrettens område, der resulterede i et fællesnordisk forarbejde til de nordiske aktieselskabslovene, der blev vedtaget i løbet af 1970'erne. Siden 1973 har udviklingen af aktieselskabsretten været styret af dels harmoniseringen af selskabsretten i EU, dels EU-domstolens praksis vedrørende selskabers etableringsfrihed. Med udgangspunkt i EU-Domstolens afgørelse i sag C-212/97, Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, har Domstolens praksis medført en generel pligt til gensidig anerkendelse af medlemsstaternes selskaber og en deraf følgende konkurrence mellem retssystemer.³⁵

34. Se nærmere om selskaber med begrænset ansvar samt om Søren Friis Hansen, Skattepolitisk Oversigt 2015:2, s. 91-102, og 2015:4, s. 227-247 med henvisninger.

35. Se hertil Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 1, 5. udg., 2017, s. 261-270 med henvisninger.

Indkomstbeskatning

Væsentlige lovgivningsmæssige ændringer gennem de seneste 100 år

Professor Jane Bolander

1. 100 år med CBS og indkomstbeskatning

I en bog fra Juridiske Institut på CBS i anledning af CBS's 100 års fødselsdag er det oplagt at se på de forskellige retsområders udvikling i perioden. Denne artikel omhandler udviklingen i indkomstkattesystemet i Danmark. Der er god sammenhæng mellem CBS og skatteret. CBS er jo en business school, og beskatning er virkelig big business; således blev der i 2016 samlet pålagt skatter og afgifter for i alt 953.9 mia. kr.¹

Det danske indkomstkattesystem er, ligesom de fleste andre landes, kendetegnet ved at være kompliceret og undergå hyppige ændringer. En detaljeret gennemgang af udviklingen gennem de seneste 100 år vil blive både umulig, uoverskuelig og ubrugelig. Det er imidlertid muligt at fremdrage nogle væsentlige hovedlinjer, som har været afgørende for det system, vi har i dag, og som er en forudsætning for inddrivelse af tilstrækkelige skatter til at finansiere vores velfærdssystem.

I det følgende vil der særligt blive lagt særlig vægt på udviklingen i indkomstkattesystemet i forhold til personbeskatningen, idet det er dette område, som i de forløbne 100 år har undergået de mest drastiske ændringer. I en stor del af denne 100-årige periode blev selskaber beskattet på tilsvarende vis som fysiske personer, bl.a. var selskaber også pålagt en progressiv beskatning. De væsentligste ændringer de næste 100 år vil formentlig ske inden for selskabsbeskatningen, hvilket hænger sammen

1. Jf. Tal fra Skatteministeriet, <http://www.skm.dk/skattetal/statistik/generel-skattestatistik/skattetryk-i-danmark-2012-2018>.

med den øgede globalisering, der giver selskaberne gode muligheder for at drive virksomhed i hele verden, og som samtidig gør det vanskeligt for de enkelte stater at bevare skatteprovenuet fra disse.

2. Baggrunden for indkomstskattesystemet

Helt grundlæggende og fundamentalt er indkomstbeskatningen indført for at skaffe tilstrækkelige midler til at finansiere den offentlige del af driften af Danmark. Indkomstskatterne er den væsentligste indtægtskilde for staten. Den udgjorde i 2015 godt 603 mia. kr.² Det har imidlertid ikke altid været således.

Indkomstskattesystemets udvikling og udformning afspejler i høj grad den samfundsmæssige, historiske og teknologiske udvikling. Udviklingen er gået fra landbruksland til industriland og videre til nutidens samfund, som er i færd med en overgang fra industristat til videns- og informationssamfund.

Historisk finansierede staten sine udgifter ved at opkræve hartkomsbeskatter, som hvilede på landbrugets jord, og fra told, der var lagt på al indførsel, samt fra øl- og spiritusafgifter.³ Datidens samfund var et landbrugssamfund, hvor den økonomiske aktivitet hovedsagelig var knyttet til jordbrug. Derfor var det også oplagt, at datidens skatter i vidt omfang påhvilede landbruget. Når landet kom i krig, blev der opkrævet midlertidige krigsskatter til finansieringen af krigen. Disse skatter bortfaldt igen, når der blev sluttet fred.

Det var først i forbindelse med industrialiseringen, at der opstod et egentlig behov for en indkomstbeskatning, og samtidig også en mulighed for at opkræve disse. Industrialiseringen stillede større krav til infrastrukturen med veje, kloakering osv., bl.a. fordi der var en øget tilstrømning til byerne. Industrialiseringen medførte, at den økonomiske værdiskabelse i Danmark drejede, idet borgerskabet via handelsaktiviteter kom til at indtage en væsentlig rolle, og samtidig er det også denne stand, som stillede krav om en forbedret infrastruktur med deraf følgende yderligere behov for udgifter for staten. Denne stand ønskede samtidig en nedsættelse af

2. Jf. opgørelse fra Danmarks Statistik, <http://www.dst.dk/da/Statistik/emner/nationalregnskab-og-offentlige-finanser/skatter-og-afgifter/skatter-og-afgifter>.
3. Hans Chr. Johansen, *Indkomstskatter og offentlig vækst 1903-2005*, Dansk Skattehistorie VI, 2007, s. 9 (Dansk Skattehistorie VI).

INDKOMSTBESKATNING

tolden for at få gang i byerhverv og handel/ Derfor indføres i 1903 den første egentlige generelle indkomstbeskatning, som hviler på den indkomst, der årligt erhverves.” Samtidig ophævedes en række direkte skatter til staten baseret på besiddelse af jord og fast ejendom.

Der var forud for den første indkomstskattelov forløbet store politiske drøftelser og uenigheder, som medførte, at indførelsen blev udsat flere gange. Man var bange for, at indkomstskattesystemet ville medføre, at skatteindkrævningen ville løbe løbsk. Eftertiden har da også vist en vis stigning, da den højeste sats ved indførelsen i 1903 var 2,5 % af indkomsten. På baggrund af denne utryghed ved et indkomstskattesystem blev den oprindelige statsskattelov fra 1903 tidsbegrænset til 10 år. 1903-loven blev afløst af en ny statsskattelov i 1912, som også var tidsbegrænset i 10 år.⁶ Denne blev igen afløst af en ny statsskattelov i 1922, som dog denne gang blev gjort permanent.⁷ Selv om statsskatteloven er indført ad tre omgange, stammer selve grundlaget og strukturen i den gældende statsskattelov hovedsagelig fra 1903-loven. Ændringerne i forbindelse med fornyelserne var få og ikke væsentlige for selve indkomstbegrebet. Statsskatteloven fra 1922 er fortsat gældende og udgør det væsentligste lovgrundlag for dansk indkomstbeskatning.

3. Beskatningsgrundlaget og beregningen

Statsskatteloven fra 1903 udgør således grundstammen i dansk skatteret. Selv om loven i skattemæssig henseende har en helt uhørt høj alder, er det stadig denne lov, som danner fundamentet for indkomstbeskatningen. Gennem tiden er statsskatteloven dog blevet suppleret af et meget stort antal love og bestemmelser.

Dansk indkomstbeskatning udgår fra statsskattelovens §§ 4, 5 og 6. Helt overordnet angiver bestemmelserne, at alle former for modtagne formuefordele er skattepligtige, uanset deres fremtrædelsesform, f.eks. gave eller anden naturallydelse. Skattepligten gælder dog i henhold til

4. Hans Mølgaard Christensen, Statsskattelovens 100 års jubilæum, 2003, s. 237 (Mølgaard Christensen).
5. Lov nr. 104 af 15. maj 1903 om indkomst- og formueskat til staten (statsskatteloven).
6. Lov nr. 144 af 8. juni 1912.
7. Lov nr. 149 af 10. april 1922.

statsskattelovens § 5 ikke for kapitalgevinster, idet gevinst og tab opnået ved salg af formuegenstande som udgangspunkt er skattefrie. Skattefrit-heden gælder dog ikke, hvis genstandene er erhvervet i spekulationsøjemed eller er erhvervet som led i næring. De udgifter, man har haft for at opnå skattepligtige indtægter, kan fradrages som driftsomkostninger efter statsskattelovens § 6 eller eventuelt afskrives. Derudover er det bestemt, at gaver mellem nærtstående ikke skal indkomstskattes, men gaverne kan eventuelt blive belagt med en gaveafgift.

Dette var det oprindelige grundlag for indkomstbeskatningen, men i takt med at staten har fået et forøget behov for indtægter, er området for de skattefrie indtægter ved salg af ejendele blevet modificeret ganske væsentligt. De aktiver, hvor sandsynligheden for værdistigninger har været størst, er i vidt omfang skilt ud fra det skattefrie område i statsskatteloven. Lov om særlig indkomstskat fra 1958 (gældende til 1995) var den første generelle lov, som inddrog visse af de skattefrie kapitalgevinster. Da der var tale om gevinst opnået over en årrække, skulle procentsatsen ikke være progressiv, men blev fastsat til en proportional sats, som frem til 1972 var på 30 % (40 i 1972 og 50 fra 1973). Lov om særlig indkomstskat behandlede en række forskelligartede aktiver.

De forskellige aktivtyper blev efterhånden udskilt fra lov om særlig indkomstskat, og der blev indført særskilte love, som alene dækkede den pågældende aktivtype. Således blev aktieavancebeskatningsloven indført i 1981,⁸ ejendomsavancebeskatningsloven i 1982,⁹ kursgevinstloven i 1985,¹⁰ mens goodwill og andre immaterielle aktiver ikke har fået deres egen lov, men i 1999 blev indføjet i afskrivningslovens §§ 40 og 41.¹¹ Lov om særlig indkomstskat blev helt afskaffet i 1996.

Skiftende regeringer har gennem tiderne haft forskellig holdning til, hvorvidt kapitalgevinster skal være skattefrie eller skattepligtige. Frem til 1980'erne blev der inddraget flere og flere aktiver under skattepligten, men i 1980'erne skete der et holdningsskifte, da visse kapitalgevinster, herunder aktiegevinster, gevinst ved goodwill og fast ejendom blev undtaget fra beskatningen. I de senere år har den generelle trend dog gået mod, at flere og flere gevinster igen inddrages under beskatningen. Dette er nok ikke så meget udtryk for en politisk og ideologisk holdning, men

8. Lov nr. 295 af 10. juni 1981.

9. Lov nr. 247 af 9. juni 1982.

10. Lov nr. 432 af 13. december 1985.

11. Lov nr. 386 af 2. juni 1999.

INDKOMSTBESKATNING

mere et udtryk for, at det har været nødvendigt at finde tilstrækkelig med finansieringskilder. Der har længe været et udtalt bredt politisk ønske om, at skattesatsen skal nedsættes; det gælder både selskabsskatten og personskatten. Samtidig har det generelt været et politisk krav, at skattelettelser skal være finansieret. Da finansieringsbehovet i form af de offentlige udgifter i vidt omfang har været konstant, har det været nødvendigt at brede skattebasen ud, hvorved inddragelse af skattefrie indtægter under beskatning ikke har kunnet undgås. De mange lovgivningstiltag har medført, at der i dag ikke er så mange skattefrie kapitalgevinster tilbage. Disse dækker primært privat løsøre, som fortsat er omfattet af de oprindelige regler i statsskatteloven om skattefrihed. Dette har muligvis sammenhæng med, at disse sjældent stiger i værdi, men derimod falder. Det har derfor ikke været så interessant at indføre en beskatning af gevinst og fradrag for tab på disse aktiver. Et væsentligt aktiv har dog bibeholdt sin skattefrihed; nemlig gevinst ved afhændelse af bolig, selv om mange økonomer ihærdigt forsøger at argumentere for det modsatte. Den politiske uvilje mod at beskatte gevinst ved afhændelse af boligen har sandsynligvis sammenhæng med, at mange vælgere tillige er boligejere.

4. Skatteyderen

Forskydningen i økonomien fra landbruget til handelstanden medførte en ændring af beskatningsgrundlaget fra hartkorn til indkomsten. Tilsvarende har ændringer i den økonomiske enhed medført ændringer i relation til, hvem der anses for skatteenheden. Den økonomiske enhed er gået fra at være en huss tandsøkonomi til en familieøkonomi og nu mere eller mindre til en personøkonomi.¹²

Husstandsøkonomien dækkede personen selv, dennes hustru, børn, forældre, fjernere slægtninge, tyende, karle, piger, svende, lærlinge o. lign, og dækkede over dem, som var indbyrdes økonomisk afhængige af hinanden. De ældste skatter var derfor også husstandsskatter. Tiende tog en tiendedel af den samlede husstandsindkomst, og en række af ejendomsskatterne var også skatter lagt på hele husstanden. Senere, under familieøkonomien, reduceredes skatteenheden til hovedpersonen med ægtefælle og børn, mens forældre og fjernere slægtninge samt tjenestefolk

12. Mølgaard Christensen, s. 234.

mv. kunne beskattes selvstændigt, i takt med at de oppebar egne indkomster. Under familieøkonomien var der en generel sambeskatning af hele familien under det mandlige overhoved. Personøkonomien er derimod et skattesystem baseret på en generel særbeskatning af den enkelte person.

Kvindernes kamp for ligestilling med mændene florerede særlig kraftigt fra 1850'erne og frem, hvor kvinderne tilkæmpede sig mere og mere ligestilling. Således fik kvinderne f.eks. ligestilling med hensyn til myndighed og arveret i 1857 og valgret i 1915. Man skulle tro, at Danmark som et foregangsland i ligestillingens navn var meget tidligt ude med at give kvinderne ligestilling også i skattemæssig henseende. Det er imidlertid langt fra tilfældet. Det var først i 1983, at der indføres en generel særbeskatning af mand og kvinde!

Oprindeligt blev både hustru og børn beskattet sammen hos manden. Ægtefæller og børn under 15 år blev indtil kildeskattelovens gennemførelse i 1970 sambeskattet generelt med manden som skatteretssubjekt. Børn under 15 år udgik helt af sambeskatningen i 1970, hvor kildeskattelovens §5, stk. 1, indførtes, hvorefter: »Børn ansættes selvstændigt til skat.« Fra 1970 blev ægtefællerne hver beskattet af deres arbejdsindkomst mv., mens bl.a. al formueindkomst (kapitalindkomst) blev henført til manden - den skattemæssige hovedperson - som også svarede skat af beløbet eller fik fradrag for renteudgifterne, uanset hvem af ægtefællerne som hæftede for dem.

Manden fik fra 1912 frem til 1975 et særligt hustrufradrag på en andel af hustruens indkomst ved arbejde for andre og/eller ved selvstændig virksomhed. Dette blev begrundet med, at hun ved udearbejde ikke i samme grad kunne varetage husførelsen hjemme, og følgelig måtte familien have medhjælp. Det var først med gennemførelsen af *den særlige ægtefællebeskatning* fra 1983, at der indførtes generel særbeskatning af mand og kvinde.

Når den principielle særbeskatning af ægtefæller først blev indført på et relativt sent tidspunkt, skyldes det, at der var stor modstand fra både politisk og administrativ side. Modstanden bundede ikke i en ideologisk modstand mod ligestilling mellem kønnene, men fra politisk side har man villet hylde familien som en økonomisk enhed, hvor skatteevnen skulle opgøres i forhold til denne enhed og ikke i forhold til det enkelte individ. Således har der været særlige lempeligere skatteretlige regler for forsørgere end for ikke-forsørgere, ligesom antal af børn og ægteskabelige status har haft stor indflydelse på, hvilken skat der skulle betales. Den

pågældendes skatteevne afhang af disse forhold.¹⁷ Samtidig var der administrative vanskeligheder ved helt at undlade særregler for ægtefæller. Ægtefæller kan skattefrit valgfrit placere formuen mellem sig, og det har derfor været nødvendigt med komplicerede regler, som sikrede, at den samlede skat skulle blive ens, uanset hvorledes den blev fordelt, så ægtefællerne ikke kunne manipulere med den samlede skat.

Den principielle særbeskatning af ægtefæller proklameredes i § 4, stk. 1, i forbindelse med kildeskattelovens indførelse: »Ægtefæller beskattes hver af deres indkomst.« Trods denne proklamerede ligestilling i skattemæssig henseende eksisterer der dog fortsat i dag det, som kaldes »sambeskatningseffekter«. Disse sambeskatningseffekter vedrører primært skatteberegningsreglerne, hvor der er mulighed for at overføre eventuelle uudnyttede bundfradrag, personfradrag o. lign. Sambeskatningseffekterne er sædvanligvis begunstigende for ægtefællerne. Man har således i et vist omfang bibeholdt opfattelsen af familien som en økonomisk enhed. Fordelene tilkommer alene ægtefæller. Det er således ikke alle familier, som skattemæssigt begunstiges. Det vil sædvanligvis være mere fordelagtigt at være gift frem for at være samlevende.

5. Beregningen af skatten

Det er naturligvis vigtigt at vide, hvorvidt en indkomst er skattepligtig eller skattefri, men derefter er det næsten lige så vigtigt at vide, hvordan og hvor meget indkomsten beskattes med. I dansk skatteret er udviklingen i skatteberegningsreglerne gået fra at være relativt simple regler til ganske overordentlig komplicerede regler, som de færreste kan håndtere selv. Skatteberegningen håndteres sædvanligvis alene af computerprogrammer, som forhåbentlig er skabt af programmører, som har kendskab til de korrekte regler.

Frem til 1987 blev den skattepligtige indkomst opgjort efter et netto-princip. Det indebar, at alle skattepligtige indtægter og alle fradragsberettigede udgifter blev lagt sammen, og et evt. overskud skulle beskattes med en given sats. Et underskud kunne som udgangspunkt overføres til modregning i overskud i efterfølgende indkomstår.

13. Mølgaard Christensen, s. 236.

Nettoprincippet udmærker sig ved at være forholdsvis simpelt at forstå og bruge, men det har også sine begrænsninger og udfordringer. I forbindelse med udbygningen af velfærdssamfundet op gennem 1970-erne og starten af 1980-erne skete der en betydelig gældsætning af Danmark. Som socialdemokraten Knud Heinesen udtalte i tv efter sin afgang som finansminister: »Nogle fremstiller det, som om vi kører på kanten af afgrunden. Det gør vi ikke, men vi har kurs imod den, og vi kan se den.« Statsminister Anker Jørgensen var ikke enig i, at det stod helt så slemt til, og Danmark fortsatte med at optage lån til finansiering af velfærdsydelser. En norsk avis skrev, at hvis danskerne var på vej mod den økonomisk afgrund, så foregik turen i hvert fald på 1. klasse.¹⁴ Resultatet blev meget stor inflation og et meget højt skattetryk. Marginalskatten kom helt op på 73 %. En så høj marginalskatteprocent var en udfordring for nettoindkomstprincippet. Indtægter blev beskattet meget hårdt, men samtidig fik fradragsberettigede udgifter en meget stor fradragsværdi. Nettoindkomstprincippet indebar, at hvis der var fradragsberettigede udgifter på f.eks. 100 kr., ville skatten »betale« de 73 kr., mens man selv alene skulle stå for 27 kr. Når der samtidig var højinflations, kunne det betale sig f.eks. at købe fast ejendom, som man knap havde råd til, hvorefter man efter nogle få år »på havregød« kunne høste en anseelig gevinst. Skatteyderne i Danmark gældsatte sig derfor i betydelig grad, hvilket var politisk uholdbart.

Socialdemokraten Anker Jørgensen trak sig tilbage i 1982, hvorefter den konservative Poul Schlüter overtog statsministerposten. Den største prioritet for den borgerlige regering var at stoppe gældsætningen og bringe landet ind i en økonomisk fornuftig gænge. Særligt to tiltag fik bremset gældsætning: »kartoffelkuren«¹⁵ i 1986¹⁶ og 1987-skattereformen.¹⁷

Kartoffelkuren var den mest drastiske og havde en umiddelbar og kraftig virkning over for skatteyderne. Den indebar, at der skulle betales en renteaftgift på 20 % af renterne på lån til forbrug og boligbyggeri. 1987-

14. http://denstoredanske.dk/Danmarkshistorien/Lawækst_og_frontdannelser/Polarisering_indadtil_og_udadtil/01ekrise_og_hegnspæle/Mod_afgrundens_rand.

15. Navnet »Kartoffelkuren« skyldes dels, at lovforslaget blev fremsat i oktober 1986, hvor efterårsferien (i hvert fald tidligere) havde tilnavnet »kartoffelferie«, dels, at indgrebet indebar, at der blev flere kartofler og færre bøffer på tallerknerne.

16. Lov nr. 698 af 17. oktober 1986.

17. Lov nr. 151 af 19. marts 1986.

INDKOMSTBESKATNING

skattereformen var en beregningsreform, som overordnet indebar, at indtægterne skulle deles op i forskellige beskatningskategorier. Arbejdsindkomst skulle beskattes med op til 68 %, mens kapitalindkomst alene skulle beskattes med 50/56 %, ¹⁸ således at renteudgifter alene kunne fradrages i kapitalindkomsten med 50/56 %. Reformen indebar således bl.a. en nedsættelse af fradragsværdien for renteudgifter fra 73 % til 50/56 %.

Tiltagene virkede. Særligt kartoffelkuren virkede faktisk for godt. Ledigheden steg og boligmarkedet gik i koma. Tvangsauktionerne bredte sig som en epidemi. Men danskerne skulle med vold og magt tvinges til at spare op i stedet for at låne til forbrugsfesten. ¹⁹ Stramningerne var for voldsomme, og kartoffelkurens levetid blev derfor kun kortvarig. Den blev indført i 1986 og ophævet igen i 1990 med virkning fra og med afgiftsåret 1988. ²⁰ Efterfølgende blev endda ikke indbetalt skyldige afgifter eftergivet med 60 %, samtidig med at 60 % af indbetalte afgifter blev tilbagebetalt. ²¹

1987-skattereformen med dens opdeling i indkomst kategorier viste sig imidlertid levedygtig og er senere blev udbygget og forfinet, således at f.eks. rentefradragsretten har kunnet nedsættes yderligere. Fradragsværdien for renter er i 2017 for de fleste skatteydere nedsat til ca. 27 %. ²² På 30 år er fradragsværdien således faldet fra 73 til ca. 27 %. Det er så godt, at markedsrenterne generelt også samtidig er faldet.

Skatteberegningsreglerne i personskatteloven er blevet et effektivt styringsredskab, men hvor det tidligere alment gældende nettoindkomstprincip var forståeligt og simpelt, er det meget vanskeligt at overskue og gennemskue de gældende skatteberegningsregler. Til illustration skal enkelte hovedlinjer beskrives.

Skatteberegningsreglerne indebærer, at personer skal opgøre forskellige indkomstgrundlag: skattepligtig indkomst, kapitalindkomst, personlig indkomst, aktieindkomst og CFC-indkomst. ²³ Fordelingen af indtægter og

18. Den forskellige procentsats skyldes, at det afhang af, om kapitalindkomsten var positiv eller negativ. Var kapitalindkomsten negativ, ville fradragsværdien være 50 %, mens den ville være 56 %, hvis kapitalindkomsten var tilstrækkelig positiv til at kunne rumme renteudgifterne.

19. <https://www.b.dk/danmark/kuren-der-rystede-danmark>.

20. Lov nr. 596 af 17. august 1990.

21. Lov nr. 424 af 25. juni 1993.

22. Faldende til godt 25 % i 2019.

23. CFC var tidligere generelt en forkortelse af Controlled Foreign Company, men efter at EU-Domstolen i Sag C-196/04, Cadbury Schweppes pic, fastslog, at en så-

udgifter på de forskellige beregningsgrundlag fremgår af personskatteloven. Nogle udgifter kan fradrages i indkomstkategorierne kapitalindkomst og personlig indkomst, hvis dette er særligt hjemlet, hvorimod alle udgifter kan fratrækkes i indkomstkategorien skattepligtig indkomst, bortset fra udgifter, som indgår i aktieindkomsten og CFC-indkomsten. Nogle indtægter kan indgå i indkomstkategorien kapitalindkomst, hvis dette er særskilt hjemlet, mens resten indgår i indkomstkategorien personlig indkomst, og igen indgår alle indtægter også i indkomstkategorien skattepligtig indkomst, bortset fra indtægter vedrørende indkomstkategorien aktieindkomst og CFC-indkomst.

Når de forskellige indkomstkategorier er opgjort, kan skatten beregnes. Der skal både betales kommuneskat og statsskat. Kommuneskatten beregnes på grundlag af indkomstkategorien skattepligtig indkomst, jf. kommuneskattelovens § 5, hvor selve skatteprocenten fastsættes af den enkelte kommune.

Indkomstskat til staten udgør summen af bundskat, topskat, udligningsskat, sundhedsbidrag, skat af aktieindkomst og skat af CFC-indkomst. De mest simple opgørelser er skatten af aktieindkomst og skatten af CFC-indkomst. Skatten af indkomstkategorien aktieindkomsten beregnes med 27 % af den aktieindkomst, som ikke overstiger 51.700 kr. (2017) og 42 % af resten, mens CFC-indkomsten beskattes med selskabsskatteprocenten på 22. Bundskatten beregnes med 10,08 % (2017) af personlig indkomst med tillæg af positiv nettokapitalindkomst. Topskatten beregnes med 15 % af den personlige indkomst med tillæg af positiv nettokapitalindkomst, der overstiger 42.800 kr. (2017), i det omfang det samlede beløb overstiger 448.200 kr. (2017). Sundhedsbidraget beregnes med 2 % (2017) af den skattepligtige indkomst. Dertil kommer en udligningsskat, som vedrører pensionsindbetalinger, men det vil blive for kompliceret at behandle her.

Som det formentlig er fremgået af denne overordnede redegørelse, er skatteberegningsreglerne i Danmark særdeles komplicerede. I den overordnede beskrivelse er endda andre vigtige regler udeladt, såsom beskæftigelsesfradrag, personfradrag mv. Noget, som yderligere komplicerer forståelsen af skatteberegningsreglene, er, at der i vidt omfang er over-

dan regel var EU-stridig, ændredes CFC-reglerne. Forkortelsen CFC blev dog bestående for både personer og selskaber. For personer står forkortelsen fortsat for *Controlled Foreign Company*, jf. personskattelovens § 4 b, men for selskaber står forkortelsen nu for *Controlled Financial Company*, jf. selskabsskattelovens § 32.

INDKOMSTBESKATNING

gangsregler. Gennemførte skattelettelser og skærper indføres typisk over en længere årrække - i nogle tilfælde er der endda flere overgangsregler på samme tid.

Det var hovedformålet med 1987-skattereformen, at fradragsværdien for renteudgifter skulle nedsættes. Man ønskede dog samtidig ikke at ramme erhvervslivets renteudgifter. Traditionelt har det vist sig at være ganske vanskeligt at sondre mellem renteudgifter, som vedrører privat forbrugslån og erhvervslån, da det kan være umuligt at identificere, hvad pengene er brugt til. Konsekvensen er, at alle renteudgifter er fradragsberettigede, uanset hvor fornuftigt det underliggende lån har været. Kunststykket ved 1987-reformen blev at finde en måde, hvor fradragsværdien for erhvervsmæssige renter ikke blev ramt, hvilket var en forudsætning for, at skattereformen overhovedet ville kunne komme til eksistens. Resultatet blev indførelse af en særlig skatteberegningsmodel - virksomhedsordningen.²⁴ Ordningen har vist sig at være særdeles robust og anvendes i vidt omfang af selvstændigt erhvervsdrivende, som udøver virksomhed i personlig regi. Den dag i dag er grundstrukturen i virksomhedsordningen den samme som oprindeligt fastlagt, og det er først i de senere år, at der har vist sig behov for større justeringer af ordningen.

Virksomhedsordningen er alene en beregningsmodel, som næsten udelukkende har betydning for beregning af skatten. Den kan frit vælges af den selvstændige erhvervsdrivende, og i princippet kan man træde ind og ud af ordningen i de enkelte indkomstår efter behag, men da de skattemæssige konsekvenser ved at udtræde kan være særdeles byrdefulde, vil indtræden i ordningen sædvanligvis indebære, at ordningen vælges hvert år.

Overordnet indebærer virksomhedsordningen, at skatten for skatteyderens erhvervsmæssige virksomhed beregnes særskilt i forhold til skatteyderens andre private aktiviteter. Såfremt virksomheden i et indkomstår opnår et overskud, vil en andel af dette overskud blive beskattet som kapitalindkomst (kapitalafkast), hvilket skal kompensere for, at skatteyderen alternativt for placering i virksomheden kunne have placeret sine midler i obligationer eller lign., som alene beskattes i kapitalindkomsten. Det resterende overskud kan skatteyderen vælge at lade blive i virksomheden, hvorved det alene skal beskattes med en skattesats svarende til selskabsskatten på 22 % (2017). Overskuddet efter skatten på de 22 % re-

24. Lov nr. 144 af 19. marts 1986.

gistreres på konto for opsparet overskud, som ikke er en fysisk konto, men alene er en registrering. Når der udtages midler fra virksomhedens konto for opsparet overskud, vil dette beløb (tillagt den tidligere betalte skat på 22 %) skulle medregnes til skatteyderens personlige indkomst. Når den endelige skat er beregnet, modregnes den tidligere betalte skat på 22 %. Kunststykket med at lægge den tidligere betalte skat til og trække den fra igen skyldes den progressive skatteskala, hvor skatteyderen vil blive underlagt en lempeligere progression, hvis beløbet ikke bliver tillagt før skatten beregnes.

Ordningen indebærer, at drift af virksomhed i personlig regi og i selskabsform er underlagt samme skattesats på 22 %. Samtidig indebærer ordningen, at erhvervsmæssige renteudgifter i ordningen først får en fradragsværdi på 22 %, men senere ved hævning af overskud fra ordningen opnår at kunne fratrækkes i den personlige indkomst, da den renteudgifterne reducerer det beløb, som indgår i den personlige indkomst.

6. Skattens indeholdelse og indbetaling

Statsskatteloven fra 1903 er den væsentligste skattelov, som er blevet indført i Danmark, men i forhold til beskatningen af personer må indførelsen af kildeskatteloven i 1970 siges at indtage en klar andenplads.²⁵ Kildeskattereformen i 1970 var ikke i egentlig forstand en skattereform, men i højere grad en omlægning af skatteopkrævningen.²⁶

Før kildeskattelovens ikrafttræden den 1. januar 1970 blev indkomstskatterne opkrævet i 4 rater i det skatteår, som fulgte efter indkomståret. I det år, hvor man første gang blev ansat, føltes derfor som et skattefrit år, da skatten først skulle betales det efterfølgende år. Et særkende for dansk indkomstskat frem til 1970 var den såkaldte skattefradragsret, hvorefter årets indkomstskattebetalinger kunne fradrages ved indkomstopgørelsen. På grund af denne skattefradragsret kunne de højeste »marginalskatteprocenter« i ekstreme tilfælde være på over 100.²⁷

Bortset fra, at der var tale om færre indkomstkategorier end i dag, var skatteberegningen heller ikke dengang enkel. Bl.a. som følge af, at ind-

25. Lov nr. 100 af 31. marts 1967.

26. Jf. Skatteberegningsreglemlene for personer - før og nu, 2002, s. 14.

27. Jf. Skatteberegningsreglemlene for personer - før og nu, 2002, s. 13 samt Dansk Skat-tehistorie VI, s. 176 ff.

INDKOMSTBESKATNING

komstskatten ikke var en samtidighedsskat, som den blev det efter kildeskattens indførelse, var det nødvendigt med en række særregler, der skulle tage højde for større udsving i indkomsten fra år til år, således at skattebetalingen af forrige års indkomst - f.eks. efter en kraftig indkomstnedgang - ikke skulle medføre yderligere økonomiske tab for den enkelte skatteyder/familie.²⁸

Sigtet med kildeskattereformen var dels at indføre en samtidigheds-skat, således at skattecreditten ved, at skatten først blev betalt i det efterfølgende år, blev fjernet, dels så vidt muligt at få opkrævet skatten »ved kilden« således, at skattekravet principielt dækkes samtidig med, at skatteyderen erhverver indkomsten.²⁹ Med indførelsen af kildeskatteloven i 1970 blev det fastslagt, at skatten for personer skulle betales samtidig med, indkomsten blev erhvervet, og at arbejdsgivere blev pålagt at indeholde skatten på medarbejdernes vegne samtidig med udbetaling af lønnen.

Selve overgangen fra bagudbetaling af skatten til kildeskattelovens løbende aconto betaling huskes af nogle med en særlig varm følelse, idet overgangen indebar, at indkomsten i året 1969 blev skattefri. Lønmodtagere betalte skat i både 1969 og 1970, men det var for indkomster optjent i hhv. 1968 og 1970.

7. Selvangivelse mv.

Størrelsen af skatteyderens skattepligtige indkomst har stedse primært beroet på skatteyderens egne oplysninger, hvilket betegnelsen »selvangivelse« også indikerer. Det er dog ikke det samme som, at skatteyderen selv afgør, hvad der er skattepligtigt, og hvad der skal oplyses. Såfremt der ikke foreligger oplysninger, eller oplysningerne ikke er troværdige, vil skattemyndighederne foretage et skøn over, hvor stor indkomsten er. I skattekontrolloven som blev indført i 1946,³⁰ fremgik det af § 1, stk. 2, litra a, at hvis der ikke forelå nogen behørig formueoplysning, skulle denne sættes til et beløb, som mindst var 40 % højere end det forudgående indkomstår, og vedrørende indkomsten fremgik det af § 2, stk. 1, litra a, at denne skulle ansættes til mindst 25 % højere end det forudgående ind-

28. Jf. Skatteberegningsreglerne for personer - før og nu, 2002, s. 13.

29. Lærebog om indkomstskat, 17. udg., 2017, s. 1299.

30. Lov nr. 392 af 12. juni 1946.

komstår. De nugældende regler er knap så strikse og formbundne, idet der i den nugældende skattekontrollovs § 5, stk. 3, blot er angivet, at der skal foretages en skønsmæssig ansættelse, hvilket vil sige, at den skønsmæssige ansættelse skal svare til den sandsynlige indkomst. Der er dog fortsat tale om en skønsmæssig vurdering overladt til skattemyndighederne, og domstolene tillader generelt ganske vide rammer for myndighedernes skønseudøvelse. Forkert angivne oplysninger i selvangivelsen kan være forbundet med både bøde- og fængselsstraf for skatteunddragelse.

Når det er skatteyderen, som selv skal sørge for, at alle skattepligtige indtægter og fradragberettigede udgifter bliver indberettet, kan det være forbundet med en vis usikkerhed, om oplysningerne bliver korrekte og fyldestgørende. For at imødekomme denne usikkerhed er udviklingen inden for skatteretten gået mod at indføre indberetningspligt for andre end skatteyderen. Arbejdsgivere er således forpligtet til at indberette lønoplysninger. Dette er dog heller ikke uproblematisk, da ikke al løn er indberetningspligtig. Særligt har der været uro omkring indberetningen af »frynsegoder«, som oprindeligt ikke var indberetningspligtige, men som led i skattereformen Forårspakken 2.0 i 2009 blev gjort indberetningspligtige ud fra et hensyn om at sikre, at disse goder også blev korrekt indberettet. Man havde en formodning om, at ikke alle frynsegoder blev husket af skatteyderen, når der skulle foretages selvangivelse.³¹ Resultatet blev imidlertid, at der blev stor usikkerhed om, hvad der kunne anses for et indberetningspligtigt frynsegode, og som følge heraf modtog SKAT utrolig mange forespørgsler fra arbejdsgiverne. For at afhjælpe dette blev der indført nogle bundgrænser for, hvornår frynsegoder er skattepligtige og derved også indberetningspligtige. Det lykkedes dog samtidig at gøre dette en anelse kompliceret. Således er frynsegoder, inkl. julegaver i form af naturalier, kun skattepligtige, hvis de samlet overstiger 1.100 kr. (2017). Overstiger frynsegoderne dette beløb, er der fuld skattepligt, men det gælder dog ikke for julegaverne i form af naturalier, såfremt de ikke overstiger 800 kr. (2017).

Også på fradragssiden kan der være et behov for at kontrollere de afgivne oplysninger fra skatteyderen. Også her kan indberetningspligten anvendes som et forholdsvis simpelt og effektivt redskab for SKAT. Et

31. I forbindelse med indførelse af reglerne forventede daværende skatteminister Kristian Jensen, at det ville give statsskatten årlige ekstraindtægter på omkring 25 mio. kr.

INDKOMSTBESKATNING

nyere eksempel på denne form for indberetningspligt er reglerne om fradrag for betalinger til almennyttige og almenvelgørende foreninger i ligningslovens §§ 8 A og 12. Disse fradrag er gjort betinget af, at foreningen foretager indberetning om det modtagne beløb.³² Tilsvarende gælder for fagforeningskontingent og arbejdsløshedsforsikring efter ligningslovens §13.

I stedet for, at det er skatteyderen, som skal indberette en indkomst eller fradrag, gøres dette således af tredjemand. Dette giver en betydelig administrativ lettelse for flertallet af lønmodtagere, som alene har indtægter og udgifter, som er underlagt indberetningspligt, og det medfører samtidig, at sikkerheden for korrekt indberetning øges. Tredjemands indberetningspligt som kontrolværktøj har dog sine begrænsninger, da det alene er danske virksomheder og enheder, der er underlagt dansk jurisdiktion, som kan pålægges sådanne pligter. En variant vil i visse tilfælde kunne tjene samme funktion. I henhold til aktieavancebeskatningslovens § 13 A er der fradrag for tab på aktier. Hvis der er tale om aktier, som er handlet via enheder, som ikke kan underlægges dansk indberetningspligt, kan der være en risiko for, at der alene vil blive foretaget indberetning af skatteyderen, hvis aktierne giver tab, mens dette ikke vil ske, hvis de giver en gevinst. Det er derfor i aktieavancebeskatningslovens § 14 bestemt, at fradragsret for tab på aktierne er betinget af, at skatteyderen allerede på erhvervelsestidspunkt har meddelt skattemyndighederne, at aktierne er anskaffet. Disse oplysninger allerede på erhvervelsestidspunktet øger sandsynligheden for, at både tab og gevinst bliver underlagt beskatning.

Den øgede anvendelse af tredjemands indberetningspligt har også fået betydning for kommunikationen mellem skatteyderen og SKAT omkring årsopgørelsen. Tidligere var processen således, at der fysisk fra skattemyndighederne blev udsendt en forskudsopgørelse, som var baseret på et skøn over skatteyderens indkomst det kommende år. Skatteyderen kunne herefter ændre forskudsopgørelsen, såfremt denne ikke mente, at indkomsten ville svare til forskudsopgørelsen. Ændringerne kunne både være i op- og nedadgående retning. I dag sendes forskudsopgørelsen ikke længere fysisk, men findes i elektronisk form på SKATs hjemmeside. Samtidig er der i nyere tid indført feltlåsning, således at der er felter i forskudsopgørelsen, som ikke kan ændres egenhændigt af skatteyderen, jf.

32. Indsat ved lov nr. 1582 af 20. december 2006.

skattekontrollovens § 1 A. Disse feltlåsnings skyldes, at der er set tilfælde, hvor skatteyderen fejlagtigt har ændret på oplysningerne og derved foranlediget en for lav skatteansættelse. Der er feltlåsnings for både lønmodtagere og selvstændige erhvervsdrivende.³³ Selv om et felt er låst, er det ikke således, at det ikke kan ændres. Det kan blot ikke ændres egenhændigt af skatteyderen, men kræver en henvendelse til SKAT.

Det var tidligere således, at skatteyderen efter indkomstårets udløb skulle selvangive indkomsten på en blanket, som fysisk skulle indsendes til skattemyndighederne. Hvis skatteyderen er lønmodtager, vil det nu oftest være således, at skattemyndighederne elektronisk udsender et forslag til årsopgørelse, som skatteyderen herefter skal kontrollere og evt. korrigere. Denne fremgangsmåde er en stor administrativ lettelse for skatteyderen, men samtidig er der desværre en ganske betydelig risiko for, at skatteyderen glemmer at kontrollere og evt. korrigere - særligt, hvis der kommer overskydende skat.

Udviklingen i fremtiden vil formentlig gå mod flere og flere tredjemandsindberetninger, og samtidig også større samtidighed mellem optjening af indkomst og betaling af skat. Det er intentionen, at der skal være fuld samtidighed, således at indtjening, indberetning og indbetaling af skat sker samtidig og korrekt. Det kræver dog nok også, at SKAT får et funktionsdygtigt inddrivelsessystem og programmer, som linker modtagne oplysninger.

8. Sammenhængen til selskabsbeskatningen

Ovenstående vedrører primært fysiske personer. Personskatterne udgjorde i 2016 511,3 mia. kr., mens selskabsskatterne alene udgjorde 56,2 mia. kr./ Derved dog ikke være sagt, at personbeskatningen er vigtigere end selskabsbeskatningen, da de jo er indbyrdes afhængige, men det er først i »nyere« tid, at selskabsbeskatningen juridisk har fået den store selvstændige betydning.

Inden indførelsen af statsskatteloven i 1903 var der stor politisk drøftelse af, hvorvidt selskaber overhovedet skulle underlægges beskatning og i givet fald hvordan. Selskaber har jo som sådan ikke selv nogen for-

33. Hjemmel indført ved lov nr. 462 af 12. juni 2009 og udvidet til selvstændige erhvervsdrivende ved lov nr. 927 af 18. september 2012.

34. <http://www.skm.dk/media/1485759/ringbind-final-web.pdf>.

INDKOMSTBESKATNING

brugs- og skatteevne. Indkomst i selskabet får alene en forbrugsmæssig værdi, når den uddeles til aktionærerne. Værdierne i selskaberne tilhører aktionærerne via deres ejerandel i selskabet. Spørgsmålet var, om selskabet skulle underlægges en beskatning, således at indkomsten derved blev dobbeltbeskattet. Dobbeltbeskatningsproblemet opstår ved, at en indkomst dels beskattes i selskabet ved indtjeningen, dels igen hos aktionærerne, når der sker udbetaling af midlerne fra selskabet.

Det var særligt dobbeltbeskatningsproblemet, som gav vanskeligheder.³⁵ På den ene side tilsagde den omstændighed, at aktieselskaber mv. drev virksomhed i konkurrence med personligt ejede virksomheder, at selskaberne skulle pålægges fuld indkomstskattepligt. På den anden side tilsagde hensynet til aktionærerne, at selskaberne skulle friholdes for indkomstskat for at sikre, at aktionærerne ikke blev pålagt en dobbeltbeskatning. Efter en del diskussion blev resultatet, at selskaber principielt skulle beskattes af den af indkomsten, som oversteg en normal udbytteudlodning. Senere er dobbeltbeskatningsproblemet løst ved at udlodninger fra selskaberne hos personer er undergivet en lavere beskatning i indkomst-kategorien aktieindkomst, jf. personskattelovens § 8 a, mens den sædvanligvis er skattefri, når aktionæren er et selskab, jf. selskabsskattelovens §13.

Selskaber blev frem til 1960 beskattet efter statsskatteloven som fysiske personer. Selskaberne var også underlagt den progressive beskatning. Det er først i 1960, at selskabsbeskatningen bliver defineret som et særligt retsområde med egen lovgivning; selskabsskatteloven.³⁶ I forbindelse med indførelse af selskabsskatteloven ophævedes selskabsskattepligten for kommanditselskaber og partsrederier. Disse blev skattemæssige transparente, således at beskatningen ikke sker hos selskaberne, men derimod hos selskabsdeltagerne. Samtidig med selskabsskattelovens indførelse blev det bestemt, at selskaber skal betale en proportional skat. Denne var oprindeligt 44 % med nogle forskellige fradragsmuligheder.³⁷ Selskabsskatten steg fra 44 til 50 % i 1989 og er derefter gradvist faldet til de nu gældende 22 %.

35. Jan Pedersen, Statsskattelovens 100 års Jubilæum, 2003, s. 220.

36. Lov nr. 255 af 11. juni 1960 med virkning for skatteåret 1961-1962.

37. Se nærmere Dansk Skattehistorie VI, s. 69.

9. Væsentlige fremtidige ændringer for indkomstbeskatningen

Hovedinteressen ved indførelsen af indkomstbeskatningen var fysiske personer, men den øgede globalisering har medført, at de fleste lovændringer på skatterettens område i nyere tid har vedrørt selskaber/koncerner. Mens beskatningen af fysiske personer i vidt omfang har fundet en form, som er rimelig stabil, er selskabs- og koncembeskatningen i øjeblikket meget i fokus. Således arbejder OECD på et storstilet projekt betegnet BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), som vil få stor indflydelse på udformningen af den fremtidige selskabsbeskatning. Det skat-tepolitiske fokus er således internationalt i øjeblikket på selskabsbeskatningen, hvor det særligt er skatteundgåelse og skatteunddragelse, som er i fokus.³⁸

Danmark har det højeste skattetryk i OECD-landene.³⁹ Forskel i selskabsskatten sammenholdt med en udstrakt mulighed for selskaberne til at vælge, hvor de vil underlægges beskatning, udfordrer skattesystemerne i højskattelandene. Det gælder både i forhold til den kriminelle skatteunddragelse og den lovlige skatteundgåelse.

OECD's BEPS-projekt forsøger i vidt omfang at dæmme op for både skatteunddragelse og skatteundgåelse, hvor større transparens, samarbejde og koordinering af skatteaftaler og skatteregler skal imødegå den uønskede skatteadfærd. EU-kommissionen har ligeledes i adskillige år arbejdet på at få indført en generel fælles selskabsbeskatning (CCCTB og CCTB), som både skulle give erhvervslivet bedre betingelser og samtidig dæmme op for udnyttelse af asymmetri i beskatningen landene imellem. Det er dog endnu ikke lykkedes at få skabt enighed om en sådan fælles beskatning, og det har nok også lang udsigt. EU følger dog linjen fra OECD i bekæmpelsen af skatteunddragelse og skatteundgåelse, hvor EU har vist sig ganske handlekraftig. Der er således f.eks. allerede vedtaget direktiv 2016/1164 om Anti-Tax Avoidance, som bl.a. indeholder pligt for medlemsstaterne til at indføre en general misbrugsbestemmelse i de nationale skattelovgivninger.

38. Forskellige aspekter af denne problemstilling er behandlet i *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten*, Festskrift i anledning af 50 års jubilæum for Dansk Skattevidenskabelig Forening, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen og Niels Winther-Sørensen (red.), 2015.

39. Skatteøkonomisk redegørelse 2017, Skatteministeriet.

INDKOMSTBESKATNING

De fleste misbrugsinitiativer p.t. vedrører selskaber/koncerner, men det må forventes, at fokus senere igen vil blive rettet mod fysiske personer, efterhånden som mulighederne lukkes for selskaber, men fortsat er åbne for fysiske personer.

Aspects of Danish International Insolvency Law 1917-2017

Associate Professor Patrik Lindskoug

1. A cross border insolvency case

In 1917, the Danish Maritime and Commercial High Court (*Sø- og Handelsretten*) issued a decision (U 1917.911 SH) that in many ways is of a historical interest. The case as such was not a remarkable one, barely worth noticing for many more than the parties - on one side the wholesaler M.C. Johansen and on the other side another wholesaler, in the decision referred to as A. The two traders had been conducting business with each other and the outcome of their transactions resulted in wholesaler A owing M.C. Johansen 3.500 DKK. When unable to pay, M.C. Johansen followed the normal routines and applied for distraint at the enforcement authority. This action turned out unsuccessful since A had no property that could possibly be seized. As a consequence, C.M. Johansen filed a petition to open bankruptcy proceedings against A and claimed that all A's belongings should be included in the proceeding to come.

The petition was rejected by the court since the debtor A did not have any assets in Denmark. In fact, he was domiciled in Flensburg, Germany, where he and his family did not only have their place of residence, but A also had his place of business there. The facts of the case revealed that A and his family had moved from Denmark to Flensburg in 1911 and lived there since. It was stated that A later on had been conducting business in Denmark for several months, during which he stayed at a guest house in Copenhagen, but that statement did not have any bearing on the court's decision to reject the petition.

Hence, the historical interest in this case from 1917 does not concern the two wholesalers' internal relations but rather that it shed light on certain issues related to the evolving multi-national business life that have been discussed more and more during the 100 years to come, namely issues regarding international insolvency. Over the years, the number of multi-national companies has steadily increased, and so have the number of insolvencies with international aspects. In this paper, certain aspects of the development of the international insolvency issues that have had an impact on Danish law will be reviewed.

2. Some central issues in international bankruptcy proceedings

Whenever an insolvency proceeding including an international element is initiated, it is necessary to consider a number of questions. Two of them were touched upon in the case between the wholesalers. The first question concerns jurisdiction; when is a national court competent to open a bankruptcy proceeding at all? The other question, just indirectly processed in the case, concerns the property, i.e. what property to encompass in the insolvency proceedings. This question does not only concern some beneficial rules in favour of the debtor which allow him or her to retain a certain part of the owned belongings necessary for the debtor and the debtor's family to live a modest life. The question is also related to how extensive the scope of the insolvency proceeding may be. There are two alternatives. On the one hand, it can be a main proceeding with *universal effect*, i.e. one that encompasses all the debtor's assets - no matter where they are located. On the other hand, it can be a national proceeding with *territorial effect*, covering only the assets situated in the state of the opening of the insolvency procedure. The universal effect is often preserved for proceedings where jurisdiction of the bankruptcy court is established on the basis of a very strong connection between the debtor and the country where the court is localized. The connection in question could be that the debtor is domiciled in country concerned, or at least has its centre of main interests there. Such strong connection implies that there is no other obvious country, with which the debtor may have a stronger connection. The limited territorial effect will apply when a bankruptcy court can only base its jurisdiction on other less strong connecting factors such as an es-

establishment in the country of the court, or that the debtor has conducted business there.

Miscellaneous scopes of the insolvency proceedings protect the diverse interests involved in the process. The creditors in a country where the debtor only has an establishment or certain legal relations may, if an insolvency proceeding should be opened in that country, neither expect nor require that the assets localised in other countries are to be encompassed in such a national proceeding. If an effect that wide nevertheless should be acknowledged, the result could cause a very complicated situation for the creditors in the main country as well as for creditors in any other country where the debtor is established or has legal relationships. It is hard, under some circumstances close to impossible, for the latter groups of creditors to protect their interests by surveying a multinational debtor in every single country where the debtor has, or might have, legal relationships. Sometimes it is not even possible for these creditors to be aware of which the countries in question are, with the consequence that they do not know how important bankruptcy elements like surveying or a lodging of proof procedure should be carried out. Even so, it is to some extent considered necessary for the creditors in countries where the debtor has establishments or other certain kinds of legal relationships, to protect their interests by opening national proceedings, the effect of which, as mentioned above, is normally limited to assets in the country concerned.

3. Denmark - the early years

As for Denmark, the case of 1917 was decided in accordance with the governing legal order based on the Bankruptcy Act of 1872.¹ According to this Act, Danish courts could not open an insolvency proceeding against a debtor domiciled outside Denmark, even though the person in question conducted business there or had other connections to Denmark. Jurisdiction for the Danish courts depended on whether the debtor's home was located in Denmark or not. In a later case, U 1931.335/2V, the court confirmed that an insolvency proceeding could not be opened in Denmark if the debtor was domiciled abroad, even though the debtor possessed property in Denmark. The case concerned the debtor J.P.E. Mørch, a Dan-

1. Lov nr. 51 af 25. marts 1872.

ish citizen domiciled in Malmö, Sweden. When Mørch's parents passed away, he inherited their property. Since the parents had been living in Denmark this heritage, now belonging to Mørch, was situated within the Danish borders. For that reason, the creditors filed for a bankruptcy proceeding to be opened against Mørch on the ground that assets belonging to him were located in Denmark. The court rejected the petition, again reasoning that such proceedings could only be opened against debtors where the court had territorial jurisdiction, which was not the case since Mørch did not live in Denmark.²

During the course of following years, the law on international jurisdiction for insolvency proceedings changed through, in particular, the adoption of two legal instruments: a Nordic bankruptcy Convention and a new Bankruptcy Act.

4. The Nordic Bankruptcy Convention

As a result of negotiations between the Nordic countries, the Nordic Bankruptcy Convention¹ was adopted on 7 November 1933 and ratified by Denmark on 2 March 1934. The Convention was incorporated in Danish law the same year and entered into force on 1 January 1935/ A recast version of the Convention was adopted later on, and the present recast is dated 19 August 1983.⁵ Nonetheless, relations to Iceland are still regulated by the Convention of 1933. All in all, the Convention turned out to be rather successful and has, to a large extent, covered the needs for handling bankruptcies that concern two (or more) Nordic countries.⁶

The main purpose of the Convention is to regulate the recognition and enforcement of bankruptcy proceedings opened in one of the Nordic

2. See also 1953.64 VLT.

3. Konvention af 7. november 1933 mellem Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige om konkurs.

4. Bekg. nr. 249 af 1. september 1934 angaaende Dartmarks Ratifikation af den i København den 7. november 1933 indgaaede Konvention mellem Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige om Konkurs.

5. Bekg. nr. 76 af 19. august 1983 gældende overenskomst af 11. oktober 1982 mellem Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige om ændring af den nordiske konvention af 7. november 1933 om konkurs.

6. Michael Bogdan, Sveriges och EU:s intemationella insolvensrätt, 1983, p. 143 (Bogdan).

countries. The principal rule is that any such proceeding shall be recognised in the other Nordic countries just as if it had been opened by a court of the own country. Hence, a proceeding opened in Denmark will be recognised by the other Nordic countries and the assets situated within their borders will be encompassed in the Danish proceeding (yet some aspects, such as the sale of the goods, will still be carried out in the country where the assets are located and in accordance with the laws of that country). Vice versa, assets located in Denmark will be included in proceedings opened in the other Nordic countries. The Convention does not regulate jurisdictional issues as such and there are no rules pointing out which countries' courts that are competent to open a bankruptcy proceeding. Thus, any such question is still regulated by national rules, but Art. 13 of the Convention restricts its application to proceedings opened by a court, the competence of which is based on the debtor's domicile (natural person) or registered office (legal person) in the country where the court is situated.

As to the question of applicable law, it must be stressed that the Convention is not aiming at any kind of harmonization of the national bankruptcy laws in the five Nordic countries. On the contrary, Article 1 clarifies (besides regulating the recognition of the national proceedings and the possibilities of encompassing the debtor's assets in all five countries), that the *lex fori concursus* should be applied to a number of central aspects for the bankruptcy proceeding: the debtor's right of disposition of the property, what assets to include in the bankruptcy estate, avoidance, the parties' (debtors as well as creditors) rights and obligations, etc. Aspects exempted from the *lex fori concursus*, such as rights in rem and to what extent the bankruptcy proceeding should affect the debtor's existing contracts, are also regulated by the Convention and governed by a national law other than *lex loci concursus*.

5. The new Bankruptcy Act and its effect on the Danish bankruptcy proceedings

As clearly illustrated by the above-mentioned cases, the Bankruptcy Act of 1872 did not pay much, if any, attention to international insolvency situations. Questions regarding jurisdiction were determined by the place where the debtor's home was located - even if the debtor had conducted business elsewhere. A major reform with the purpose to update and

adapt the rules (i.e. all rules and not in particular the rules concerning jurisdiction) to the needs of a modern society started already in 1930. The first draft was rejected, but a new reform committee was established in 1958 with the mission to cooperate with similar committees in the other Nordic states. They all shared a vision of a uniform Nordic insolvency law, but that was a vision that turned out to be impossible to accomplish; too many differences in the national insolvency structures - especially concerning how to handle credit securities - precluded a harmonized solution (on the positive side, the discussions did lead to some common features in the new national Acts). As for Denmark, the new Bankruptcy Act entered into force in 1977.⁷

Even though it is now adapted to a more modern society, the rules of the Bankruptcy Act still do not address international jurisdiction issues *per se*. Nevertheless, there is a relevant novelty compared to the old act in section 3, according to which the Danish courts are granted jurisdiction to open a bankruptcy proceeding (as well as a restructuring proceeding or a debt rescheduling) to a wider extent than before. The new rule does not only address the place where the debtor's home is located, but also makes it possible to file petitions with the bankruptcy court in the district from where the debtor engages in commercial activity. Unless obvious from the circumstances, the commercial activity is presumed to be carried out where the debtor has its central administration. If established abroad, a debtor may still fall under the jurisdiction of a Danish bankruptcy court. An example is the case U 1982.161 H, where bankruptcy proceedings were opened against a Liberia-registered company that conducted all its business in Copenhagen. In cases, where the debtor does not have the centre of main interests (engaged in commercial activity)⁸ in Denmark, a petition for a bankruptcy proceeding must still be filed with the bankruptcy court where the debtor's home is located. This could be the case

7. Konkursloven, lov nr. 298 af 8. juni 1977 (today: lovbeholdning nr. 11 af 6. januar 2014).

8. The term »engaged in commercial activity« is used in unofficial translations of the Danish Bankruptcy Act, see for example <https://kub.kb.dk/c.php?g=91546&p=885577> (visited 03-10-2017), but does not seem to be completely adequate as translation for the Danish word »udøve« used in the original version of the Bankruptcy Act. Personally, I support Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen's opinion when he in *Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten*, 2002, p. 177 and p. 185 construes the connection in Article 3 as referring to the »centre of the debtor's main interests« (Bang-Pedersen). See also Peter Amt Nielsen, *International privat- og procesret*, 1997, p. 288 (Amt Nielsen).

when a foreign debtor actually conducts the business from abroad, or does it by travelling around in Denmark in a way that does not make it doable to identify a certain district where the commercial activities are conducted. It is noteworthy that the bankruptcy court's determination of where the debtor's home is located is bound by the rules of the Administration of Justice Act. Hence, the court's competence in such bankruptcy proceedings is based on the same rules that determine the competence of the court in any civil proceeding. A bankruptcy proceeding against a debtor conducting business in Denmark may, in the absence of a known domicile or home address, be opened by the bankruptcy court where the debtor is staying or where he had his last known address.

As already mentioned, two possible effects of a bankruptcy proceeding appear in the discussions regarding international insolvency. Firstly, the bankruptcy proceeding can have a *universal effect*, specifying that all assets belonging to the debtor are encompassed in the proceeding, no matter where the assets are situated. Secondly, the bankruptcy proceeding can have a *territorial effect* only, meaning that the proceeding is restricted to the assets of the debtor situated in the territory of the country where the bankruptcy court is located. When jurisdiction is based on section 3 of the Danish Bankruptcy Act, the proceeding has a universal effect.⁹ Subsequently, and no matter whether the jurisdiction is based on the debtor's domicile in Denmark or merely on the fact that the debtor conducts business there, the proceeding is understood to intend to cover all assets belonging to the debtor, even if they are situated outside Denmark.¹⁰ At a first glance, this approach could seem to diverge from the one applied in a number of countries similar to Denmark, including the rest of the EU Member States in relation to bankruptcy proceedings governed by the EU Insolvency Regulation (see below). These states, as well as a number of other countries, have complementary jurisdiction rules for international bankruptcy proceedings with only a territorial scope. In any event, when reconsidering the Danish approach, the difference seems less obvious. The more relevant difference is that the Danish courts primarily have jurisdiction to open bankruptcy proceedings if the debtor is domiciled there or is considered to have the centre of main interests in Denmark. Hence, we are talking about a connecting factor that normally meets the criteria for universal effect in most other countries as well. Denmark does not, as

9. See, for example, the case U 2001.1643 O.

10. Amt Nielsen, p. 288. See also Bang-Pedersen, p. 178.

many other countries do, have wide alternative or complementary jurisdiction rules based on vaguer connections like the debtor having property within the borders of the country," or that the debtor possesses an establishment there.¹² In other words, the connecting factors normally leading to a territorial effect of a bankruptcy proceeding are in principle not present in Danish law. It has been suggested that there might be an exception for a legal person having its main office inside Denmark, but its centre of main interests in another country.¹³ The reasoning follows from section 3(2) of the Bankruptcy Act, which grants jurisdiction for the courts where the debtor's home is located. With reference to section 238 of the Administration of Justice Act, companies, associations, private institutions and other collective entities capable of being a party to proceedings have the home court in the judicial district where the main office is located. In any event, the scenario described above must be considered as very infrequent in practice.

As for the universal scope of a bankruptcy proceeding opened in Denmark, it must be noticed that it is limited in two respects. The first limit concerns proceedings related to the rest of the Nordic countries and it is based on the Nordic Bankruptcy Convention. According to its Article 13, as mentioned above, the Convention is only applicable when a proceeding is opened by a court that has based its jurisdiction on the debtor's domicile (for a natural person) or registered office (for a legal person) within the country where the court is situated. If a Danish court (as well as any court of the other Nordic countries) establishes its jurisdiction only on the grounds that the debtor is conducting business there, the proceeding in question will fall outside the scope of the Convention. That or a similar ground for jurisdiction, for example if the debtor is holding property there, may, according to national law establish jurisdiction to open a bankruptcy proceeding, but such a proceeding will not have a universal

11. Such connection does, for example, grant jurisdiction for the courts in Sweden, see the first sentence of the first paragraph of section 3 of Chapter 10 of the Code of Judicial Procedure (*rättegångsbalken*). Such jurisdiction is, anyhow, not applicable against persons domiciled in another EU Member State where Regulation 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) applies.

12. See, for example, Art. 3(2) of Regulation 2015/848 on insolvency proceedings (recast).

13. Bang-Pedersen, p. 186.

14. Bang-Pedersen, p. 186.

effect in any of the other Nordic countries. Due to the wording of Art. 13, it has convincingly been argued, though, that the court must explicitly state that it has based its jurisdiction on circumstances other than the debtor's domicile or registered office in the Convention state concerned.¹³

The second limit to the main rule of Danish bankruptcy proceedings having universal jurisdiction pertains to the lack of recognition in the other states involved. In relation to countries outside the Nordic region, the universal effect can only work if the countries affected by it choose to cooperate with the Danish authorities during the proceedings. Even though the proceeding is aimed at encompassing all the debtor's assets, these will only be possible to include if the debtor collaborates with the bankruptcy estate and brings the assets to Denmark or if the country where the assets are situated, recognizes and enforces the universal effect of the proceeding.¹⁶ Such recognition or cooperation is less likely to take place in countries where the debtor is domiciled or has its centre of main interests since that would lead to a reduced possibility to open a bankruptcy proceeding there.

6. The EU Regulation on Insolvency Proceedings

Within the EU, international insolvency issues have long been on the agenda and certain efforts to coordinate the Member States' national insolvency proceedings have been made in order to avoid interrupting or competing processes of a cross-border nature in connection with particularly corporate insolvency. Significant differences in national legislation mean, however, that any harmonization of substantive insolvency law is not realisable in the foreseeable future. Instead, Community actions have focused on issues relating to the coordination of jurisdiction, choice of law and the importance of recognition and enforcement. Discussions on a Community insolvency instrument began in the early 1960s. However, it was not until 1995, that a solution was agreed in the Insolvency Convention - a delay which, in itself, testifies to the problematic nature of the negotiations. For several reasons, the Convention never entered into force, but it laid the foundation for the EU Regulation 1346/2000 on insolvency

15. Bogdan, p. 144. For criticism against the limitations of the Nordic Bankruptcy Convention, see Bang-Pedersen, p. 197.

16. Amt Nielsen, p. 457.

proceedings. A revised version of the Regulation was adopted in 2015 by the 2015/848 Regulation on insolvency proceedings (Recast), which, as per its Art. 84(1), shall apply to insolvency proceedings initiated after 26 June 2017. The differences between the Regulations include, *inter alia*, that the definition of »collective proceedings« in the revised Regulation, in addition to bankruptcy and corporate restructuring, comprises debt restructuring. This broadening of the scope of the Regulation to cover private individuals can be seen as one of several expressions of a new vision of generally providing procedures that strengthen the prerequisites for saving economically viable debtors who are in a crisis, a vision that in its extension also means that all debtors should be given a second chance.

When applying European private international law instruments, such as the Insolvency Regulation, one has to bear in mind that not all instruments apply to all Member States. Denmark - as well as Ireland and the United Kingdom - have special arrangements under the Treaty with respect to the legislation adopted in the area of civil justice.¹⁷ Denmark is not taking part in the adoption of any instruments in this area and is not bound by any of them. Even so, several instruments have been extended to Denmark through a bilateral »parallel« agreement with the EU. In comparison, the United Kingdom and Ireland have the right to choose whether they want to take part in the adoption of legislative instruments within this area. Furthermore, they have a possibility to *opt-in* to the instruments they want be bound by (something the UK and Ireland actually have done to a large extent in the field of civil and commercial matters). Denmark has no such opt-in opportunity, and thus has to rely on whether the EU is interested in concluding a parallel agreement regarding the instruments that Denmark may prefer to be bound by.¹⁸

As to the Insolvency Regulation, there is no such parallel agreement. Hence, recital 88 of the preamble correctly states that »In accordance with Art. 1 and 2 of Protocol No 22 on the position of Denmark annexed to the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the Eu-

17. For further notice, see Peter Amt Nielsen, EU's civilretlige samarbejde og Danmarks tilvalgsordning, U 2015 B, pp. 407-417.

18. Such parallel agreements have been concluded at a couple occasions; see, for example, the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299, 16/11/2005 pp. 62-67.

ropean Union, Denmark is not taking part in the adoption of this Regulation and is not bound by it or subject to its application.«

The structure of the Insolvency Regulation is based on the so-called »mitigated universalism«. This means that it is based on a single insolvency proceeding with universal effect, but at the same time allows an opening of a territorial proceeding under certain conditions. According to Art. 3(1), the courts of the Member State within the territory where the debtor's centre of main interest (the so-called COMI) is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings. Such proceedings are called »main proceedings« and have a universal effect: all assets of the debtor, no matter in which Member State they are situated, are encompassed in those proceedings. Nevertheless, if the debtor with a COMI in one Member State has an establishment in another Member State, the courts of the other State will have jurisdiction to open a territorial insolvency proceeding. According to Art. 3(2), the effects of those proceedings are restricted to the assets of the debtor situated in the territory of the latter State. If the territorial proceeding is opened subsequent to a main proceeding, the territorial one shall be a secondary proceeding. The territorial proceeding may under certain circumstances even be opened prior to the opening of a main insolvency proceeding, see Art. 3(4). If a main insolvency proceeding is opened afterwards, such a territorial proceeding shall in principle become a secondary proceeding.

7. From then to today - are there any differences?

When looking back at a 100-year journey, even a short paper like this can illustrate that much has happened in the field of international insolvency law. Even so, one might wonder what has changed in respect of jurisdiction for the Danish courts. If one reassesses the case from 1917 in the light of the rules of today, the conclusion is that the outcome would probably be the same. At the time, the court rejected the petition for a bankruptcy proceeding since the wholesaler had his home and business in Germany. Under those circumstances, it was irrelevant that he also conducted business in Denmark. That was the court's decision then, and according to the rules of the present Bankruptcy Act there are not any arguments in favour of an alternative outcome if a parallel scenario would take place today - the connecting factors of the case seem still not strong enough to grant jurisdiction. The same goes for the case from 1931. The fact, that the

debtor Mørch had property in Denmark, was disregarded by the court since he was domiciled in Sweden, a fact that would lead to the same conclusion if the petition for opening a bankruptcy proceeding against him had been made today. When comparing the situation of today with the one we know from 1917, the main differences is that jurisdiction today may be granted against foreign debtors conducting business in Denmark with a central administration here, or if all business conducted is taking place in Denmark even though it is registered somewhere else. The Nordic bankruptcy Convention has also opened up for more effective bankruptcy proceedings within the Nordic states, while the EU Insolvency Regulation seem to be out of reach for Denmark for quite some time yet. The Danish legislator could of course incorporate the rules of the Regulation in Danish law, but a unilateral action like that would only be of benefit for the rest of the EU Member States and not for Denmark since no other Member State would be obligated to accept or recognise the decisions of the Danish courts.

Finally, it ought to be mentioned that section 6(1) of Danish Bankruptcy Act opens up for a possibility to acknowledge foreign bankruptcies in Denmark. According to its wording, the Minister of Justice may lay down regulations in pursuance of which decisions by foreign courts of law and authorities in respect of bankruptcy, restructuring and other similar insolvency proceedings are to have binding effect and be enforceable in Denmark, provided that they have such binding effect and are enforceable in the foreign state where the decision was made, and provided that such recognition and enforcement would not be obviously incompatible with the Danish legal system. However, the Minister has not yet made use of this option.

100 Years of Telecommunications Regulation

The Changing Paradigm

Associate Professor Andrej Savin

1. A century of telecommunications regulation

Civilisation, as understood by a person living in the 21st century, entails large-scale deployment and take-up of networked services: transport, telecommunications, electricity, gas and water. All four share common features: prohibitively high deployment costs coupled with high risk to which should be added network effects¹ and economies of scale.² While high deployment costs and high risk deter companies from *entering* the market, network effects and economies of scale, once achieved, *keep* the companies on it while preventing competitors from entering. The state-supported and unchallenged incumbent companies are rarely incentivised to invest in next generation networks and services once they reach the position of monopolistic power. The main challenge that policymakers in the networked industries have traditionally faced has, therefore, been to attract sufficient investment capable of supporting the present networks while developing next generation networks and services. Telecommunications networks could rightfully be called the circulatory sys-

1. Network effects are usually described as the increase in value resulting from the increased user base. Thus, a telephone network covering a whole region is more valuable than the one that covers only part of it.
2. Economies of scale are cost advantages resulting from increased output of a product. A provider with a very large customer base would be in a significantly better position than the one with a small one.

tem of the modern economy. But even a casual observer would notice that telecommunications companies that established themselves in the 20th or even the 19th century are still dominant today. Understanding how they came to be so is the key for understanding the values that inform modern telecommunications policy as well as the requirements that such policy must have to enable modern and efficient telecoms in the future. Unlike some other disciplines, delving into telecoms history is a prerequisite for making sound policy decisions. The moment for such a discussion is particularly opportune today as the EU is engaged in a thorough telecommunications reform proposed in 2016 and still being negotiated as of 2017.

The choice of a regulatory model in telecommunications has been and remains a burning economic, political and social issue. The purpose of this article is to provide a comparative overview of the fundamental regulatory paradigms that have shaped telecommunications policy on both sides of the Atlantic in the past 100 years. Tentatively, this history can be divided into three periods, each of which is represented by a dominant regulatory approach. The first is the early period during which states subscribed to the idea that telecommunications are natural monopolies. The second is marked by an effort to liberalise the industry in the 1980s. The last period is represented by modern threats to traditional telecoms and the need to find new regulatory approaches.

2. The early days

The US telegraph industry began developing in the 1840s.³ The most important feature of that development has been the large-scale private investment coupled with massive state support also seen in other networked industries.⁴ The state interest and support, albeit often criticised by both the contemporary and modern observers, results from a conventional wisdom which dates to the 19th century and which managed to survive in one form or another well into the 21st: telecommunications, like other networked industries, are *natural monopolies*. Natural monopolies

3. On the early days and the legal regulatory challenges, see Kevin G Wilson, *Deregulating Telecommunications*, 2000, pp. 9-23.

4. On railroad and parallels with telecoms, see Susan Crawford, *Captive Audience*, 2013, Ch. 1.

can simply be described as industries where the costs of infrastructure deployment and high barriers to entry give the largest supplier in the market an overwhelming advantage. Both in Europe and in the US, governments have taken as the starting position the idea that national interests can best be served by one corporation to which the rights are awarded while maintaining price regulation. Coupled with this was also the idea that regulated monopolies are good for advancing various social policy aims which cannot be achieved through other means of regulation.³ The bargain the state enters into seems logical: difficult-to-achieve large-scale investment is undertaken by a single corporation which becomes a *de facto* protected monopolist. Regulation comes not to promote competition as a way for achieving better and cheaper services, but to stifle it in the belief that a single corporation is better suited to the job.

The story did not begin with a monopoly. The invention of the telephone by Bell (completed by 1876), followed by the expiration of his patents in 1894, temporarily created real competition in the telephone market and it was not until the end of 1918 that AT&T (successor to the original Bell Company) became dominant and problems began to arise.⁶ In the 1876 case *Munn v Illinois*, the Supreme Court ruled that the governments have the power to regulate private industries that affect public interests⁷ and the debate about the extent of the government's intervention in telecoms began in earnest. The possibility that governments could step in and intervene to correct a lack of balance on the market had, thus, become real. The dominant paradigm for regulating enterprises, however, has been the *laissez-faire*, and the novel antitrust laws were only gradually beginning to take shape.⁸ Theodore Vail returned to AT&T as president in 1907 and began a campaign of lobbying the regulators for supporting his vision of »One Policy, One System, Universal Service.« Crucially, Vail be-

5. See Jonathan E Neuchterlein and Philip J Weiser, *Digital Crossroads: Telecommunications Law and Policy in the Internet Age*, 2013, p. 11.
6. The company was soon under investigation for alleged violations of antitrust rules in its telegraph business and for the refusal to allow interconnection to rival telephone services.
7. *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876). The limits of government's intervention, however, quickly began to be set. See Supreme Court's case *Smyth v Ames*, 171 U.S. 361 (1898).
8. The first US antitrust statute, the Sherman Act, dates to 1890 (26Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7) whereas the Clayton Act dates to 1914 (38 Stat. 730, 15 U.S.C. §§ 12-27).

gan working on establishing the idea that monopolies in the telecoms sector are natural and desirable and that AT&T should be given the status of such a monopoly in exchange for a number of commitments. Competition, he argued, is not consistent with regulation, and governments desiring to have robust competition should not attempt to regulate. An important development happened around the time marking the end of the First World War when dominant AT&T, noticing the growing public dissatisfaction with its services and dealing with the federal government's inquiry into its anti-competitive practices, made a number of commitments to the lawmakers.

The 1913 »Kingsbury Commitment« was a result of heavy lobbying by AT&T and involved a number of obligations in exchange for the state dropping its complaints. It included the obligation to allow independent companies to interconnect to its telephone network, the obligation to relinquish control of its Western Union telegraph stock and the obligation not to acquire any more independent companies.⁹ The deal was an out-of-court settlement of the US government's anti-trust case against AT&T. Although the intention may have been to increase competition, the opposite effect had been achieved. The interconnection obligation disincentivized competitors from laying out alternative networks while the obligation to divest its telegraphic business (Western Union) was not accompanied by the obligation not to acquire new stock.¹⁰ Effectively, AT&T became a regulated monopoly at this point. AT&T consolidated its control of both city and long-distance traffic and the lawmakers increasingly began stating publicly that telecommunications are a natural monopoly." Although AT&T became nationalised during World War I, it returned to its monopolistic position after the war. By 1924, AT&T acquired all independent telephone companies. Vail's gamble seemed to have paid off: nationalisation had been avoided, and AT&T was not only dominant in the US but also had the government's blessing for it. Thus began a regulatory saga that spread across the Atlantic and whose consequences are felt to this day, slightly over 100 years since it first became politically accepted to maintain monopolies in a networked industry. The 1934 Telecommuni-

9. See Dick W Olufs, *The Making of Telecommunications Policy*, 1999, pp. 32-34.

10. See Adam D Thierer, *Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly*, *Cato Journal*, 1994, pp. 267-285.

11. Sen. Rep. No. 75, 67th Cong., Ist Sess., 1 (1921). See also Walter Saprnov, William H Read, *Telecommunications: Law, Regulation, and Policy*, 1998, p. 11.

cations Act,¹² which largely codified the already-existing legislation, had not changed the situation dramatically. Over 60 years was to pass before the next federal law - the 1996 Telecommunications Act - brought true changes.¹⁵

The situation in Europe was largely similar to that in the United States.¹³ While different states followed somewhat different models, the pattern was recognisable: an early investment by astute companies, an early boost to competition as new technology attracts new entrants, and the formation of a dominant company followed by its official or semi-official recognition by the state. In Germany, the Deutsche Reichspost had been established as a monopoly in 1870 and remained so after 1947 when it was transformed into Deutsche Bundespost. In France, telecommunications were under a direct government monopoly with France Télécom only being formed as a public utility company in 1988. In Britain, the General Post Office had been made the monopoly supplier of telecoms services. The state-owned company had been transferred onto a new statutory corporation only in 1981.¹⁴ The story is similar in other countries, although sporadic examples exist of several companies continuing to coexist.¹⁶

Viewed from the legal perspective, the main premise of a natural monopoly is that direct regulation is needed precisely because the rules which control competition in normal situations are not capable of operating normally.¹⁷ It is worth observing at this point that the state's recognition of a dominant position is not a temporary step to liberalisation and full competition but rather an official policy and a paradigm. In such an environment, what became known as *telecommunications law* or *telecommunications regulation* was, in reality, a collection of government measures correcting various anomalies without attempting to achieve or maintain competition. The regulator steps in at this point to control market entry,

12. Pub.L. 73-416, 48 Stat. 1064.

13. Pub.L. 104-104, 110 Stat. 56.

14. For an overview of networked industries, see Robert Millward, *Private and Public Enterprise in Europe: Energy, Telecommunications and Transport, 1830-1990*, 2008, in particular Chapters 5 and 7-9.

15. The British Telecommunications Act 1981 (1981 c. 38).

16. In Denmark, KTAS, Fyns Kommunale Telefonselskab and Jydsk Telefon-Aktieselskab continued to co-exist after 1947.

17. On the economics of natural monopolies in the historic context, see Richard A Posner, *Natural Monopoly and Its Regulation*, 21 Stan. L. Rev. 1968-1969, p. 548.

prices, quality, conditions of access, treatment of vulnerable groups, universal service, consumer protection and other issues.

In recent years, the idea that telecoms companies are natural monopolies had been challenged.¹⁸ Rather than assume that certain utilities are given governmental protection because there are sound economic reasons for it, the real sources of their position should be looked for in their political power and their capacity for lobbying and capturing the political process. Deregulation in other networked industries revealed a similar set of political reasons that underlies regulatory choices.¹⁹ It was not until new ideas began to be tested in the 1970s and 1980s that the idea that telecoms need to be treated as natural monopolies began to disappear.

3. The great liberalisation

As noted above, the natural monopoly as a political compromise came with the price - the need to monitor prices, quality, interconnection, end-user rights, and other issues that arise in a non-competitive market. The movement that began to be generated in the late 1980s was deregulatory - its aim was to remove burdensome regulation that piled up from the »natural monopoly« days. At the same time, it was liberalising - it had as its source the idea that competition in networked industries is desirable and that it can solve problems natural monopolies could not. But the deregulation and liberalisation were not simple matters of changing policy. They came about as a complex combination of technological, economic and social factors. Once the movement had started, it was difficult to stop. Initially, however, the »natural monopoly« paradigm had been challenged through deregulation without a true movement to competition.²⁰ In both the EU and the US, the idea that telecoms networks and services

18. See Thomas DiLorenzo, *The Myth of Natural Monopoly*, 9 *The Review of Austrian Economics* 1996, p. 43. See also Kevin G Wilson, *Deregulating Telecommunications: U.S. and Canadian Telecommunications, 1840-1997*, 2000, p. 148.

19. For electricity supply, see Daniel H Cole and Peter Grossman (eds), *The End of a Natural Monopoly: Deregulation and Competition in the Electric Power Industry*, 2014.

20. AT&T's breakup in 1982 had not created full competition. In many instances it was never achieved. For cable industry, see Susan Crawford, *Captive Audience: The Telecom Industry and Monopoly Power in the New Gilded Age*, 2013.

should be fully competitive, came about gradually and remains a goal to this day.

The picture in both the US and the EU began to change in the 1970s, but it did not come about abruptly.

In the US, deregulation had been a result of three attempts to break up the incumbent AT&T, the last of which eventually succeeded. The monopoly consisted in the manufacture of terminal equipment, the provision of long distance services and the provision of local access and exchange through subsidiaries. The break-up of the AT&T system began in 1982 when AT&T relinquished control of the Bell companies which provided local telephone access services. Terminal equipment had also been liberalised. AT&T continued as a provider of long-distance services. The move did not signify a move to full competition, though, as regional Bells continued to be regulated as mini monopolies. At the same time, the old world was rapidly changing, and cable companies were emerging as competitors (though they, too, were regulated). It seems that the competition in the equipment and long distance markets resulted from technological changes and different economic dynamics. The »One System, One Policy, Universal Service« adage corresponded to an entirely different kind of corporate culture.²¹

In the US, elements of true competition only came with the 1996 Telecommunications Act which coupled deregulation with true liberalisation. The act envisaged competition both in the provision of networks and the services that ran on these networks.²² The administration was driven by the desire to enact more modern laws, suitable for the rapidly developing technological world. The local telecoms companies were interested in providing long-distance services and cable TV while the cable companies wanted to compete on the local telephone market. The government put forward a proposal that was based on private initiatives, modern technologies, reduction of redundant regulation and universal access in cases where it was still needed. While burdensome laws were simplified or removed, regional telecoms companies had to open up access to competi-

21. See Kevin G Wilson, *op. cit.* pp. 107-149.

22. For an early analysis of the Act's impact, see Economides, Nicholas, *The Telecommunications Act of 1996 and Its Impact* (September 1998). New York University, Center for Law and Business, Working Paper No. 99-003; NYU Working Paper No. EC-98-08. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=81289> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.81289>.

tors and cable providers had to open access to telecoms companies. Cross-entry barriers were removed.

In Europe, several factors influenced the decision to begin liberalisation at both national and EU level. First, new technologies emerged that demanded a more flexible regulatory approach. Computing became widespread and with it the need for interconnection and the demand for telecommunications networks and services. Equipment cost was falling, making entry cheaper and easier. Since deployment of new technologies required significant levels of investment, which the incumbents had no incentive to engage in, a commercial option suddenly became more attractive.²³ Second, the liberalisation had commenced as an experiment on a smaller scale both in the US and some European countries, and, slowly, it began to give visible results.

Contrary to popular views that telecoms liberalisation had been forced on Member States, the early EU reform in this area may have been following national ideas rather than leading them.²⁴ The EU, which until early 1990s had barely any telecoms regulation in place, was in a form of partnership with Member States and closely cooperated with them.²⁵ The first proper EU attempt to intervene came about with the 1987 Green Paper outlining the future telecommunications policy.²⁶ It had three goals. The first was the complete opening of terminal equipment market to competition. The second was introduction of obligations to interconnect and to provide access on all cross-border providers. Finally, a separation of regulatory and operational functions for national telecommunications administrations had been proposed. The reform, which began to take shape in late 1980s as a result of the Green Paper, had two aspects. The first to occur was liberalisation: a gradual attempt to introduce competition into the telecommunications networks and services. A number of measures had

23. See Mark Thatcher, *The National Politics of European Regulation: Institutional Reform in Telecommunications* in David Coen, Mark Thatcher, *Utilities Reform in Europe*, 2001.

24. Only the UK had by 1987 properly began to liberalise. The UK national monopolist, BT, had been separated from the Post Office in 1981 and privatised in 1984.

25. See Mark Thatcher, *The Commission and national governments as partners: EC regulatory expansion in telecommunications 1979-2000*, 8 *Journal of European Public Policy*, 2001, pp. 558-84.

26. *Towards a Dynamic European Economy. Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment*, COM (87) 290 final, 30 June 1987.

been initiated, including the liberalisation of terminal equipment, the liberalisation of services and the satellite communications.²⁷ The second was harmonisation: an effort to approximate Member States' laws.²⁸

An outline of a comprehensive regulatory framework began to form in the 1990s,²⁹ but the comprehensive legislative package only came about in 2002. It consisted of a Framework Directive,³⁰ coupled with Directives on Authorisation,³¹ Access,³² Universal Service³³ and ePrivacy.^w The regulatory package was a consolidation of the patchwork of many different de-regulatory and liberalising measures from the previous decade. At the same time, it was a fundamental rethinking of the EU telecoms policy.

The liberalisation had been mostly successful, and telecoms markets in Member States slowly began to open up. At the same time, the purpose of having common rules was informed as much by the need to have a single EU market in telecommunications as it was by the desire to achieve full competition. The approach chosen was in many respects original.³⁵ Instead of using general competition law, a set of telecommunications-specific rules had been developed. The need for such rules has its roots in the natural monopoly era. In spite of gradual opening-up to competition, many parts of the industry remain in the hands of dominant undertakings. The application of competition law to such situations would, by definition, happen *ex post* any violation since competition law reacts to past breaches. Instead of that, telecoms-specific rules were to apply *ex ante*, address the abuses by dominant incumbents in anticipation of potential

27. For an overview see Liyang Hou, *Competition Law and Regulation of the EU Electronic Communications Sector: A Comparative Approach*, 2012, pp. 8-17.

28. See Paul Nihoul and Peter Rodford, *EU Electronic Communications Law*, 2nd ed. 2011, pp. 7-9.

29. See Directive 1990/387 on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of open network provision [1990] OJ L192/1 (ONP Framework Directive).

30. Directive 2002/21.

31. Directive 2002/20.

32. Directive 2002/19.

33. Directive 2002/22.

34. Directive 2002/58.

35. The sector-specific approach to telecoms is not an EU invention. It has been and remains to be applied by other states. See Michel Kerf and Damien Geradin, *Controlling Market Power in Telecommunications: Antitrust vs. Sector-specific Regulation - An Assessment of the United States, New Zealand and Australian Experiences*, 14 *Berkeley Tech. L.J.*, 1999, p. 919.

or threatened breaches, and with a view to preventing them. The ultimate goal, however, would be to replace the *ex ante* telecoms-specific rules with antitrust rules once full competition had been achieved.

The *ex-ante* system had some important features. It was based on competition law methods, it was asymmetric and it targeted service- rather than infrastructure-based competition. Sector-specific regulation relied on competition law concept of dominant undertakings for which a proper market definition was needed. The Commission published a set of recommendations with the purpose of defining the relevant markets.³⁶ National regulatory authorities (NRAs) then engage in examining whether significant market power (SMP) exists on such markets and whether this warrants the imposition of EU-wide remedies. The system was asymmetric in that it mostly applied to SMP undertakings. If a finding of SMP could not be made, no remedies would be imposed.¹⁷ This created a deliberate lack of balance where (mostly) incumbent dominant firms were subject to SMP obligations such as providing access to the local loop. Finally, the system was meant to improve access-based competition. Rather than boost the competitors' ability to duplicate the infrastructure, it gave them access to the existing one.¹⁸ All three features had very significant implications for the development of next-generation regulatory frameworks. While the system is complex, it is also flexible. It relies on telecoms authorities to analyse the problems when and where they arise and their ability to impose remedies, which are designed to be flexible. The results in the EU, where choice has increased and prices have fallen, are a testi-

36. The document had been updated several times. The current version is from 2014 and it contains only four markets, down from 18. See Commission Recommendation of 9 October 2014 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21 of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services. The fact that the number of markets had been reduced should be interpreted to mean that proper competition had been mostly achieved in those markets and that *ex ante* intervention was no longer needed.

37. Although this did not, in theory, preclude the application of competition law rules to the same situation.

38. There is evidence that this approach harms long-term ability to invest in next-generation networks. See Wolfgang Briglauer, Klaus Guglerb, Adhurim Haxhimusab, Facility- and service-based competition and investment in fixed broadband networks: Lessons from a decade of access regulations in the European Union member states, 40 Telecommunications Policy, 2016, pp. 729-742.

mony to its success. Moreover, the system is not burdening companies with unnecessary regulation.”

On the other hand, a number of issues remained. First, the gradual elimination of markets susceptible to SMP regulation to only four prompts calls for the discussion on the future role of *ex ante* rules and the respective roles that competition and telecoms authorities have in promoting better telecoms. Second, sector-specific regulation alone did not deliver investment in next-generation infrastructure.³⁹ Third, the idea that historic monopolist asymmetrically provides access to copper cables to its competitors had not been able to deliver next-generation access networks.⁴⁰ These problems opened up the calls for the reform of the present framework and the third change of the dominant regulatory paradigm.

4. Towards full competition?

The telecommunications world in 2017 is dramatically different to the one from the early 1990s and unrecognisable from the model present throughout most of the 20th century. There are two main reasons for this.

The first is normally labelled with the term »convergence« and denotes the fact that different services (fixed telephony, mobile telephony, data, TV services etc.) are network-independent. Voice telephony no longer depends on a fixed access point for delivery, television no longer needs an aerial, etc. Put in more extreme terms, this usually means that services are all transmitted through the data pipe. This is in sharp contrast to the traditional model of content distribution where each service is delivered through a separate network: voice through PSTN, TV through aerial or

39. For example, SMP measures are normally not imposed on undertakings at the retail level although problems at this level are used to inform regulation at the wholesale level.

40. The idea that both the incumbents and the new entrants would keep investing, commonly called the »ladder of investment«, did not prove as successful as hoped. See Martin Cave, *The ladder of investment in Europe, in retrospect and prospect*, Telecommunications Policy, 2014, pp. 674-683.

41. Tony Shortall and Martin Cave, *Is Symmetric Access Regulation a Policy Choice? Evidence from the Deployment of NGA in Europe*, 98 Digiworld Economic Journal, 2015, p. 17.

cable, etc. The rapid progress of over-the-top (OTT) providers⁴² has increased both the calls from the traditional telecommunications companies for less regulation in the face of OTT competition and the calls for an integrated regulatory framework that would adequately address convergence.⁴³

The second reason is connected to the first: since converged services are increasingly delivered through the broadband pipe, the demand for speed and bandwidth is rapidly increasing and, with it, the need to both deploy next-generation access (NGA) and increase end-users' take-up of that access. As suggested above, the sector-specific regulatory framework may not have the capacity to boost investment in next-generation networks.⁴⁴ The EU Commission admits that access in next generation networks needs new tools and that universal and affordable broadband should be prioritised.

In 2016, largely responding to these challenges, the EU Commission proposed a thorough reform of its telecommunications regulation. The European Electronic Communications Code (EECC)⁴⁵ comes after a somewhat less-ambitious and abortive 2013 attempt to reform EU telecoms,⁴⁶ which failed after the realisation that the task ahead was bigger than previously thought and in the need of a political compromise. The reform had been prompted by multiple factors. The main has been the realisation that revenues in the industry are decreasing and that investment levels are beyond the desired ones. The other has been the lack of a true Single Market in EU telecommunications and the desire to achieve one. Possibly the dominant driving force has been the realisation that the current SMP-based *ex ante* regulatory model no longer adequately served the

42. Usually defined as any providers delivering content through the regular IP network.

43. See Alexandre de Streel, Pierre Larouche, *An Integrated Regulatory Framework for Digital Networks and Services*, CERRE Report, January 2017.

44. See WIK et al., *Regulatory, in particular access, regimes for network investment models in Europe*, Final Report, SMART 2015/0002, September 2016.

45. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Establishing the European Electronic Communications Code (Recast), 14.9.2016 COM (2016) 590 final.

46. The »Connected Continent« proposal, see Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Telecommunications Single Market-COM (2013) 634.

purpose for which it had been built. The motives are elaborated on in the Impact Assessment document/⁷ which reveals the Commission's declared strategic objectives for the 2016 reform/⁸ At the same time as unveiling its EECC Proposal, a number of measures targeting NGA and 5G deployment have been published.¹⁹

Two main observations can be made about the Proposal. First, the EECC is a codification measure - it gathers together the four main telecommunications Directives.⁵⁰ The effect here is only cosmetic, no substantive changes arise out of the reorganisation effort itself. Second, the EECC does not change the main regulatory model of the 2009 Framework, which, in turn, dates back to the liberalisation and harmonisation plan from 1987. It does not remove sector-specific SMP-based *ex ante* regulation and it does not suggest the introduction of a single EU regulatory authority. While declaring the ultimate desire to move to full competition, a formal statement also made in the 2002 and 2009 frameworks, it keeps the SMP regime in place. A formal declaration to this effect had already been made in the Better Regulation Directive:¹

»The aim is progressively to reduce ex-ante sector specific rules as competition in the markets develops and, ultimately, for electronic communications to be governed by

47. European Commission, Impact Assessment, 14.9.2016 SWD (2016) 303 final.
48. The formally announced challenges are: the prevalence of over-the-top players (OTTs), the penetration of Internet of Things (IoT) and Machine-to-Machine communications (M2M), Software Defined Networks (SDN) and Network Function Virtualisation (NFV). The Commission further desires to achieve Gigabit connectivity and increase investment in Very High Capacity Networks.
49. See Communication, Connectivity for a Competitive Digital Single Market - Towards a European Gigabit Society, 4.9.2016 COM (2016) 587 final and 5G for Europe: An Action Plan, 14.9.2016 COM (2016) 588 final.
50. The ePrivacy Directive is subject to a separate proposal, see Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58 (Regulation on Privacy and Electronic Communications) 10.1.2017 COM (2017) 10 final. See also European Data Protection Supervisor, Opinion on ePrivacy Regulation, Opinion 6/2017.
51. This is one of the two Directives that brought in the 2009 reform. Directive 2009/140 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20 on the authorisation of electronic communications networks and services.

competition law only. Considering that the markets for electronic communications have shown strong competitive dynamics in recent years, it is essential that ex-ante regulatory obligations only be imposed where there is no effective and sustainable competition.«

While it is difficult to state at this point if the EECC will be adopted or how successful it might be, it has, on the one hand, been noted that it is consistent with what has already been suggested as the desirable path.⁵² On the other hand, it is difficult to claim that the Proposal is revolutionary. On the contrary, it makes its inherited elements stand out very clearly. While this is a result of a political compromise, which needs to be made, it may also be a sign of a lack of vision.

5. The way forward

Historically, telecommunications regulations can be divided into three significant phases. The first phase was marked by the idea that telecoms are natural monopolies and that states should intervene both to protect them and to correct negative effects that arise from their presence. The second phase had been marked by liberalisation and gradual movement to competition. In the EU, this phase saw the double efforts to liberalise and harmonise through the SMP *ex ante* regulatory model. The third, contemporary phase is marked primarily by the need to deploy next generation networks and services quickly and to increase their take-up, but also by a general regulatory confusion. In the EU, this phase began in 2016. Three observations can be made about the changing regulatory paradigm.

First, an analysis of the dynamics of each period reveals that the monopolistic power of the incumbents is not just a historical curiosity but also a fundamental fact that has had a significant impact on the regulatory models that have developed ever since the state began breaking up the monopolies. In most cases, the gradual opening up of the markets had not resulted in a fully competitive market. We have seen arguments (Section 2) that natural monopoly is a political choice rather than an economic ne-

52. See Richard Feasey and Martin Cave, *Policy towards competition in high-speed broadband in Europe*, CERRE Report, 20.2.2017. Available at <http://www.cerre.eu/publications/policy-towards-competition-high-speed-broadband-europe>.

cessity. The national monopolists have not disappeared with liberalisation. 30 years after the EU liberalisation agenda had been first set in motion, the former national monopolists are still present - bruised, but not dead. Even a casual look at the 2009 EU Regulatory Framework for telecommunications reveals that it is built around the competitors' access to the *incumbents'* assets. The same is true of the 2016 EECC Proposal (albeit to a lesser extent).

Second, each of the phases is marked by clear political choices, which led to the formation of regulatory agendas. In the years following World War I, the natural monopoly idea was a *choice*, not an inevitability. In the liberalising 1980s and 1990s, the introduction of sector-specific regulation instead of full competition was a *choice*. Finally, the prioritisation of next-generation deployment is also a *choice*. Regulatory choice, however, is rarely divorced from the political one. On the one hand, a modern regulator might be subject to lobbying efforts as much as the one from 100 years ago. On the other hand, modern political processes are informed differently than a century ago and it is more appropriate today to talk about multi-stakeholder governance models. The global interdependence makes regulatory mistakes less likely, but also very costly.

Third, the modern policymaking process is more transparent, but also significantly more difficult as complex economic, technological, historical and social forces all exercise influence. A development of a new technology can and does make legislation obsolete. A historical position of an incumbent may make liberalising laws difficult. The need to supply services to rural areas may make it difficult to eliminate universal service policy. All of this prompts the need for neutral regulatory frameworks and flexible institutional support.

Regulatory choices made 100 years ago continue to inform our modern digitally-oriented societies. One might wonder how the world could look today had regulators chosen to support full competition in 1917. While such speculations might amuse, it is somewhat worrying that modern regulators lack a better picture about what constitutes good laws. While it is clear that competition will be the key driver for development of next-generation networks and services, ambitious objectives do not usually translate into sound policy. At the same time, both the US and the EU lack modern tools. The ideas based on access are decades old and questionable. Infrastructure-based competition, while highly desirable, is risky and expensive and had been brought about with the aid of very diverse strategies in those Member States where it worked. Finally, regula-

ANDREJ SAVIN

tory oversight and enforcement in the new model also remains an enigma. In such climate, it is not certain that we are making a better choice today than had been made a century ago.

Aktieselskabsloven 100 år

Syv særlige selskabsretlige sager fra 1917

Lektor Troels Michael Lilja

1. Aktieselskabsretten anno 1917

Det er 100 år siden, at aktieselskaberne fik deres egen lovgivning, lov om Aktieselskaber af 29. september 1917 (ASL 1917). Hovedformålet med denne artikel er at analysere en række domme fra 1917, der har haft betydning for retsudviklingen og enten stadig har en vis præjudikatværdi eller på anden vis har indvirkning på reguleringen af selskabsretten. Det interessante ved dommene er, at de angår begivenheder sket før lovens ikrafttræden, og de danner et billede af retstilstanden fra før Danmarks første aktieselskabslov. Dommene gennemgås og analyseres, og resultaterne sammenholdes med retsstillingen i dag.

2. Stiftelse og stifterses erstatningsansvar

U 1917.108 SH angik spørgsmålet om stifterses erstatningsansvar. En række personer havde under betegnelsen »bestyrelsen for A/S Dampskibsselskabet Odin« indbudt til tegning af aktier for 5 mio. kr. Det lykkedes ikke at få tilstrækkeligt med tilsagn om tegning, og tegnerne besluttede derfor at opgive at stifte selskabet mod at få deres indskud fratrasket deres andel af opstartsomkostningerne tilbage. Bestyrelsen havde forud for tegningen givet et større beløb i provision til en - muligvis insolvent - mand (M), der skulle garantere tegning af 1 mio. kr. Spørgsmålet var herefter, om »bestyrelsen« var erstatningsansvarlig for provisionsbeløbet henset til, at »bestyrelsen« ikke havde sikret sig, at de resterende 4 mio. kr. aktier blev tegnet. De sagsøgende tegnere havde stemt for forslaget om at opgive stiftelsen af selskabet, og Sø- og Handelsretten lagde derfor

vægt på, at de dermed også havde stemt for, at de måtte tåle et fradrag for deres andel af de afholdte stiftelsesomkostninger. Retten anførte herom:

»Retten maa derhos finde, at det er et meget stort Beløb, der i alt er udbetalt [M] og hans Underagenter for det af dem præsterede Arbejde, men *under Manglen af en Aktielovgivning* tør Retten ikke paa Basis heraf dømme Bestyrelsen til at betale nogen Erstatning.«

Formuleringen indikerer, at retten ikke fandt, at den havde hjemmel til at idømme »bestyrelsen« et erstatningsansvar uden en egentlig aktielov. Resultatet kan fra et nutidigt perspektiv være vanskeligt at forene sig med. Selskabslovens § 361, der vedrører stifteres erstatningsansvar, er en kodificering af den almindelige erstatningsretlige regel, der opstod ved »culpadommen«. Dommen er gengivet i Højesterets voteringsprotokol 1759 No. 36 og var afsagt mere end 150 år før U 1917.108 SH. Resultatet er imidlertid velbegrundet, når der alene fokuseres på rettens behandling af kapitalejernes frie ret til at stemme for opgivelsen af selskabet uden at forlange sig stillet som før tegningen. Retten fremhæver her, at kapitalejerne forud for denne afstemning kunne have forlangt en nærmere redegørelse, som kunne have afdækket, om »bestyrelsen« havde handlet forsvarligt. Rettens bemærkninger om manglende sikker hjemmel kan være udtryk for et (forfejlet) obiter dictum.

Af de sidste passager i rettens votum kan det af ordlyden formentlig udledes, at resultatet kunne være blevet et andet for den tegner, der havde forlangt en redegørelse og/eller havde stemt imod opløsningen på de opstillede vilkår. Dommen tages i dag til indtægt for, at stiftere og/eller bestyrelsen i et selskab, hvor virksomheden er sat i kraft, men hvor stiftelsen må opgives, kun vil kunne ifalde erstatningsansvar for tilbagebetalingskravet, hvis udsigten til, at selskabet ville blive stiftet, var for ringe, eller hvis beløbene var blevet anvendt på uforsvarlig måde.¹ Dommen spiller således fortsat en rolle i dansk selskabsret.²

1. Jf. Paul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret*, 13. udg., 2017, s. 502 (Krüger Andersen).
2. Se yderligere om stifteres erstatningsansvar hos Krüger Andersen, s. 500 ff., Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber*, 5. udg., 2017, s. 720 ff. (Schans Christensen), og meget kort Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk Selskabsret* 2,4. udg., 2014, s. 665 (Friis Hansen og Krenchel).

3. Selskabets vedtægter - majoritet på generalforsamlingen afhængig af forslagsstiller

U 1917.249 LOHS³ angik delvist spørgsmålet om gyldigheden af en vedtægtsændring, hvorefter forslag til vedtægtsændringer, der var fremsat af bestyrelsen og af aktionærrådet, skulle kunne vedtages med en lavere kvalificeret majoritet (2/3) end forslag til vedtægtsændringer, der var fremsat af enkeltaktionærer (4/5 flertal). Sagen kom i høj grad til også at handle om adgangen til at foretage vedtægtsændringer, der stred mod interessen for kapitalejere med aktier, der endnu ikke var noteret på navn, da ejerne af sådanne ikke kunne få adgang til generalforsamlingen, hvor deres rettigheder forringedes. Denne del af afgørelsen har imidlertid ikke fået afgørende betydning for retsudviklingen, hvor et øget fokus på minoritetsbeskyttelse har ændret indstillingen til et spørgsmål som dette. I relation til majoritetskrav ved vedtægtsændringer udgør dommen imidlertid stadig et præjudikat i forhold til spørgsmålet, om det er muligt at differentiere den kvalificerede majoritet, afhængig af om f.eks. bestyrelsen står bag et vedtægtsændringsforslag eller ej.¹ Resultatet er siden bekræftet i U 1966.465 V,² og retsstillingen efter aktieselskabslovene fra 1917

3. LOHS er en forkortelse for Landsover- samt Hof- og Stadsretsdomme. Hof- og Stadsretten var en domstol i København, der eksisterede i perioden 1771-1919. Domstolen blev oprettet ved forordning af 15.6. 1771 på initiativ af Struensee og Holstein. Hof- og Stadsretten afløste Københavns Byting, Københavns Rådstueret, Politi- og Kommercekollegiet, Borgretten, Hofretten og Konsistorium ved Københavns Universitet som domstol i ægteskabssager, og oprettelsen af denne domstol gjorde det således lettere at afgøre ved hvilken domstol, en given sag skulle anlægges. Indtil 1805 var der i Ringsted, Maribo, Odense og Viborg placeret fire landsting (domstole og lokale lovgivende forsamlinger), men disse blev i 1805 erstattet af to landsoverretter, som blev placeret i Viborg, hhv. i København, hvor sidstnævnte fik samme placering som Hof- og Stadsretten. Den københavnske domstol fik derefter navnet »Den Kgl. Landsover- samt Hof- og Stadsret i København«, jf. Jens Ulf Jørgensen: Hof- og Stadsretten i Den Store Danske, Gyldendal. Hentet 1. september 2017 fra <http://denstoredanske.dk/index.php?sideId=92200>.
4. Jf. Friis Hansen og Krenchel, s. 477. Også denne dom spiller således fortsat en rolle i dansk selskabsret.
5. U 1966.465 V er også nævnt hos Krüger Andersen, s. 432, 439 og 448, Schans Christensen, s. 581 f., Bernhard Gomard m.fl., Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde, 8. udg., 2015, s. 411 (Gomard m.fl.), Friis Hansen og Krenchel, s. 477 og Erik Werlauff, Selskabsret, 10. udg., 2016, s. 541 (Werlauff).

og 1930 har således ikke ændret sig på dette punkt, lige som det ikke er sket med aktieselskabsloven fra 1973 eller selskabsloven fra 2009.⁶

4. Sagsanlæg, lighedsgrundsætning, udbytte og tilbagebetaling heraf

U 1917.567 SH må betegnes som farverig, og indholdet forekommer nærmest som taget ud af en Morten Korch-roman.⁷

4.1. Maskinmesterens investering for langfart (Kampen om »Rita«)

Sagen vedrørte Berg, Jarmund og Sørensen, der havde stiftet et aktieselskab, »Rita«, hvori de alle tre valgtes til bestyrelsen, mens Sørensen tillige blev udpeget som selskabets direktør. De tre aktionærer skulle hver tegne aktier for 2.000 kr., hvoraf 1 /3 skulle indbetales straks. Det var dog alene Berg, der indbetalte penge, i alt 2.000 kr., hvoraf 667 kr. var hans egen andel, mens det resterende beløb var Bergs private lån til Jarmund og Sørensen, som de anvendte som indbetaling på aktierne. Selskabet blev ledet fra Jarmunds kontor, og det var i alt væsentligt Sørensen, der afsluttede selskabets forretninger. Enkelte af dem gav visse indtægter, mens andre medførte, at der rejstes store erstatningskrav mod selskabet.

Berg havde ytret ønske om, at der i selskabet blev aflagt regnskab, men da det ikke skete, ønskede Berg at trække sin investering i selskabet ud. Inden det kom så vidt, havde maskinmester Pedersen ladet sig bestemme til at blive aktionær i »Rita« for ca. 3.000 kr.. Med henblik på at indlemme Pedersen i ejerkredsen afholdt Berg, Jarmund og Sørensen den 15. januar 1915 en ekstraordinær generalforsamling, hvor de alle tre var til stede. På generalforsamlingen meddelte Berg, at han nedlagde sit mandat i selskabets bestyrelse. Herudover vedtog de tre samstemmende, at Pedersen kunne optages som aktionær mod at indbetale 3.000 kr. for to aktier a 1.000 kr., og at Pedersen tillige valgtes ind i selskabets bestyrelse. De tre aktionærer vedtog yderligere, at der samtidig skulle udstedes to friaktier a 500 kr. til Berg og tilsvarende til Jarmund. Pedersen indbetalte de 3.000 kr. samme dag.

6. Lov nr. 470 af 12. juni 2009, nu lovbekg. nr. 1089 af 14. september 2015.

7. Der er ikke refereret til sagen i nutidig litteratur, hvilket formentlig skyldes, at alle de i sagen omhandlede problemstillinger nu er indgående reguleret i lovgivningen.

Efter Pedersens indbetaling holdt Berg, Jarmund og Sørensen et »bestyrelsesmøde« (på trods af, at Berg ikke længere var medlem, og at Pedersen nu var). Selv om Sørensen protesterede imod det, blev et af Berg stillet forslag vedtaget. Forslaget var, at selskabet skulle udbetale 1.333,33 kr. til ham, svarende til det beløb, som Berg ved stiftelsen havde lånt til Jarmund og Sørensen. Herudover udbetaltes i tiden derefter relativt store beløb til Berg, Jarmund og Sørensen for »udført ekstraarbejde i selskabets tjeneste«, »provenu af en erstatningssag« og lignende.

Berg og Jarmund havde efterhånden opgivet, at virksomheden under ledelse af Sørensen nogensinde skulle blive rentabel, og den 7. april 1916 indgik de derfor en aftale med ham om, at de mod at få det mindre beløb, der var tilbage i selskabets kasse, ville overdrage deres aktier til Sørensen, som samtidig fik eftergivet et beløb på 1.325 kr., som han i henhold til en tidligere afgivet skylderkłæring skyldte Berg og Jarmund. I aftalen blev det skrevet ind, at Sørensen kendte til selskabets forpligtelser over for Pedersen.

Alle disse aktiviteter var sket, mens Pedersen var afsted på langfart som maskinmester, og sagens rette sammenhæng gik derfor først op for ham, da han i efteråret 1916 var hjemme igen. Sagen gav anledning til flere relevante spørgsmål.

4.2. Sø- og Handelsrettens afgørelse

Pedersen mente, at han ikke selv var søgsmålsberettiget, da det var selskabet, der havde mistet penge på transaktionerne. Derfor blev spørgsmålet i første omgang, om Pedersen kunne anlægge sag på vegne af selskabet. Dette bekræftede Sø- og Handelsretten, da Pedersen efter Berg og Jarmunds afgang fra selskabet var eneste tilbageværende ledelsesmedlem, og da Sørensen efter det oplyste også havde afbrudt enhver forbindelse med aktieselskabet. Pedersen var således berettiget til at optræde på aktieselskabets vegne i alle selskabet vedrørende forhold. Sagen kom - da Pedersen forud for sagen indgik forlig med Sørensen og Jarmund - alene til at vedrøre spørgsmålet, om Berg skulle tilbagebetale de 1.333,33 kr. (som han havde lånt til Sørensen og Jarmund, men som selskabet havde betalt tilbage) samt de midler, han havde fået udbetalt for »ekstraordinært arbejde udført i selskabets tjeneste« og »provenu af en erstatningssag«.

Berg blev dømt til at betale næsten alle udbetalingerne med tillæg af rente tilbage til »Rita«. Kun et beløb på 500 kr., som det ikke kunne bevises, at Berg havde fået udbetalt to gange, fik »Rita« ikke dom for. Berg

havde ikke kunnet bevise at have udført ekstraordinært arbejde i selskabets tjeneste, hvorfor betaling herfor skulle tilbagebetales. Retten fastslog yderligere, at der ikke fra et selskab kunne udloddes andele af provenu i erstatningssager. Dette gjaldt både for realiserede og for forventede erstatninger. Retten fastslog, at der ved begge typer måtte tages højde for andre indtægter og tab, som selskabet oppebærer henholdsvis pådrager sig i løbet af regnskabsåret. Retten tilføjede dog, at en sådan regel gjaldt, medmindre »der foreligger ganske ekstraordinære Omstændigheder, der motiverer Udbetalingen«, og tilføjede, at selv i sådanne tilfælde skal udbetalingen ske ligeligt til alle aktionærer.

4.3. Lighedsgrundsætningen

Dommen, der er afsagt om handlinger, der skete før aktieselskabsloven af 1917's ikrafttræden, og som derfor ikke er afgjort med hjemmel heri, kan således tages til indtægt for, at en række regler, som vi i dag kender i kodificeret form, allerede på dette tidspunkt var gældende på ulovbestemt grundlag.

Af rettens votum kan det udledes, at *lighedsgrundsætningen* allerede på dette tidspunkt stod som en urokkelig hjørnesteen i selskabsretten. Hvis det havde været lovligt at vedtage og udlodde et ekstraordinært udbytte, skulle udbetalingerne ske ligeligt til alle aktionærer. Lighedsgrundsætningen er nu kodificeret i selskabslovens § 45, hvor undtagelsen - indførelsen af kapitalklasser - findes i bestemmelsens andet punktum.⁹

4.4. Hvem kan anlægge sag på vegne af selskabet?

Af sagen fremgår det, at sagsøger ikke mente, at han var søgsmålsberettiget, og denne problemstilling er stadig et tema i den juridiske litteratur. Pedersens tab som aktionær i selskabet er et *afledt tab*, som alene består, fordi selskabet har lidt et tab. Såfremt Pedersen alene lider et afledt tab, ville han som udgangspunkt efter gældende ret ikke kunne anlægge sagen selv, hvilket han omvendt ville kunne i forhold til sine *direkte tab*.⁹ I forhold til afledte tab er det rette organ til at beslutte, om der skal iværksættes et søgsmål mod den siddende eller tidligere ledelse, generalfor-

8. Se nærmere om lighedsgrundsætningen (ligeretsgrundsætningen) hos Krüger Andersen, s. 430, Schans Christensen, s. 155-165, Gomard m.fl., s. 547 f. og 590, Friis Hansen og Krenchel, s. 238 f. og Werlauff, s. 408 ff.

9. Søgsmålskompetence for aktionærs direkte tab i 2017 behandles hos Gomard m.fl., s. 639 f., Friis Hansen og Krenchel, s. 685 f. og Werlauff, s. 623 f.

samlingen.¹⁰ I denne sag kunne det diskuteres, om Pedersen personligt kunne have været søgsmålsberettiget i forhold til det tab, han led ved, at Berg og Jarmund udstedte friaktier til dem selv, da det medførte, at hans aktier kom til at udgøre en mindre andel af den samlede aktiekapital, hvorved hans andel af selskabets aktier blev formindsket, mens selskabet ikke led nogen skade. Som nævnt blev dette ikke en del af sagen, men spørgsmålet om søgsmålskompetence for afledte tab var således allerede en problemstilling i 1917.

I dag er kapitalejeres søgsmålskompetence for ulovlige generalforsamlingsbeslutninger reguleret i KSL § 109, stk. 1, hvorefter sådan sag skal være anlagt senest tre måneder efter beslutningen, som ellers anses for gyldig, medmindre beslutningen ikke lovligt kunne tages med alle kapitalejeres samtykke,¹² hvis specifikt samtykke fra den pågældende aktionær var påkrævet,¹³ eller hvis reglerne for indkaldelse til generalforsamlingen var væsentligt tilsidesat.¹⁴ At en kapitalejer også kan være på langfart i dag, er der taget højde for i selskabsloven, for »den kapitalejer, der har rejst sagen efter [3 måneder], men dog senest 24 måneder efter beslutningen, har haft rimelig grund til forsinkelsen og retten på grund heraf og under hensyntagen til omstændighederne i øvrigt finder, at det ville være åbenbart urimeligt at anvende [3 måneders fristen]«,¹⁵ kan alligevel anfægte beslutningen gennem et sagsanlæg.

Sø- og Handelsretten fastslog, at bestyrelsen var rette organ til at anlægge sager på vegne af selskabet, og da Pedersen var det eneste tilbageværende bestyrelsesmedlem, måtte han være søgsmålsberettiget i sin egenskab heraf. Hvis der kun er ét bestyrelsesmedlem tilbage, må denne som følge af afgørelsen kunne anlægge sag på selskabets vegne. At Pedersen også i 2017 ville have været berettiget til at anlægge en tilsvarende sag på vegne af selskabet, følger imidlertid ikke af repræsentationsretten, jf. KSL § 135, stk. 1.¹⁶ Søgsmålskompetence i forhold til selskabets anlæg af

10. Jf. KSL §364.

11. Jf. KSL § 109, stk. 2.

12. Jf. KSL §109, stk. 3, nr. 1.

13. Jf. KSL § 109, stk. 3, nr. 2.

14. Jf. KSL § 109, stk. 3, nr. 3.

15. Jf. KSL §109, stk. 3, nr. 4.

16. Se nærmere herom hos Krüger Andersen, s. 335 ff., Schans Christensen, s. 518, Gomard m.fl., s. 369, Friis Hansen og Krenchel, s. 573 ff. og Werlauff, s. 595 ff.

erstatningssager mod selskabets ledelse ligger i dag hos generalforsamlingen, jf. KSL § 364.

I forhold til søgsmålet ville Jarmund og Sørensen efter selskabslovens § 131 formentlig have været inhabile, da der - i hvert fald indledningsvis - var tale om søgsmål mod dem selv. Efter Pedersens forlig med Jarmund og Sørensen kunne man fristes til at mene, at de ikke længere var inhabile, men det forhold, at en del af de penge, som selskabet i sagen påstod tilbagebetalt, var beløb, som Berg uretmæssigt havde fået udbetalt fra selskabet for at nedbringe Jarmunds og Sørensens private gæld til Berg, ville formentlig føre til, at Pedersen fortsat var det eneste habile bestyrelsesmedlem i forhold til sagen, jf. selskabslovens § 131.¹⁷ Som nævnt er det dog nu generalforsamlingen, der er søgsmålskompetent, jf. KSL § 364.

4.5. Ekstraordinært udbytte

I forhold til udlodning af ekstraordinært udbytte fastslår retten, at dette kun kan lade sig gøre, når der tages højde for både gevinster og realiserede og fremtidige tab, og selv da kun under ganske særlige omstændigheder. Problemstillingen om udlodninger fra selskabet i løbet af regnskabsåret var således også allerede en problemstilling, der påkaldte sig opmærksomhed i 1917, og løsningen fra rettens side var i udgangspunktet et forbud med mulighed for dispensation i ganske særlige tilfælde.

Reglerne om ekstraordinært udbytte findes i dag i KSL § 182, og i modsætning til i 1917 er ekstraordinært udbytte nu som udgangspunkt lovligt, men betingelsen er, at der, også efter udlodning af ekstraordinært udbytte, er dækning for selskabskapitalen og eventuelle bundne reserver. Dette kombineres med, at der, hvis der er forløbet mere end seks måneder fra sidste årsrapport, skal udarbejdes en mellembalance, og at det centrale ledelsesorgan risikerer at ifalde erstatningsansvar,¹⁸ hvis selskabet efter udbetalingen ikke har selskabskapitalen og de bundne reserver intakt, eller hvis selskabet efter udlodningen ikke har et tilstrækkeligt kapitalberedskab.¹⁹ Af samme grund er det centrale ledelsesorgan tillagt en vetoret, således at generalforsamlingen ikke må »beslutte udlodning afhøje-

17. Se nærmere herom hos Krüger Andersen, s. 342 ff., Schans Christensen, 2017, s. 510 ff., Gomard m.fl., s. 382 ff., Friis Hansen og Krenchel, s. 563 ff. og Werlauff, s. 575 ff.

18. Jf. KSL §361.

19. Jf. KSL §§115-118.

*re ekstraordinært udbytte end foreslået eller tiltrådt af selskabets centrale ledelsesorgan».*²⁰

4.6. Tilbagebetaling af uberettigede udlodninger fra selskabet

Sø- og Handelsretten når frem til, at Berg skal tilbagebetale de penge, som han uberettiget har modtaget fra selskabet. Også denne del af rettens votum vækker genkendelsesglæde fra et 2017-perspektiv, da en tilsvarende regel nu er nedfældet i KSL § 194, hvorefter udbetalinger i strid med selskabsloven skal tilbagebetales inkl. renter. I forhold til tilbagebetaling af udbytte gælder det dog kun, hvis kapitalejeren var i ond tro om udbyttebetalingens manglende lovlighed.²¹ Tilbagebetalingspligten påhviler i første omgang den begunstigede, men hvis beløbet ikke kan inddrives hos denne, hæfter de, der »har medvirket til beslutningen om udbetalingen eller gennemførelsen af denne eller til opstillingen eller godkendelsen af den urigtige regnskabsopgørelse, ansvarlige efter de almindelige erstatningsregler«.²²

4.7. Afsked med Rita

Som det fremgår af ovenstående, er der tale om en sag, der rummer mange dimensioner og problemstillinger, og hvor Sø- og Handelsrettens afgørelse i alt væsentligt rummer begrundelser for regler, der findes i den gældende selskabslovgivning. Der er ikke refereret til afgørelsen i nutidig litteratur, hvilket er forståeligt, da de fleste af de problemstillinger, der behandles i sagen, nu er indgående reguleret i lovgivningen. Det er dog en skam, at der ikke er henvist til den, for det er en meget velskrevet og interessant afgørelse.

5. Valg til selskabets ledelse

I U 1917.899 LOHS fremgik det af vedtægterne til et aktieselskab, at medlemmer af et aktieselskabs kontrolkomité (bestyrelse) alene kunne vælges

20. Jf. KSL § 182, stk. 1, 2. pkt. Se mere om ekstraordinært udbytte og betingelserne herfor hos Krüger Andersen, s. 305 f., Schans Christensen, s. 635, Friis Hansen og Krenchel, s. 384 ff. og Werlauff, s. 297 ff.

21. Vidste eller burde vide, jf. KSL § 194, stk. 1.

22. Jf. KSL § 194, stk. 2. Se mere om tilbagebetalingspligten hos Krüger Andersen, s. 309 f., Schans Christensen, s. 640 f., Friis Hansen og Krenchel, s. 388 ff. og Werlauff, s. 338 f.

blandt personer, der var indstillet af aktionærrådet (repræsentantskabs-lignende organ) i selskabet.

5.1. Den opsætsige generalforsamling ved det kandidatfattige valg

I forbindelse med en afstemning om optagelse af et medlem i selskabets kontrolkomité (bestyrelse), havde aktionærrådet alene indstillet én kandidat, hvilket betød, at der konkret ikke var noget for generalforsamlingen at vælge imellem. Ved afstemningen om optagelse af den pågældende kandidat, blev der afgivet flere nej- end jastemmer.

Da den pågældende kandidat herefter af dirigenten blev erklæret for valgt, anlagde en kreds af aktionærer sag mod selskabet, da de ikke mente, at en kandidat, der havde fået flere nej- end jastemmer kunne være valgt. Heroverfor anførte selskabet, at det slet ikke var muligt at afgive nejstemmer ved et valg af en kandidat til kontrolkomitéen (bestyrelsen), da valg af et medlem var nødvendigt for selskabets tarv.

5.2. Kan generalforsamlingen forkaste den eneste kandidat ved et valg?

Retten afgjorde sagen til fordel for kredsen af aktionærer, idet der blev lagt vægt på, at generalforsamlingen var selskabets øverste organ, jf. vedtægternes § 1, at medlemmer af kontrolkomitéen godt nok skulle indstilles af aktionærrådet, jf. vedtægternes § 13, men at alle beslutninger på generalforsamlingen skulle træffes med simpelt flertal, jf. vedtægternes § 8. Da generalforsamlingen ikke med simpelt flertal valgte den eneste opstillede kandidat, kunne denne ikke anses for at være valgt, og han skulle derfor straks nedlægge sit hverv.

5.3. Hvad kan udledes om generalforsamlingens rolle?

Da sagen vedrørte tiden før ASL 1917, har vedtægterne, herunder at det af disse fremgik, at generalforsamlingen var selskabets øverste organ, naturligt spillet en central rolle for resultatet. Det er derfor også vanskeligt at udlede noget mere generelt fra denne sag end at vedtægtsbestemmelser, der er vedtægtsrelevante,²³ og som ikke strider imod præceptiv lovgivning, har gyldighed ikke alene over for aktionærerne, men tillige over for tredjemand.²⁴ Det kan imidlertid anføres, at den måde, man i det selskab, som sagen omhandlede, havde valgt vedtægtsmæssigt at organisere

23. Se om vedtægtsrelevans hos Friis Hansen og Krenchel, s. 98 f.

24. Jf. nu KSL § 14, stk. 2, og nærmere herom hos Schans Christensen, s. 62 og uddybet om selskabsretlig gyldighed hos Friis Hansen og Krenchel, s. 85.

sig på, svarer til den måde, et aktieselskab uden videre er organiseret på i dag. I den selskabsretlige litteratur anføres det, at generalforsamlingen er omnipotent, hvilket vil sige, at den kan tage stilling til ethvert spørgsmål, som ikke i henhold til lov eller vedtægter specifikt er henlagt til andre. Selskabets vedtægtsbestemmelse om, at alle beslutninger skulle træffes med simpelt flertal, svarer i øvrigt til den (teoretiske) hovedregel i selskabslovens § 105, som dog i nutiden specifikt suppleres af §§ 106-107 f.s.v.a. vedtægtsændringer og særligt indgribende beslutninger, samt af generalklausulerne i §§ 108 og 127.

6. Ledelsens erstatningsansvar ved låneoptag

IU 1917.701 LOHS havde et aktieselskab den 25. maj og 14. juni 1912 købt to varepartier, og der blev ydet selskabet en kredit på tre måneder.

6.1. Den uforsigtige grosserer

Den 5. september 1912 blev selskabet taget under konkursbehandling, og de nævnte fakturaer var ikke blevet betalt. Grossereren, der havde leveret varepartierne, anlagde sag med påstand om, at selskabets direktør skulle pålægges erstatningsansvar, da købsaftalen var indgået i forbindelse med, at direktøren om selskabets stilling havde oplyst, at selskabet var i betydelig fremgang, og at det i det forgangne år havde givet et nettooverskud på 2.000 kr. Det på trods af, at en kritisk revision påviste, at både direktør og bestyrelse ved udgangen af april 1912 havde været klar over, at selskabet var insolvent. På baggrund af dette og af en foretagen transport påstod grossereren videre, at medlemmerne af bestyrelsen tillige var erstatningsansvarlige. Som anbringende i ankesagen anførte grossereren, at selskabets ledelse allerede den 1. januar 1912 burde have indgivet konkursbegæring, da der på dette tidspunkt allerede var en betydelig underbalance, ligesom underskuddet i de seneste 3 år havde været stigende. Regnskabet, der godt nok havde været for optimistisk, havde dog udvist et overskud på 2.000 kr., og direktøren, der bestred at have sagt andet end at forretningen gik fremad, havde haft ret i, at selskabet var i klar fremgang, hvorfor retten ikke fandt det bevist, at der for selskabet skulle have været indgivet konkursbegæring.

Grossereren mente, at selskabets forhold i april 1912 var sådan, at det måtte være retsstridigt at optage ny gæld. Retten fandt imidlertid, at den ikke - uden positive lovbestemmelser - kunne pålægge et erstatningsan-

svar i en situation, hvor direktøren på forespørgsel om, hvordan det gik, havde svaret som sandt var, at forretningen gik fremad, og at ej heller det forhold, at direktøren ikke havde modsat sig en kredit, kunne medføre et sådant erstatningsansvar. Retten mente med andre ord, at grossererens burde have set sig bedre for, inden vedkommende ydede kredit til virksomheden.

6.2. Hvad kan der udledes?

Af dommen kan det udledes, at det forud for ASL 1917 var ganske vanskeligt at få ledelserne i aktieselskaber dømt til at betale erstatning i forbindelse med låneoptag kort før en konkurs. At der fortsat skal ganske meget til, illustreres af en af de seneste domme på området, U 2015.257 V (G. Kartoffler), hvor ledelsen ikke blev idømt erstatningsansvar på trods af gældsætning op til konkursen. Ifølge Vestre landsret indtraf håbløshedstidspunktet først, da virksomheden - efter seriøse forhandlinger om begge dele - hverken kunne opnå yderligere kredit eller nå til enighed med en anden virksomhed om fusion.²⁷

7. Selskabets ophør og næringsadkomst

U 1917.827 H angik aktieselskabet »Ydun«, der var stiftet i 1875 og som straks efter stiftelsen fik næringsadkomst på værtshushold.

7.1. Yduns værdifulde tilladelse til værtshushold

Selskabet drev alene forretning med udskænkning af mineralvand og frugtsaft fra en vogn. Om det var selskabets varesortiment, der ikke faldt i kundernes smag, er uvist, men forretningen gik ikke godt. I en årrække gav selskabet underskud, og selskabet ophørte derfor med driften, så der i 1907 slet ikke blev solgt noget fra selskabet. I 1907 blev aktierne i

25. Forud for afgørelsen i G. Kartoffler havde domstolene haft anledning til at prøve spørgsmålet i en række sager. Se således U 1977.246 SH, U 1977.274 H (Havemann), U 1998.1137 H, U 2001.2263 H og U 2006.243 H, U 2006.2637 H (AOF), U 2007.497 H (Calypso), U 2011.1290 H (Erleben) og U 2013.1273 V. Også efter er der kommet afgørelser på området. Se således U 2015.2075 H (Memory Card) og U 2015.2734 V. Se yderligere om emnet hos Krüger Andersen, s. 524 ff., Schans Christensen, s. 729, Gomard m.fl., s. 615 ff., Friis Hansen og Krenchel, s. 679 ff., Werlauff, s. 644 ff. samt Erik Werlauff, U 2015 B, s. 244.

»Ydun« solgt til Aage Ørsted, der i en årrække havde drevet vinforretning, men som fremadrettet gerne i tillæg hertil ville drive en vinstue, og dennes bror, H.C. Ørsted.²⁶ Aktierne i »Ydun« blev derfor opkøbt med henblik på at få næringsadkomst på værtshushold, som det på daværende tidspunkt ellers var næsten umuligt at få. Det fremgår af sagen, at selskabets borgerskab (ret til at drive værtshushold) var det eneste aktiv i selskabet ved aktiernes overdragelse til Ørsted, der betalte 4.000 kr. for 30 aktier (selskabets kapital var fordelt på 40 aktier à 5 kr., og de resterende aktionærer kunne ikke findes).

I forbindelse med overdragelsen fratrådte den tidligere ledelse, og brødrene Ørsted overtog sammen med overretssagfører Helweg-Larsen pladserne i bestyrelsen, mens Aage Ørsted tillige blev direktør. Selskabet ansatte en bestyrer til at forestå den daglige drift af vinstuen, og Aage Ørsteds vinforretning flyttede lokation, så vinforretningen og vinstuen lå i umiddelbar forlængelse af hinanden. I januar 1913 fik »Ydun« bevilling til at drive beværtning med ret til udskænkning af stærke drikke i medfør af beværterlovens § 44. Denne tilladelse blev givet af Magistraten.

Højesteret skulle lige som Kriminal- og Politiretten tage stilling til, om »Ydun« i sin nuværende form var berettiget til at drive beværtervirksomhed, eller om brødrene Ørsted og Helweg-Larsen skulle idømmes bøder for overtrædelse af reglerne på området.

7.2. Kan et aktieselskab bestå, når ledelse og kapital mv. udskiftes?

For at klarlægge dette, skulle Højesteret indledningsvis tage stilling til, om aktieselskabet »Ydun« var det samme selskab, som det, der i 1875 var blevet tillagt næringsadkomst på værtshushold, eller om udskiftningen i ejerkredsen og ledelsen, kombineret med selskabets manglende aktivitet i 1907, havde den betydning, at der var tale om et nyt selskab. Højesteret nævnte en række forhold, der fik betydning for afgørelsen. I »Ydun« blev der fra 1907 arbejdet med en ny kapital, ledelsen og aktionærkredsen var udskiftet, forretningens virksomhed blev af en anden karakter fra 1907, det eneste aktiv, de to virksomheder havde tilfælles, var borgerskabet (retten til at drive værtshushold), og den tidligere direktør Dam havde tillige over for brødrene Ørsted tilkendegivet, at han indestod for al gæld, der måtte vedrøre tiden før overdragelsen. Som følge heraf nåede Højesteret frem til, at der var tale om et helt nyt aktieselskab, og at et aktiesel-

26. Der er ikke tale om fysikeren og kemikeren H.C. Ørsted, der døde i 1851, men om en person med samme navn.

skab ikke kan bestå som selvstændigt retssubjekt under sådanne omstændigheder.

Denne del af afgørelsen ville efter reglerne anno 2017 være faldet markant anderledes ud. Når et aktieselskab i dag opnår retssubjektivitet fra stiftelsesdokumentets underskrift, ved at selskabet senest to uger efter underskriftdatoen retmæssigt registreres, er det uden betydning, om der siden sker ændringer i de nævnte forhold. Udskiftning i selskabets ledelse, dets ejerkreds eller typen af erhvervsvirksomhed medfører således ikke ophør af selskabet, så længe selskabet opfylder kravene i selskabsloven. Udskiftning af kapital i form af kapitalnedsættelser og -forhøjelser medfører heller ikke selskabets opløsning, og det forhold, at tidligere aktionærer eller ledelsesmedlemmers indestår for selskabets bestående gæld, vil være en privatretlig aftale mellem parterne, som vil være selskabet uvedkommende. Indførelsen af egentlig materiel aktieselskabslovgivning i 1917 og frem har således haft en væsentlig betydning for retsudviklingen på dette område.²⁷

7.3. Kan et aktieselskab bevare retten til en næringsbevilling i denne situation?

Højesteret nåede som følge af sit resultat vedrørende aktieselskabets status frem til, at det var uberettiget, at »Ydun« havde anvendt det borgerskab (retten til at drive værtshushold) fra 1907 og fremefter, da der var tale om et nyt aktieselskab. Af afgørelsen fremgår det videre, at Københavns Magistrat i januar 1913 havde udskiftet selskabets »borgerskab« med en bevilling til at drive beværtning med ret til udskænkning af stærke drikke efter beværterlovens § 44. Det forhold, at Magistraten således ved udskiftningen i tilladelsen kunne siges at have anerkendt selskabets lovlige ret til fortsat at drive beværtning, tillagde Højesteret ikke betydning. Brødrene Ørsted og Helweg-Larsen blev således dømt for overtrædelse af beværterlovens regler, idømt en bøde og dømt til at betale sagens omkostninger.

Sagen rummer en essentiel problemstilling i forhold til bevillinger, da den klart viser, at medmindre man gennem lovgivning forhindrer det, vil tildelingen af et begrænset antal bevillinger til at drive bestemte former for næringsvirksomhed medføre en risiko for, at der opstår et under-

27. Se om aktieselskabers retssubjektivitet (retsevne) hos Krüger Andersen, s. 194 ff., Schans Christensen, s. 356 ff., Friis Hansen og Krenchel, s. 179 f. og Werlauff, s. 210 ff.

grundsmarked for sådanne bevillinger. Dette kommer klart til udtryk i afgørelsen derved, at køberne var villige til at betale 4.000 kr. for et selskab, hvis eneste aktiv var en ret til at drive værtshushold.

I 2017 er forholdet reguleret i restaurationsloven²⁸ hvor alkoholbevilling til selskaber særskilt er reguleret i lovens § 14. Heraf fremgår det af stk. 3, at:

»[slåfremt der i selskaber m.v. indtræder nye medlemmer i direktionen eller bestyrelsen, eller såfremt en aktionær eller en anpartshaver efter bevillingens meddelelse opnår besiddelse af 30 pct. eller mere af selskabskapitalen, skal bevillingsmyndigheden modtage meddelelse herom senest 4 uger efter ændringen til prøvelse af, om bevillingen er bortfaldet efter § 18«.

Retsstillingen i 2017 er således på det materielle plan ikke markant forskellig fra det votum, som Højesteret kom med i 1917, om end begrundelsen herfor er noget anderledes, idet et aktieselskab i dag ikke mister sin retssubjektivitet, hvis der sker udskiftning i ejerkredsen, ledelsen eller i kapitalen.²⁹ Til gengæld skal der foretages en prøvelse af, om ledelsesmedlemmerne er myndige, i hovedreglen over 21 år og tillige ikke har gæld til det offentlige, der overstiger 50.000 kr., og som stammer fra drift af restaurationsvirksomhed,³⁰ ligesom de ikke må være frakendt retten til at drive virksomhed.”

7.4. Den tabte gevinst

U 1917.515/2 LOHS angik et aktieselskabs ret til at få udbetaling i henhold til en lodseddel, som selskabet havde erhvervet.

7.4.1. *Ophør af erhvervsdrift medfører ophør af selskab*

Efter det oplyste blev aktieselskabet »A/S Carl Christoffersen« i april 1908 stiftet som en filial af et tysk lotterifirma med hovedsæde i Hamborg, men uden at dette blev meddelt til Firmaregisteret. I forbindelse med stiftelsen blev Carl Christoffersen bestyrelse og direktion i selskabet. I april 1914 blev det meddelt til det selskab, man førte den senere sag imod, at selskabet ikke længere havde kontor her, og at alle meddelelser

28. Lovbekg. nr. 135 af 18. januar 2010 om restaurantvirksomhed og alkoholbevilling mv.

29. Jf. ovf. afsnit 7.2.

30. Jf. restaurationslovens § 13, stk. 1, nr. 1,3 og 4, jf. § 14, stk. 1, nr. 3.

31. Jf. straffelovens § 78, stk. 2.

fremover skulle gå til selskabet i Hamborg. Under henvisning til, at det der ikke længere var aktivitet i »A/S Carl Christoffersen«, og at der ikke havde været det siden 1914-15, afviste retten, at aktieselskabet kunne være sagsøger, da selskabet ikke længere eksisterede. Som et kuriosum kan det nævnes, at det tyske selskab, som det sagsøgende selskab efter det oplyste var stiftet som en filial af, allerede havde forsøgt at inddrive gevinsten hos modparten ved en sag anlagt i Hamburg.

Afgørelsen skal ses i sammenhæng med U 1917.827 H, der er behandlet i afsnit 7.1-7.3. Af afgørelserne kan det udledes, at en periode med manglende erhvervsaktivitet forud for aktieselskabsloven af 1917 var nok til at erklære et aktieselskab for ophørt, ligesom udskiftning i ledelse, kapital og aktivitet kunne medføre selskabets ophør.¹²

7.4.2. Der er fortsat krav om erhvervsdrift i (aktie)selskaber

Fra et nutidigt perspektiv, hvor ophør skal følge de formelle regler herom i selskabsloven om likvidation, tvangsopløsning, konkurs, omdannelse eller lignende, kan det virke som en drastisk konklusion. *Ratio decidendi* fra den sidste afgørelse, hvorefter et aktieselskab ophører *eo ipso*, hvis der ikke er nogen erhvervsaktivitet, er imidlertid ikke helt fremmed i nutidig dansk selskabsret. Indtil indførelsen af selskabsloven fulgte det direkte af aktieselskabslovens § 1, at et aktieselskab skulle være erhvervsdrivende, og selv om det ikke længere fremgår eksplicit af lovens ordlyd, gælder dette stadig efter selskabsloven.³³ Selv om kravet til omfanget af selskabets aktiviteter i dag er betydeligt mindre end i 1917, skal der stadig af-

32. Der er henvist til afgørelsen hos Schans Christensen, s. 357, hvilket vidner om dommens fortsatte retskildeværdi.

33. Jf. Betænkning 1498/2008 om modernisering af selskabsretten, s. 740: »I de gældende bestemmelser i aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven anvendes udtrykket »erhvervsdrivende« for i overensstemmelse med 1964-betænkningen at pointere, at selskabet har til formål at indvinde økonomisk udbytte. I administrativ praksis anses alle aktie- og anpartsselskaber imidlertid for at være erhvervsdrivende, og der sondres ikke længere i forhold til almenvelgørende selskaber. Den nuværende formulering havde også oprindeligt til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde i forhold til de daværende boligaktieselskaber. Da der ikke længere eksisterer sådanne selskaber er det ikke fitndet nødvendigt at medtage begrebet »erhvervsdrivende« i bestemmelsen« (min kursivering). Se uddybende herom hos Friis Hansen og Krenchel, s. 55 f.

holdes en generalforsamling og indsendes en årsrapport én gang om året, for at selskabet ikke bliver tvangsopløst.³⁴

Den regel, der kan udledes af ovennævnte dom, findes også i person-selskabsretten, hvor f.eks. et interessentskab kan ophøre stiltiende, når blot interessenterne *de facto* ophører med at udøve fælles erhvervsvirksomhed.³⁵

8. Fra 1917 til 2017

Allerede før ASL 1917 fandtes der aktieselskaber, og løsninger på de tvister, der opstod mellem disse selskaber og tredjemand var det i vidt omfang op til dommerne at løse ud fra selskabernes vedtægter og almindelige obligationsretlige grundsætninger. Som det er fremgået, mente dommerne i 1917, at stiftere ikke kunne ifalde erstatningsansvar, hvis ikke der var udtrykkelig lovhjemmel. Sådan lovhjemmel findes i dag i KSL §361.

Adgangen til at indlede et søgsmål på vegne af selskabet mod enkelte ledelsesmedlemmer lå i 1917 hos de(t) tilbageværende bestyrelsesmedlem(mer), mens kompetencen i 2017 ligger hos generalforsamlingen, jf. KSL § 364.

Adgangen til ekstraordinært udbytte var i 1917 forbeholdt helt særlige situationer, og der måtte behørigt tages højde for fremtidige tab i regnskabsåret. I 2017 er adgangen til ekstraordinært udbytte lidt lettere, men en række betingelser skal være opfyldt. Havde man i 1917 fået en uberettiget udbetaling fra aktieselskabet, skulle man betale det tilbage til selskabet. Dette gælder fortsat i 2017 med hjemmel i KSL § 194, idet der dog nu sondres mellem udbyttebetalinger modtaget i god tro og andre betalinger.

I forhold til de enkelte selskabsorganers rolle måtte man i 1917 i høj grad forlade sig på ordlyden af selskabets vedtægter, mens organiseringen i 2017 ligger mere fast, jf. KSL § 111. Generalforsamlingen vil dog i 2017 på samme måde som i 1917 kunne stemme en foreslået kandidat ned, hvis vedkommende får flere nej- end jastemmer, jf. KSL § 105.

34. Jf. KSL §225, stk. 1, nr. 1.

35. Jf. Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 3, 3. udg., 2015, s. 693.

I forhold til ledelsens erstatningsansvar var det i 1917 ganske vanskeligt at gøre et ansvar gældende, og denne praksis gælder - på trods af KSL § 361 - stadig, om end der er pålagt erstatningsansvar i en række domme.

I 1917 kunne man ikke uden hjemmel tilsidesætte aktionærernes ret til lige behandling, medmindre en fravigelse var fastsat i selskabets vedtægter. Denne retsstilling er uændret i 2017 og hjemlet i KSL § 45.

I 1917 var det et krav, at der var en kontinuerlig aktivitet og en overvejende kontinuitet i persongalleriet i et aktieselskab, for at det kunne bestå som det samme selskab. Der er fortsat krav om, at aktieselskaber skal være erhvervsdrivende, og de skal indsende årsrapporter hvert år for ikke at blive tvangsopløst, jf. KSL § 225, stk. 1, nr. 1, men aktieselskabets status som selvstændigt retssubjekt er klarere i 2017, og en udskiftning i ledelse eller ejerkreds får ingen betydning for selskabets fortsatte beståen.

U 1917.249 LOHS udgør fortsat et præjudikat, og i 2017 kan der fortsat kræves en større majoritet på generalforsamlingen for forslag stillet af bestyrelsen end af andre.

Mere end 100 år med lønudgifter i den danske indkomstbeskatning - fradrag eller ej?

Lektor Michael Tell

1. Mere end 100 år med nettoindkomstprincippet

Lønudgifter er en iboende del af alle virksomheder, da det at drive og udvikle en virksomhed forudsætter ansatte, f.eks. produktionsansatte, lagerarbejdere, sælgere, kontoransatte, direktører, bestyrelsesmedlemmer osv. Disse ansatte forventer naturligvis at blive aflønnet for deres indsats. Det kunne derfor også synes naturligt, at lønudgifter altid kan fradrages i den skattepligtige indkomst, som led i det mere end 100 år gamle nettoindkomstprincip i statsskattelovens (SL) §§ 4-6. Så simpelt er det dog ikke, som nyere praksis har vist.

Der er i dansk skatteret ingen særregel, der sikrer fradrag for almindelige lønudgifter. I stedet må fradragsretten fortsat findes i den mere end 100 år gamle SL § 6, stk. 1, litra a, som generelt hjemler fradragsret for omkostninger, der er afholdt med henblik på at erhverve, sikre og vedligeholde den skattepligtige indkomst.¹ I modsætning hertil står bl.a. omkostninger afholdt med henblik på at etablere eller udvide indkomstgrundlaget. Netop denne sondring har vist sig at være særdeles relevant i forhold til fradrag for lønudgifter, som senest illustreret ved Højesterets dom af 30. juni 2017 i Arbejdernes Landsbank-sagen. Derved må der efter

1. Se bl.a. Symbion-sagen (SKM 2012.13 H) omtalt i afsnit 2.

mere end 100 år med SL § 6, stk. 1, litra a, fortsat anses for at være usikkerhed om omfanget af fradrag for lønudgifter.

I dette bidrag behandles de danske regler om fradrag for lønudgifter. Dette sker først ved en kort gennemgang af fradragsretten i SL § 6, stk. 1, litra a og udvalgt praksis. Herefter behandles de aktuelle banksager, herunder baggrunden for dem, samt sagen vedrørende Arbejdernes Landsbank ved hhv. Landsskatteretten, Østre Landsret og Højesteret. Afslutningsvis behandles konsekvenser og perspektiver af disse sager efter mere end 100 år med indkomstbeskatning og lønudgifter.

2. Driftsomkostningsbegrebet i dansk skatteret

Det følger af Statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, at der ved beregningen af den skattepligtige indkomst kan fradrages:

»driftsomkostninger, dvs. de udgifter, som i årets løb er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten, herunder ordinære afskrivninger.«

Sammen med SL § 4 og § 5 har SL § 6 dannet det grundlæggende fundament for indkomstbeskatningen i dansk skatteret siden 1903. Kort fortalt kan dette fundament beskrives således, at enhver realiseret indkomst skal medregnes til den skattepligtige indkomst, jf. SL § 4, mens formueforøgelse af indkomstgrundlaget ikke medregnes til den skattepligtige indkomst, jf. SL § 5. Samtidig følger det af SL § 6, stk. 1, litra a, at de udgifter, der er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten - men ikke indkomstgrundlaget - kan fradrages i den skattepligtige indkomst, jf. SL § 6, stk. 1 litra a.

Dette har været en iboende del af statsskatteloven siden dens indførelse for mere end 100 år siden, hvorfor det er centralt ved forståelsen af SL § 6, stk. 1, litra a, at sondre mellem udgifter vedrørende hhv. indkomsten og indkomstgrundlaget. Det er således kun udgifter afholdt i forbindelse med *den løbende drift*, som kan fradrages efter SL § 6, stk. 1, litra a, mens der modsætningsvis ikke er fradrag for udgifter, der vedrører indkomstgrundlaget. Det følger endvidere af SL § 6, stk. 2, at udgifter til formueforøgelser og udvidelse af næring ikke kan fradrages. Udgifter, der har til formål at tilvejebringe nyt indkomstgrundlag, f.eks. ved udvidelse af igangværende virksomhed ud over den hidtidige ramme, kan derfor ikke fradrages. Der må således sondres mellem *driftsomkostninger* og *etablering/udvidelsesudgifter*, da kun førstnævnte udgifter kan fradrages efter SL

§ 6, stk. 1, litra a.² Derved bliver formålet med udgiftsafholdelsen og sammenhængende med indkomstskabelsen afgørende for fradragsretten.³

Denne sammenhæng kan være mere eller mindre nem at dokumentere, særligt hvor udgiften indeholder begge elementer. Lønudgifter er dog i litteraturen nævnt som et klassisk eksempel på en udgift, der i almindelighed betragtes som en sædvanlig løbende driftsomkostning. Lønudgifter er endda blevet omtalt som en typegodkendt fradragsberettiget omkostning, medmindre arbejdet står i en fjern forbindelse med driften/

De senere års praksis må dog siges at nuancere dette synspunkt⁵ og understreger, at driftsomkostningsbegrebet i SL § 6, stk. 1, litra a, er en (dynamisk) retlig standard,⁶ der løbende udvikles og tilpasses med tiden. Denne dynamik gør det således vanskeligt at vurdere, om en given udgift på et givet tidspunkt kan anses for fradragsberettiget eller ej, og den endelige stillingstagen og afklaring afhænger naturligvis af, om domstolene har haft mulighed for at tage stilling hertil. Dette må siges at være tilfældet nu med hensyn til lønudgifter; dog efter en del år, hvor SKAT har danset om den varme grød, som det ses i de ndf. beskrevne domme vedrørende SL § 6, stk. 1, litra a.

TDC-sagen (SKM 2008.719 0) vedrørte bl.a. fradrag for egne medarbejderes rejse- og opholdsudgifter i forbindelse med opkøb og forsøg på opkøb af aktier. TDC foretog i de pågældende år (1997-99) en række investeringer i udenlandske selskaber med det formål at indgå i alliancer, der kunne sikre en større udnyttelse af den danske infrastruktur samt at sælge konsulentbistand. I forbindelse med disse opkøb blev der forud for investeringerne afholdt udgifter til due diligence-undersøgelser, hvilket ud over rådgivere også omfattede egne medarbejdere.⁷ Der blev på hvert enkelt opkøb (projekt) løbende tilskrevet såvel interne som eksterne omkostninger, der måtte have været i forbindelse med undersøgelser og

2. Se også Jane Ferniss, *Det skatteretlige driftsomkostningsbegreb*, 2006, kap. 2, Jan Pedersen, *Skatteretten* 1, 7. udg. 2015, afsnit III kap. 4, samt Peter Koerver Schmidt, *Erhvervsbeskatning*, 1. udg. 2016, Del 1, kap. 4.
3. Se også Jane Femiss, *Det skatteretlige driftsomkostningsbegreb*, 2006, kap. 3, afsnit 3.3.3.1.
4. Se Kjeld Hemmingsen, *Driftsomkostninger i teori og praksis*, 2003, s. 209.
5. Se også Jan Steen Hansen, *TfS* 2013, s. 493.
6. Se Jan Pedersen, *Revision og Regnskabsvæsen* 2010, s. 368.
7. Der var tilsvarende blev nægtet fradrag for disse omkostninger, dog således at visse af advokat- og rådgiverudgifterne i forbindelse med markedsundersøgelser kunne fradrages efter den dagældende LL § 8 J.

overvejelser. SKAT og senere Landsskatteretten havde nægtet TDC fradrag for egne medarbejderes rejse- og opholdsudgifter vedrørende disse projekter, idet hverken SKAT og senere Landsskatteretten fandt støtte i SL § 6, stk. 1, litra a, for fradrag for anlægs- og etableringsudgifter. Derimod havde SKAT (og derfor naturligvis heller ikke Landskatteretten) ikke udfordret fradragsretten for lønudgifter til medarbejderne i forbindelse med deres tidsforbrug på projekterne, herunder ved rejser og ophold.

Afgørende for, om disse rejse- og opholdsudgifter kunne fradrages efter SL § 6, stk. 1, litra a, var, hvorvidt TDC's opkøb skulle anses som en udvidelse af indkomstgrundlaget eller falde inden for den eksisterende almindelig drift. Østre Landsret fandt på baggrund af årsrapporterne, strateginotater m.m. og de afgivne forklaringer, at TDC havde afholdt de omhandlende udgifter som et led i ønsket om at *fastholde og udbygge* sin position på telemarkedet og skabe fortsat vækst i form af opbygning af en international forretning. Disse opkøb og forsøg på opkøb var et udtryk for langsigtede investeringer med henblik på udvidelse af virksomheden, herunder i form af etablering af udenlandske aktiviteter. Samtidig lagde Østre Landsret til grund, at TDC's indtægter fra udenlandske aktiviteter i perioden 1995-2000 var øget fra 1 % af den samlede omsætning til knapt halvdelen af TDC's samlede omsætning, hvilket havde bidraget til en væsentlig forøgelse af egenkapitalen. Østre Landsret fandt derfor, at udgifterne var afholdt som led i udvidelse af TDC's bestående virksomhed og etablering af en ny international virksomhed med henblik på at styrke det fremtidige indkomstgrundlag, hvorfor disse ikke kunne fradrages efter SL § 6, stk. 1, litra a. Dette gjaldt ligeledes i forhold til en aktieerhvervelse på beskedne 5 % af aktiekapitalen i et selskab, som TDC i forvejen ejede 90 % af aktiekapitalen i.⁸

Østre Landsret bekræftede derved i TDC-sagen den afgørende sontring i SL § 6, stk. 1, litra a, mellem den løbende indkomst og indkomstgrundlaget, og at denne sontring tilsvarende gjaldt for TDC's fradragsret for udgifter til egne medarbejderes rejse- og opholdsudgifter. Derimod vedrørte sagen altså ikke generalomkostninger såsom almindelige lønudgifter, da SKAT på trods af at have en oversigt over alle udgifter til de enkelte projekter (opkøb) ikke valgte at udfordre fradragsretten herfor i forbindelse med udvidelse af indkomstgrundlaget.⁹

8. Dette gav mulighed for at fradrage visse advokat- og rådgiverudgifter, jf. den da-gældende LL § 8 J.

9. Se også Jan Steen Hansen, Tf S 2013, s. 493.

IBM-sagen (U 2012.2150 H) vedrørte ligeledes sontringen mellem den løbende drift og udvidelse af indkomstgrundlaget.¹¹ Konkret angik sagen selskabet DMdatas fradrag for (forgæves) afholdte udgifter til ingeniør- og arkitektbistand i 2004 i forbindelse med etablering af et påtænkt tredje driftscenter. Selskabets forretningsområde var drift af mainframe- og serverbaserede systemer samt netværk og sikkerhedskoncepter, og selskabet løste opgaver for en række store private og offentlige virksomheder inden for brancher som finans, sundhed, telefoni og offentlig administration og forvaltning. I 2004 havde selskabet over 100 kunder, hvor de væsentligste var Danske Bank og A. P. Møller-Mærsk (som også var stiftere af selskabet). Væksten i ordrer fra kunderne, en stigende efterspørgsel efter synkron to-center drift og placering af data på to lokationer samt sikkerhedsmæssige overvejelser i lyset af en stigende terroraktivitet i verden gjorde det i 2004 nødvendigt at investere i mere plads til installation af maskinkraft. Selskabet havde to eksisterende driftscentre, men det var ikke muligt at foretage de bygningsmæssige udvidelser dér, hvorfor selskabet planlagde et nyt driftscenter, dvs. at gå fra to til tre driftscentre. I forbindelse med planerne om at bygge et nyt driftscenter afholdte selskabet udgifter på knap 3,5 mio. kr. til bl.a. COWI og Ellegaard Arkitektfirma. Planerne om etablering af et nyt driftscenter blev dog opgivet, da IBM ultimo 2004 opkøbte selskabet og i stedet sammenkoblede de to driftscentre med IBM's eksisterende driftscenter i Ballerup. Selskabet havde selv angivet fradrag for de nævnte forgæves afholdte udgifter til ingeniør- og arkitektbistand.

SKAT nægtede dog selskabet fradrag med den begrundelse, at udgifterne var afholdt forgæves, mens Landsskatteretten fandt, at udgifterne til undersøgelser af etablering af et driftscenter ikke havde en direkte forbindelse med indkomsterhvervelsen og derfor ikke vedrørte den løbende indtjening.¹¹ Dette skete på trods af, at det ville være ødelæggende for virksomhedens nuværende indkomstgrundlag, hvis selskabet måtte komme i en situation, hvor det på grund af kapacitetsproblemer ikke var i stand til at opfylde forpligtelserne over for kunderne, herunder A.P. Møller-Mærsk og Danske Bank. Kunderne var helt afhængige af, at maskinkapaciteten fungerede og havde den fornødne svarkapacitet, da de eksisterende kunder i værste fald ellers kunne risikere driftsstop. Det var der-

10. Se også Jan Pedersen, *Revision og Regnskabsvæsen* 2010, s. 368.

11. Se Jan Steen Hansen, *TfS* 2013, s. 493.

for også nødvendigt, at selskabet havde en vis pladsmæssig overkapacitet for at kunne håndtere force majeure-situationer.

Østre Landsret lagde vægt på, at udarbejdelsen af projektforslaget var første etape i etableringen af et yderligere driftscenter, der skulle imødekomme selskabets forventede øgede behov for kapacitet. Forventningen byggede dels på de foregående års tilvækst, dels på et skøn over mersalg til eksisterende kunder og tilgang af nye mindre kunder. På den baggrund fandt Østre Landsret, at udgifterne til ingeniør- og arkitektbistand måtte anses for afholdt som en etableringsudgift i forbindelse med en forventet udvidelse af selskabets hidtidige aktivitet og derfor ikke kunne fradrages som en driftsomkostning efter SL § 6, stk. 1, litra a. Østre Landsret fandt ikke, at det forhold, at etableringen af det yderlige driftscenter ville styrke selskabets muligheder for med kort varsel at kunne tilfredsstille eksisterende kunders eventuelle øgede kapacitetsbehov, kunne føre til at anse udgiften for at have den nødvendige tilknytning til den løbende indkomsterhvervelse.

Højesteret fandt ligeledes, at afholdelsen af udgifterne ikke havde en sådan forbindelse til virksomhedens eksisterende drift, at de kunne anses for driftsomkostninger, der kunne fradrages efter SL § 6, stk. 1, litra a.¹² En forøgelse af driftskapaciteten fra to til tre driftscentre måtte anses som en udvidelse af indkomstgrundlaget, hvorfor disse honorarer til tredjemand ikke kunne fradrages efter SL § 6, stk. 1, litra a. Intet sted i sagen var der stillet spørgsmålstegn ved selskabets fradragsret for lønudgifter til egne medarbejdere, som nødvendigvis måtte være involveret i den påtænkte etablering af et nyt driftscenter. Derimod blev fradragsretten for lønudgifter omdrejningspunktet i *LM Glasfiber-sagen* (SKM 2009.271 H).¹³

LM Glasfiber-sagen vedrørte løn til to direktører i form af en bonus på knap 30 mio. kr. i 2001 i forbindelse med salg af selskabet, dvs. en transaktionsbonus. Bonusaftalen blev indgået som supplement til direktørernes ansættelsesaftaler og på grundlag af, at ejerne af selskabet havde besluttet at forsøge at sælge selskabet. De ønskede derfor at belønne direktørerne for det krævende arbejde i forbindelse med salgsbestræbelserne, såfremt det lykkedes. Bonussen var betinget af et salg samt af, at direktørerne fortsat var ansat i selskabet ved salget. Ligeledes afhang selve bo-

12. Parterne var enige om, at udgifterne til ingeniør- og arkitektbistand kunne være afskrevet efter reglerne i afskrivningsloven, hvis projektet var blevet realiseret.

13. Se også Jan Pedersen, *Revision og Regnskabsvæsen* 2010, s. 368 og Jan Steen Hansen, *TfS*2013, s. 493.

nusbeløbet af salgssummen, således at den i udgangspunktet udgjorde 1 % af salgsprisen ved en købspris på 1,94 mia. kr., men således at procentsatsen justeredes hhv. op eller ned afhængigt af om salgsprisen var større eller mindre en 1,94 mia. kr. I øvrigt ville den udbetalte bonus efterfølgende bliver modregnet i salgsprisen, således at sælger (og ikke køber gennem LM Glasfiber) reelt var omkostningsbærer af udgiften.

I 2001 blev der indgået en aftale med en engelsk kapitalfond om køb af selskabet for 2,25 mia. kr., hvorfor et bonusbeløb på knap 30 mio. kr. blev udløst og udbetalt af LM Glasfiber til direktørerne. Hverken SKAT eller Landsskatteretten havde godkendt fradrag for denne bonusbetaling. Landsskatteretten fandt bonusaftalen for indgået som et led i aktionærernes bestræbelser på at sælge selskabet, hvorfor udgiften ikke var fradragsberettiget for selskabet, jf. SL § 6, stk. 1, litra a, men derimod måtte anses for at påhvile aktionærerne. Bonusbeløbet ansås derfor for ikke-fradragsberettiget udloddet udbytte. Spørgsmålet om bonussen til direktørerne kunne fradrages efter SL § 6, stk. 1, litra a blev herefter indbragt for Vestre Landsret.

Vestre Landsret fandt ligeledes efter en samlet vurdering, at det ikke var godtgjort, at bonussen havde den nødvendige tilknytning til selskabets drift efter SL § 6, stk. 1, litra a. Vestre Landsret lagde bl.a. vægt på, at bonusaftalen var begrundet i et ønske om at sælge selskabet, og at den blev udbetalt for særskilt at vederlægge direktørerne for deres arbejdsindsats i bestræbelserne på et salg. Dette understøttedes af, at bonussen var betinget af et salg, at direktørerne var ansat i selskabet på tidspunktet for den endelige aftale om et salg, samt at bonussens størrelse alene afhang af købsprisen. Ligeledes lagde Vestre Landsret vægt på, at bonussen i selskabets årsregnskab fremgik under »særlige poster«, som var beskrevet som *»omkostninger, som ikke kan henføres direkte til virksomhedens normale drift«* og i noten beskrevet som *»omkostninger relateret til salg af virksomhed inkl. vederlag«*.

Højesteret var endnu mere tydelig i sin afgørelse. Højesteret lagde vægt på, at direktørernes krav på den aftalte bonus var betinget af, at der skete et endeligt salg af selskaberne, at direktørerne hver især fortsat var ansat på salgstidspunktet, og at størrelsen af bonussen alene afhang af salgsprisen for selskaberne. Højesteret lagde derfor til grund, at aftalen havde til formål at vederlægge de to direktører for at udføre arbejde i forbindelse med salgsbestræbelserne og at sikre, at de forblev ansat, indtil endeligt salg var aftalt - begge dele for at opnå den højst mulige salgspris.

Derfor havde den udbetalte bonus ikke den fornødne tilknytning til driften og kunne ikke fradrages i medfør af SL § 6, stk. 1, litra a.

Med dommen i LM *Glasfiber* er det hævdet, at Højesteret fastslog, at begrebet »typegodkendte lønomkostninger« næppe havde noget realindhold, men i stedet måtte underlægges en konkret vurdering.¹⁴ Dette uagtet, at sagen slet ikke vedrørte direktørernes »almindelige løn«, men en særskilt transaktionsbonus, som konkret var aftalt for at udføre særligt arbejde i en begrænset periode. SKAT havde ikke udfordret fradragsretten for direktørernes almindelige løn. Langsomt skulle SKAT dog nærme sig almindelige lønudgifter ved at udfordre almindelige driftsomkostninger i forbindelse med hel eller delvis udlicitering af driftsaktiviteter, som i *Symbion-sagen*.

Symbion-sagen (SKM 2012.13 H) vedrørte ventureselskabet Symbion Capital, som havde til formål at investere i nye, innovative virksomheder inden for forretningsområdet relateret til IT, bioteknologi eller medico. Selskabet blev ledet af en bestyrelse på tre personer samt en direktør, der var ansvarlig for driften. Selskabet blev betegnet som en pengetank, hvor kapitalen fra investorerne kom ind og blev investeret videre. Selskabets eneste aktivitet var investering i aktier, anparter mv. Selskabets virksomhed var således køb, udvikling og salg af mindre virksomheder. Selskabet havde ingen ansatte ud over bestyrelsen og direktøren. I stedet havde selskabet udliciteret driften, og selskabet havde indgået en managementaftale med Symbion Management A/S, som skulle forestå investeringerne i risikovillig kapital i nye (mindre) højteknologiske virksomheder inden for IT og biotek for derefter at udvikle disse virksomheder og sælge dem med bedst mulige afkast. Herudover skulle Symbion Management A/S fungere som sekretariat for selskabet, varetage bogholderi- og økonomifunktion og sørge for løbende økonomirapporteringer, kvartalsrapporter og årsrapporter til bestyrelsen og aktionærerne. Dette var altså almindelige driftsudgifter, som selskabet ellers selv skulle have afholdt, som lønudgifter mv., såfremt selskabet selv havde forestået virksomhedsdriften.

For dette arbejde skulle selskabet naturligvis honorere Symbion Management A/S. Honoraret bestod af et fast årligt honorar samt et resultatafhængigt honorar. SKAT godkendte ikke fuldt fradrag for disse management fees. I stedet fandt SKAT, at størstedelen af det udførte arbejde, og derved honoraret, ikke var afholdt for at erhverve, sikre eller vedligeholde

14. Se Jan Steen Hansen, TfS 2013, s. 493.

holde den løbende indkomsterhvervelse. I stedet mente SKAT, at disse ikke-fradragsberettigede udgifter knyttede sig til pleje af kapitalselskabets kapitalinteresser og derved ikke driften. I stedet burde disse efter SKATs vurdering i overvejende grad have været afholdt af de enkelte investeringselskaber.

Landsskatteretten godkendte dog fuldt fradrag for disse managements fees efter SL § 6, stk. 1, litra a.¹⁵ Landsskatteretten henviste til SKM 2007.587 LSR, hvori Landsskatteretten fandt et ejendomsselskab berettiget til fradrag for et management fee til en ekstern porteføljeforvalter, jf. SL § 6, stk. 1, litra a. SKM 2007.587 LSR vedrørte et ejendomsselskab, der gennem en venturefond havde udgifter til administrative ydelser, undersøgelser, udvælgelser mv. af investeringsobjekter. Ejendomsselskabet skulle naturligvis via ventureselskabet betale for disse ydelser, og dette management fee blev af Landsskatteretten anset for at have den nødvendige sammenhæng med driften og derfor fuldt fradragsberettiget efter SL § 6, stk. 1, litra a. Ingen del heraf blev henført til selskabsinvesteringeme, som hævdede af SKAT i Symbion-sagen, hvorfor udfaldet af Symbion-sagen blev det samme i Landsskatteretten.

Sagen tog dog en drejning i Vestre Landsret, da fokus ikke længere var på, om honoraret havde sammenhæng med driften. Derimod blev det afgørende for sagens udfald, om honoraret havde sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst, som krævet i SL § 6, stk. 1, litra a. Vestre Landsret lagde til grund, at honoraret i det væsentlige vedrørte erhvervelse af skattefri indkomst, da Symbion Capitals indtægter ved salg af ejerandele i porteføljeselskaberne efter de dagældende regler som udgangspunkt var skattefri ved en ejerperiode på mere end tre år. Af prospektet vedrørende Symbion Capital fremgik nemlig, at selskabet forventedes at sælge inden for en periode på to til otte år. Vestre Landsret fandt derfor ikke betingelserne for fradrag opfyldt i SL § 6, stk. 1, litra a.

Højesteret var enig med Vestre Landsret i, at der med begrebet »indkomsten« i SL § 6, stk. 1, litra a, måtte forstås skattepligtig indkomst, hvorfor fradrag betingedes af en sammenhæng med at erhverve, sikre og vedligeholde skattepligtig indkomst. Højesteret lagde vægt på, at selskabets driftsudgifter i henhold til de dagældende regler både kunne vedrøre skattepligtige indtægter (udbytter, renter, aktieavancer ved afståelse inden for tre år) og skattefrie indtægter (navnlig aktieavancer ved afståelse

15. Kun et såkaldt opstarts-fee blev fastholdt som ikke-fradragsberettiget.

efter mere end tre år). Samtidigt lagde Højesteret vægt på, at managementselskabets primære formål var at finde, undersøge og investere i porteføljeselskaber samt at administrere Symbion Capitals kapital i porteføljeselskaberne. Managementselskabet udførte således en række driftsmæssige opgaver for Symbion Capital vedrørende porteføljeselskabene, herunder varetagelse af bestyrelsesarbejde, udarbejdelse og opfølgning af halvårsplaner, drøftelser med potentielle og aktuelle kunder, samarbejdspartnere og leverandører om porteføljeselskabets udvikling, samt møder og rejser for at repræsentere og eventuelt præsentere porteføljeselskabet. Ligeledes fremgik det, at bestyrelsesarbejde i de enkelte porteføljeselskaber som regel var meget omfattende, hvilket bl.a. skyldtes, at virksomhederne var nystartede og ofte manglede erfaring i at opbygge en driftsorganisation, hvorfor der krævedes en meget aktiv involvering for at udvikle virksomhederne. Højesteret fandt derfor, at de afholdte honorarudgifter (management fees) udgjorde fradragsberettigede driftsomkostninger, jf. SL § 6, stk. 1, litra a, selv om nogle af afståelsesavanceme var skattefrie på grund af realisationstidspunkterne. Derved anerkendte Højesteret således, at selskabets drift var køb, udvikling og salg af selskaber og at betaling for at få hjælp til dette udgjorde fradragsberettigede driftsomkostninger, hvilket formentligt tilsvarende måtte gælde såfremt selskabet havde egne ansatte til at udføre dette arbejde.

I forlængelse af disse »tomme«-selskaber med begrænset egen drift faldt Østre Landsrets afgørelse i SKM 2014.192 0. Denne bekræftede umiddelbart denne fradragsret, herunder fradrag for løn til direktør, men sagen fik dog en noget uheldig afslutning ved Østre Landsret. SKM 2014.192 0 vedrørte et holdingselskab, som af SKAT var blevet nægtet fradrag for diverse udgifter, herunder aflønning af direktør samt administrationsudgifter med henvisning til, at omkostningerne ikke var afholdt med henblik på opnåelse af skattepligtig indkomst.¹⁶ Selskabet var et »tomt« holdingselskab, som havde helejede udenlandske datterselskaber, der drev virksomhed ved køb og salg samt udleje af fast ejendom. Selskabet havde indgået en administrationsaftale med en uafhængig virksomhed til at varetage den løbende administration af selskabets driftsaktiviteter. Administrationsomkostningerne (management fees) blev fastlagt på baggrund af en procentdel af koncernens investeringsejendomme. Lige-

16. Se for en nærmere uddybning af sagen Landsskatterettens kendelse af 22. april 2013 jnr. 10-0217394.

ledes blev direktøren præstationsaflønnet på baggrund af selskabets nettooverskud i forhold til selskabets egenkapital.

SKAT fandt, at aflønningen af selskabets direktør og det betalte management fee ikke vedrørte selskabets løbende drift, men var en bonus for pleje af selskabets formue, som datterselskaberne måtte anses for at udgøre. Samtidigt henviste SKAT til, at det betingedes af SL § 6, stk. 1, litra a, at omkostningerne var afholdt med henblik på opnåelse af skattepligtig indkomst, mens at selskabets datterselskaber på intet tidspunkt havde genereret skattepligtig indkomst til selskabet (med undtagelse af renteindtægter fra udlån til disse). Der var således tale om en argumentation i lighed med SKATs argumentation i Symbion-sagen. Landsskatteretten var uenig med SKAT.

Landsskatteretten understregede, at SL § 6, stk. 1, litra a, omfatter udgifter, der i årets løb er afholdt til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten, mens udgifter, der vedrører selskabets indkomstgrundlag og udgifter, der alene vedrører selskabets kapitalinteresser i datterselskaber, ikke er omfattet af fradragsretten i SL § 6, stk. 1, litra a. Herefter fandt Landsskatteretten, at den pågældende aflønning af direktøren skete på baggrund af den almindelige direktørkontrakt, og at lønnen i overensstemmelse hermed var beregnet som en procentdel af selskabets overskud. Udgiften til bonussen kunne ikke anses for afholdt i forbindelse med salg af selskabet eller nogen af selskabets datterselskaber. Der var tale om aflønning for det almindelige arbejde som direktør i selskabet. Udgiftsafholdelsen måtte derfor anses for at ligge inden for de naturlige rammer af selskabets virksomhed og derfor var den fradragsberettiget som en driftsomkostning, jf. SL § 6, stk. 1, litra a. Ligeledes fandt Landsskatteretten, at administrationsudgifterne kunne fradrages efter SL § 6, stk. 1, litra a, da det var et vederlag for den almindelige drift af selskabet. SKAT valgte at indbringe sagen for Østre Landsret med påstand om, at Landsskatterettens vurdering var i strid med såvel ordlyden som rækkevidden af SL § 6, stk. 1, litra a. SKAT vandt sagen. Det skyldtes dog det simple faktum, at selskabet ikke længere havde nogen økonomisk interesse i at forfølge sagen, hvorfor selskabet under sagens forberedelse tog bekræftende til genmæle over for Skatteministeriets påstand. Sagen må ses i dette lys, og betydningen af Østre Landsrets afgørelse må derfor ikke overvurderes. I stedet kan ses mod Landsskatterettens afgørelse i SKM 2014.731 LSR vedrørende fradragsretten for almindelige lønudgifter i forbindelse med en voldgiftssag.

SKM 2014.731 LSR vedrørte bl.a., hvorvidt et selskab kunne fradrage lønudgifter afholdt af selskabet i forbindelse med varetagelse af selskabets interesser i en voldgiftssag. Voldgiftssagen vedrørte selskabets tidligere køb af aktier samt køb af et varemærke. Årsagen til voldgiftssagen var uenighed om den sidste betaling for aktierne og varemærket, da køber mente, at sælger ikke havde overholdt sine kontraktlige forpligtelser. Der var tale om almindelige lønudgifter til ansatte, der i forbindelse med voldgiftssagen havde brugt en del af deres tid på voldgiftssagen.

SKAT anerkendte ikke fradrag for disse lønudgifter, der var allokeret til voldgiftssagen. SKAT anerkendte dog, at lønudgifter som hovedregel var fradragsberettigede driftsomkostninger, jf. SL § 6, stk. 1, litra a, men ikke når lønudgifterne var anvendt til selskabets formuedispositioner. SKAT henviste herefter til LM-glasfiber-sagen, der jo vedrørte en særlig ekstra transaktionsbonus, samt TDC-sagen, der ikke vedrørte lønudgifter, men kun rejse- og opholdsudgifter for medarbejderne. SKAT fandt herefter, at der ikke var fradrag for lønudgifterne, da de vedrørte (en tvist om) en virksomhedsudvidelse.

Landsskatteretten var enig med selskabet i, at erhvervmæssigt betingede lønudgifter i almindelighed kan fratrækkes, men at denne formodning dog kan afkræftes i det enkelte tilfælde. Landsskatteretten udtalte, at SL § 6, stk. 1, litra a, kræver, at der foreligger en direkte og umiddelbar forbindelse mellem afholdelsen af udgiften og erhvervelsen af indkomsten. Dette kræver, at udgiftsafholdelsen ligger inden for de naturlige rammer af virksomheden. Samtidigt anførte Landsskatteretten, at det rigtig nok fremgik at Ligningsvejledningen for 2008 (det relevante indkomstår), at alle erhvervmæssigt betingede lønudgifter kan fradrages, men at der samtidigt i samme afsnit var henvist til bl.a. LM Glasfiber-sagen. Landsretten lagde herefter til grund, at købet af aktierne og varemærket udgjorde en udvidelse af erhvervsvirksomheden og derved en udvidelse af indkomstgrundlaget. Det var derfor også Landsskatterettens opfattelse, at voldgiftssagen drejede sig om sikring af selskabets formueinteresser og ikke driften. Da det i sagen var ubestridt, at en del af lønnen til de ansatte var afholdt i forbindelse med varetagelse af selskabets interesser i en voldgiftssag, der drejede sig om sikring af selskabets formue, så var lønudgiften ikke medgået til at erhverve, sikre og vedligeholde selskabets løbende skattepligtige indkomst i indkomståret og kunne derfor ikke fradrages, jf. SL § 6, stk. 1, litra a. Landsskatteretten stadfæstede derfor SKATs afgørelse med følgende præmis:

»En lønkrone, der er anvendt af hensyn til formuen, har ikke samtidigt tjent til erhvervelsen, sikringen og vedligeholdelsen af den løbende indkomst i året.«

Dette var således status før de aktuelle bank-sager, som entydigt bygger videre på ovennævnte tankegang som fremført af Landsskatteretten. Domstolene havde dog fortsat ikke i samme grad haft mulighed for at tage stilling hertil, da SKAT netop ikke i ovennævnte sager havde udfordret fradragsretten for almindelige lønudgifter. Det skulle dog vise at ændre sig med de såkaldte bank-sager, der netop vedrørte fradragsretten for almindelige lønudgifter.

3. Banksagerne

Den internationale finanskrisen blev udløst i USA i 2007 og spredte sig herefter til resten af verden. I Danmark startede finanskrisen for alvor med Roskilde Banks kollaps i 2008, hvorefter flere banker fulgte efter i de følgende år. Flere af disse banker blev overtaget af Finansiell Stabilitet. Ligeledes blev der fra ultimo 2008 til 2013 vedtaget seks bankpakker, der alle skulle beskytte og styrke den finansielle sektor og derigennem sikre den finansielle stabilitet. Denne hjælp til den finansielle sektor var ikke lige populær hos alle dele af befolkningen.

De overlevende banker stod herefter tilbage med gode opkøbsmuligheder af sunde dele af de krakkede banker gennem bl.a. Finansiell Stabilitet. Denne mulighed benyttede bl.a. Arbejdernes Landsbank sig af i 2008 til bl.a. at opkøbe fem filialer i den krakkede Roskilde Bank. Opkøbsprocessen foregik forholdsvist hurtigt, og der blev aftalt en klausul, således at banken kunne tilbagelevere uønskede kundeengagementer.

Sådanne opkøb har naturligvis også en skattemæssig dimension, hvilket SKAT valgte at sætte fokus på i SKATs Indsats- og Inddrivelsesplan for 2012 af 12. december 2011. SKAT Store Selskaber lancerede heri flere projekter, herunder et projekt om »*Pengeinstitutters overtagelsesomkostninger*«. Baggrunden var, at SKAT ønskede at afdække de købsinteresserede og de købende pengeinstitutters skattemæssige behandling af afholdte omkostninger i forbindelse med undersøgelser og budgivning på andre pengeinstitutter. Det var allerede før projektets gennemførelse SKATs vurdering, at nogle af disse undersøgelses- og købsomkostninger ikke var fradragsberettiget og dermed kunne være fratrukket forkert i den skatte-

pligtige indkomst. Projektet påbegyndtes ultimo 2011 og løb over de følgende år.¹⁷

Projektet vedrørte undersøgelses- og købsomkostninger i bred forstand og endte bl.a. ud i, at SKAT i 18 tilfælde nægtede banker fradrag for almindelige lønudgifter mv. I forhold til Arbejdernes Landsbank foretog SKAT en forhøjelse på 780.000 kr. Banken havde estimeret, at lønnen til de fem kreditfolk i tre uger udgjorde 750.000 kr. (250 kr. i timepris), samt at lønnen til de seks kreditfolk i datarummet og den forhandlende direktør udgjorde 30.000 kr. Den samlede fradragsnægtelse beløb sig således til 780.000 kr. ud af bankens samlede lønudgifter på ca. 400 mio. kr. i 2008, dvs. beskedne 2 % af bankens samlede lønudgifter. Lønudgifterne skulle således efter SKATs opfattelse opdeles i en fradragsberettiget og en ikke-fradragsberettiget andel, og de 780.000 kr. ansås således afholdt med det formål at udvide bankens indkomstgrundlag.

Arbejdernes Landsbank var uenig i SKATs vurdering og valgte formentlig af principielle grunde af indbringe sagen for Landsskatteretten.¹⁸

3.1. Landsskatterettens kendelse af 23. maj 2013

Sagens kerne var disse almindelige lønudgifter til visse af bankens ansatte. Der var ikke tale om transaktionsbonus eller anden særskilt vederlæggelse, men udelukkende om, at disse medarbejdere i en begrænset periode i 2008 havde været involveret i bankens køb af fem filialer i den krakkede Roskilde Bank. Af overdragelsesaftalen fremgik det bl.a., at overdragelsen omfattede: 1) anlægsaktiverne i filialerne, 2) kunderne, 3) goodwill, 4) medarbejderne og 5) lejemål.

I forbindelse med opkøbet havde Arbejdernes Landsbank seks medarbejdere siddende én dag i et datarum, ligesom fem kreditmedarbejdere i en efterfølgende periode på tre uger efter købet gennemgik kundeengagementer i de enkelte filialer. I den efterfølgende tid blev der gennemgået ca. 4.000-5.000 kundeengagementer og sendt ca. 1.000 af disse retur. Medarbejderne fik deres normale løn for dette arbejde, ligesom arbejdet ikke adskilte sig fra deres daglige arbejde.

Landsskatteren skulle herefter tage stilling til, om SKAT havde foretaget en korrekt forhøjelse af Arbejdernes Landsbanks skattepligtige ind-

17. I SKAT's Aktivitetsplan 2014 og fremefter var fokus på omkostninger ved store virksomhedsopkøb og salg, herunder kapitalfondes overtagelse af danske virksomheder.

18. I alt blev ni af de 18 sager efter det oplyste indbragt for Landsskatteretten.

komst ved at nægte fradrag for ovenstående lønudgifter på 780.000 kr. i indkomståret 2008, samt om disse udgifter subsidært kunne tillægges anskaffelsessummen.

SKAT anså lønudgifterne som afholdt til udvidelse af driften. Det var efter SKATs opfattelse helt grundlæggende, at fradragsretten for drifts-omkostninger efter SL § 6, stk. 1, litra a afhænger af, med hvilket formål udgiften er afholdt, frem for hvilken form udgiften fremtræder i, f.eks. løn. Formålet med lønudgifternes afholdelse var at foretage en vurdering af, hvilke kundeengagementer selskabet ønskede at overtage i forbindelse med overtagelsesaftalen. Udgiften skulle derfor behandles som en udgift i forbindelse med udvidelsen af indkomstgrundlaget. Det, der efter SKATs opfattelse gjorde det til en udvidelse af bankens aktiviteter (indkomstgrundlag), var, at der var købt anlægsaktiver, herunder goodwill, som netop er kendetegnet ved at være knyttet til en virksomhed. Aftalen om overtagelse af de fem filialer adskilte sig efter SKATs opfattelse ikke fra andre virksomhedsopkøb, og udgifterne afholdt i forbindelse med købet skulle derfor behandles herefter.

SKAT fandt ikke, at det gjorde en forskel for, om der var tale om en udvidelse af indkomstgrundlaget eller ej, at nogle af de overtagne filialer var placeret i byer, hvor banken allerede var etableret. Det afgørende var efter SKATs vurdering ikke den fysiske placering af filialerne, men det samlede køb af virksomheden, med både aktiver og passiver, hvilket i skatteretlig henseende medførte en udvidelse af indkomstgrundlaget. Ligeledes fandt SKAT ikke, at overtagelsen skulle anses som led i den almindelige drift, selvom overtagelsen vedrørte en aktivitet (bankdrift), som faldt inden for den igangværende erhvervsvirksomhed.¹⁹ Der var fortsat tale om en udvidelse af indkomstgrundlaget ved opkøb af filialer, da bankens drift var bankvirksomhed og ikke opkøb af banker. Ydermere adskilte den konkrete vurdering af kundeengagementer sig efter SKATs opfattelse fra det daglige arbejde med vurderingen af kunder ved: (i) at det i overtagelsessituationer er banken, der køber kundeforholdet fra tredjemand, og ikke kunden, der henvender sig, samt (ii) at det den kø-bende bank, der gør endeligt op med sælgerbanken, mens det i den normale bankforretning er kunden, der står med det økonomiske og juridiske ansvar over for sin tidligere bank. Det er lidt uklart, hvorfor SKAT fandt denne sondring relevant.

19. SKAT henviste bl.a. til IBM-sagen (SKM 2012.238 H) vedrørende den påtænkte udvidelse fra to til tre driftscentre, som er omtalt i afsnit 2.

I øvrigt fandt SKAT heller ikke, at lønudgifterne kunne tillægges købesummen (anskaffelsessummen) for de overtagne akriver, da disse ikke havde en tilstrækkelig direkte og snæver tilknytning til berigtigelse og gennemførelse af købet af filialerne, at de udgjorde accessoriske omkostninger.

Landsskatterettens udtalte, at der skal foreligge en *direkte og umiddelbar* forbindelse mellem afholdelsen af (løn)udgiften og erhvervelsen af indkomsten for at udgiften kan fradrages efter SL § 6, stk. 1, litra a. Dette kræver, at udgiftsafholdelsen ligger inden for de naturlige rammer af virksomheden. Landsskatteretten lagde herefter til grund, at de i sagen omhandlede udgifter vedrørte ganske almindelig løn, som selskabet på normal vis afholdte til sine medarbejdere. Der forelå ikke ekstrabetaling, bonus eller lignende, som lå ud over den normale løn i forhold til forhandlingerne med Finansiell Stabilitet eller gennemgangen af de kundeengagementer, som banken overtog. Landsskatteretten fandt derfor at der var tale om *almindelige lønudgifter* afholdt inden for *selskabets ordinære drift*, der udgjorde fradragsberettigede driftsomkostninger efter SL § 6, stk. 1, litra a. Det var således med urette, at SKAT havde nægtet Arbejdernes Landsbank fradrag for de omhandlede lønudgifter og Landsskatteretten ændrede derfor SKATs afgørelse (indkomstforhøjelsen).

Det var Skatteministeriet bestemt ikke enig i og henviste til, at der ikke var nogen juridisk støtte for Landsskatterettens argumentation. Skatteministeriet indbragte derfor sagen for domstolene. Grundet sagens principielle karakter blev sagen henvist til behandling ved Østre Landsret.²⁰

3.2. Østre Landsrets dom af 1. juni 2016

Skatteministeriet gjorde for Østre Landsret gældende, at der hverken i Statsskattelovens ordlyd eller praksis var støtte for, at der skulle gælde en *særlig* fradragsret for lønudgifter. Der eksisterende efter Skatteministeriets opfattelse ingen »typeomkostning«, som per automatik udløste fradrag, som det syntes indikeret i Landsskatterettens afgørelse. Derimod måtte spørgsmålet om fradragsret for »almindelige« lønudgifter vurderes efter de nøjagtigt samme kriterier som alle andre udgifter, hvorefter det er udgiftsafholdelsens formål, som er afgørende for fradragsretten efter SL § 6, stk. 1, litra a.

20. Lån & Spar Bank-sagen blev ligeledes indbragt for domstolene, se SKM 2016.569 0.

Da formålet med de afholdte (løn)udgifter efter SKAT og Skatteministeriets vurdering var en udvidelse af bankens drift via opkøb af anden (bank)virksomhed, så var lønudgifterne ikke fradragsberettiget efter SL § 6, stk. 1, litra a. Skatteministeriet henviste bl.a. til, at var tale om en samlet virksomhedsoverdragelse omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven samt den konkrete overdragelsesaftale, hvoraf det bl.a. fremgik at overdragelsen foruden de fem filialer omfattede samtlige anlægsaktiver, medarbejdere, goodwill og kunder, herunder både ind- og udlån, som var knyttet til de pågældende filialer. Et sådant opkøb kunne ikke betragtes som en almindelig ekspansion inden for bankens naturlige rammer. De konkrete lønudgifter i sagen udsprang af et samlet virksomhedskøb - ikke bankens kerneforretning med ind- og udlån mv. - hvilket efter Skatteministeriets opfattelse måtte anses som den almindelige drift.

Ydermere afviste Skatteministeriet, at banken have dokumenteret eksistensen af en fast administrativ praksis, hvorefter der altid var fradrag for lønudgifter. En sådan retsstilling ville i øvrigt være klart i strid med statskattelovens ordlyd og retspraksis og ville derfor ikke kunne påberåbes af banken.

Arbejdernes Landsbank var derimod af den opfattelse, at en virksomheds udgifter til lønninger var typeeksemplet på en notorisk fradragsberettiget driftsomkostning efter SL § 6, stk. 1, litra a, ligesom husleje, telefoni og kontorartikler. Den almindelige løn, som en virksomhed betaler sine medarbejdere, var efter bankens opfattelse ikke en udgift, der skulle underopdeles i en fradragsberettiget og en ikke-fradragsberettiget del, uanset hvilke arbejdsopgaver den enkelte medarbejder havde udført den pågældende måned, den enkelte arbejdsdag, eller den enkelte time i løbet af dagen. Banken anførte, at der i langt de fleste virksomheder dagligt udføres en række arbejdsopgaver, som ikke direkte knytter sig den daglige drift, men retter sig mod den fremtidige drift og en målsætning om vækst. Skule Skatteministeriet således få medhold, ville det påføre virksomhederne en umulig opgave med opdeling af ikke »kun« udgifter til løn, men også en række andre udgifter til telefon, elektricitet, husleje, kontorartikler osv. i en fradragsberettiget og en ikke-fradragsberettiget del. Det havde efter bankens opfattelse aldrig været lovgivers intention med SL § 6, stk. 1, litra a, at kræve virksomhedernes lønudgifter mv. opdelt på den måde. I de første 110 år efter statsskattelovens vedtagelse i 1903 var der efter bankens opfattelse aldrig sket en sådan underopdeling af en virksomheds lønudgifter. Der var i givet fald tale om en nyfortolk-

ning og en markant praksisændring, der ikke kunne gennemføres med tilbagevirkende kraft.

Månedslønnen måtte derfor efter Arbejdernes Landsbanks opfattelse anses for én samlet fradragsberettiget driftsomkostning efter SL § 6, stk. 1, litra a. I øvrigt understregede banken, at de pågældende arbejdsopgaver, som medarbejderne havde udført, herunder navnlig kreditvurdering, var de samme opgaver, som de udførte hver eneste dag, som led i den almindelige bankdrift.

Slutteligt anførte banken, at der i øvrigt slet ikke var tale om en udvidelse af indkomstgrundlaget. I en landsdækkende bank var det et helt sædvanligt led i driften af banken at tilpasse filialnettet, herunder etablere yderligere filialer eller reducere antallet af filialer. Det lå efter bankens opfattelse inden for virksomhedens eksisterende ramme. Den konkrete udvidelse af filialnettet i 2008 fra 61 til 66 filialer, heraf to filialer i byer hvor banken allerede havde filialer, kunne således ikke efter bankens opfattelse anses som en udvidelse af indkomstgrundlaget, der kunne medføre nægtelse af fradragsret for almindelige lønudgifter efter SL § 6, stk. 1, litra a.

Østre Landsret fandt, at erhvervsmæssigt betingede lønudgifter til medarbejdere *i almindelighed* ville være fradragsberettigede efter SL § 6, stk. 1, litra a, idet sådanne udgifter *som udgangspunkt* måtte formodes at være anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde den løbende indkomst, men samtidigt, at der ikke var grundlag for at antage, at denne formodning ikke kunne afkræftes. Spørgsmålet var herefter om formodningen var afkræftet i den foreliggende sag.

Med henvisning til overdragelsesaftalen fandt Østre Landsret, at formålet med og virkningen af overtagelsen var en egentlig udvidelse af bankens virksomhed ud over dens hidtidige rammer. Landsretten henvisste særligt til omfanget af det overtagne, som i tillæg til indlån og udlån (kunder) omfattede et betydeligt antal medarbejdere, lokaler og inventar, goodwill, samt det af banken selv anførte i årsberetningen for 2008 om betydningen af erhvervelsen. Østre Landsret fandt ikke, at følgende forhold kunne føre til et andet resultat:

- At udvidelsen angik bankvirksomhed, som svarede til bankens bestående virksomhed.
- At processen ved gennemgangen af engagementerne ikke adskilte sig fra de arbejdsopgaver, de pågældende medarbejdere i øvrigt udførte som en del af deres vanlige arbejdsopgaver i banken.
- At en del af de opgjorte lønudgifter både vedrørte kreditmedarbejdernes efterfølgende due diligence-lignende gennemgang af de overtagne engagementer og var

en fremadrettet sædvanlig kreditvurdering i relation til de kunder, banken valgte at beholde.

Derved fandt Østre Landsret, at Arbejdernes Landsbank ikke kunne fradrage lønudgifterne med hjemmel i SL § 6, stk. 1, litra a. Derimod fandt Landsretten, at Arbejdernes Landsbank med støtte i administrativ praksis måtte have en berettiget forventning om fradrag og derfor alligevel kunne fradrage disse lønudgifter i indkomståret 2008. Der henvistes særligt til, at SKAT ikke tidligere havde mødt andre skatteydere med tilsvarende afvisning af fradrag for almindelige lønudgifter på trods af lignende undersøgelser af deres skattemæssige forhold, hvorfor det måtte forventes, at der var fradrag for disse almindelige lønudgifter. Landsretten fandt således i overensstemmelse med Arbejdernes Landsbanks påstand, at der var tale om en ny fortolkning af SL § 6, stk. 1, litra a, og en ændring af en mangeårig fast praksis, der ikke kunne gennemføres med tilbagevirkende kraft. I stedet måtte en sådan ændring ske ved en offentlig tilkendegivelse, hvilket ikke var sket i 2008. På denne baggrund blev Arbejdernes Landsbank derved af Østre Landsret tildelt fradrag for lønudgifterne på 780.000 kr. Skatteministeriet var ikke enig i Østre Landsrets sidste konklusion, hvorfor sagen blev indbragt for Højesteret.

3.2. Højesterets dom af 30. juni 2017

Højesteret var forholdsvis tydelig i sin afgørelse og fandt, at der ikke er grundlag for at antage, at lønudgifter *altid* skal anses for driftsomkostninger, der kan fradrages i den skattepligtige indkomst. Samtidigt fandt Højesteret, at der hverken i ordlyden af SL § 6, stk. 1, litra a, eller i retspraksis er grundlag for at behandle almindelige lønudgifter anderledes end særskilte aftalte vederlag (bonusser mv.), som f.eks. behandlet i LM Glasfiber-sagen. Såfremt en medarbejder er beskæftiget med udvidelse af en virksomhed ud over dens hidtidige rammer, så kan udgifter til løn til den pågældende medarbejder således ikke fradrages som driftsomkostninger, men må i stedet anses for etablerings- eller anlægsudgifter. Det var således i tråd med Skatteministeriets påstand.

Højesteret fremhævede herefter, at det kan være nødvendigt at foretage en opdeling af lønudgifterne i en fradragsberettiget og en ikke-fradragsberettiget del, hvor en medarbejder beskæftiger sig med almindelige drift og udvidelse af virksomheden. En sådan opdeling kan eventuelt ske skønsmæssigt, ligesom at Højesteret påpegede, at praktiske og administrative problemer ikke kan føre til en anden bedømmelse af hjemmels-

spørgsmålet. Dette var ligeledes i overensstemmelse med Skatteministeriets påstand.

Konkret fandt Højesteret - ligesom Østre Landsret - at opkøb af de fem filialer udgjorde en udvidelse af bankens virksomhed ud over den hidtidige ramme, og at de opgjorte lønomkostninger på 780.000 kr. derfor ikke kunne fradrages som driftsomkostninger efter SL § 6, stk. 1, litra a. Højesteret stadfæstede således på dette punkt Østre Landsrets dom og derved, at den mere end 100 års gamle sontring i SL § 6, stk. 1, litra a vedrørende indkomsten (løbende drift) og indkomstgrundlaget (udvidelse af virksomheden) også gælder for almindelige lønomkostninger. Arbejdernes Landsbank kunne derfor ikke med hjemmel i SL § 6, stk. 1, litra a fradrage de konkrete lønudgifter på 780.000 kr.

Ligeledes fandt Højesteret, at Arbejdernes Landsbank *ikke* med støtte i fast administrativ praksis kunne fradrage de konkrete lønomkostninger, hvorved Højesteret på dette punkt underkendte Østre Landsret. Højesteret fandt simpelthen ikke, at der eksisterende en sådan fast administrativ praksis, da der ikke forelå oplysninger om, at skattemyndighederne tidligere skulle have taget stilling til spørgsmålet om godkendelse eller nægtelse af fradrag for virksomheders udgifter til almindelig løn til fastansatte medarbejdere, der havde været beskæftiget med virksomhedskøb eller lignende. Det forhold, at skattemyndighederne ikke tidligere havde grebet korrigerende ind over for virksomheders fradrag for almindelige lønudgifter til medarbejdere, der havde været beskæftiget med virksomhedskøb eller lignende, kunne efter Højesterets opfattelse ikke sidestilles med en positiv afgørelse om spørgsmålet.

Da der hverken var hjemmel til fradrag i SL § 6, stk. 1, litra a, eller i fast administrativ praksis, kunne Arbejdernes Landsbank således ikke fradrage de konkrete lønudgifter på 780.000 kr.

Slutteligt fandt Højesteret, at Arbejdernes Landsbank ikke havde godtgjort, at lønudgifterne havde en sådan tilknytning til selve købet af de nævnte aktiver, at de helt eller delvis kunne tillægges anskaffelssummen efter reglerne i kursgevinstloven og afskrivningsloven, som anført i den (nye) subsidiære påstand.²¹

21. Arbejdernes Landsbank havde under landsretssagen forbeholdt sig retten til ved en eventuel anke for Højesteret subsidiært at gøre gældende, at beløbet skulle tillægges anskaffelssummen for de fem bankfilialer.

Sagens må siges at have betydelige konsekvenser og perspektiver ud over sagens beløbsmæssige beskedne genstand og de øvrige banksager, som afventede udfaldet af Arbejdernes Landsbank-sagen.

4. Konsekvenser og perspektiver

Det er ofte vanskeligt at vurdere, om en udgift er afholdt for at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten - og derved kan fradrages i den skattepligtige indkomst, jf. SL § 6, stk. 1, litra a - eller om udgiften er afholdt for at udvide det hidtidige indkomstgrundlag - og derfor ikke kan fradrages. Det gælder særligt, hvor udgiften indeholder begge elementer, f.eks. ved lønudgifter. Tidligere var opfattelsen, at der i sådanne tilfælde skulle foretages en vurdering af udgiftens overvejende formål.²²

Med Højesterets afgørelse i Arbejdernes Landsbank-sagen må denne alt eller intet-vurdering (i overvejende grad) tilsyneladende siges at være forladt til fordel for en *kroner for kroner-vurdering*, som også fremført af Landsskatteretten i SKM 2014.731 LSR. Med Højesterets ord kan hverken praktiske eller administrative problemer føre til en anden bedømmelse af hjemmelsspørgsmålet, således at den mere end 100 år gamle sondering i SL § 6, stk. 1, litra a, mellem indkomsten og indkomstgrundlaget også gælder for almindelige lønudgifter. Der er simpelthen ikke grundlag for at behandle lønudgifter anderledes end andre udgifter efter SL § 6, stk. 1, litra a.

Der må derfor tilsyneladende foretages en (skønsmæssig) fordeling af, hvad den ansatte konkret udfører af arbejde og det enkelte tidsforbrug herved med henblik på at afdække, om det udførte arbejde har sammenhæng med indkomsten eller indkomstgrundlaget. Som illustreret ovf. i afsnit 2 lader det sig ikke altid nemt afgøre, om en udgift er anvendt til sikre indkomsten eller til at udvide indkomstgrundlaget, og det er bestemt heller ikke nemt for virksomheder samtidigt at allokere alle ansattes arbejde (art) og tidsforbrug ud mellem disse to aktivitetsformer, f.eks. i forhold til salgsansatte, direktører, bestyrelsesmedlemmer osv.

Det er samtidigt særdeles uklart, hvorledes denne allokering i givet fald skal foregå og dokumenteres, ligesom det er uklart, hvilke andre udgifter dette også måtte omfatte, f.eks. telefoni i perioden, husleje, elektrici-

22. Se Jane Ferniss, *Det skatteretlige driftsomkostningsbegreb*, 2006, s. 359-361.

tet, kontorartikler, fri bil, kantineordning osv. Det kan derfor hævdes, at hvis det ikke allerede var umuligt at være 100 % compliant med skattereglerne, så vil det i hvert være det nu for en del virksomheder.²³ Dette synes ikke at være en ønskværdig retstilstand.

Regeringen offentliggjorde derfor i foråret 2017, at Regeringen ville tage skridt til at sikre danske virksomheders fradragsret for sædvanlige lønudgifter.²⁴ Regeringen mente, at reglerne var klare, men at retstilstanden ville føre til store økonomiske og administrative omkostninger for virksomhederne, da det er unødigt bøvlet at skulle *udpensle lønkroner ud for hvert enkelt medarbejder*. Regeringen proklamerede derfor, at der i efteråret 2017 vil blive fremlagt ny lovgivning med en særregel, der sikrer en enkel og ubureaukratisk løsning. Samtidigt udtalte skatteministeren, at virksomhederne har et berettiget krav på administrerbare, enkle og forståelige regler.

Spørgsmålet er dog, om en særregel er løsningen? Selv hvis det antages, at særreglen til fulde omfatter alle de ønskede almindelige lønudgifter, så står den mere end 100 år gamle sontring mellem indkomst og indkomstgrundlag stadig tilbage i forhold til alle andre udgifter, som fortsat må antages at skulle opdeles *kroner for kroner* på baggrund af, hvordan disse er anvendt. Dette er bestemt ingen ny problemstilling, og Skattelovrådet anbefalede tilbage i 1990 en ændring af SL § 6, således at også etablerings- og anlægsudgifter var fradragsberettiget.²⁵ Politisk valgte man dog ikke denne løsning, men i stedet at indføre en række særregler i bl.a. ligningsloven. Dette synes igen at være løsningen fra politisk hold, hvormed den mere end 100 år gamle komplicerede hovedregel om sontringen mellem indkomst og indkomstgrundlag fastholdes. Gad vide, om den holder 100 år mere?

23. Se også Jan Steen Hansen, TfS 2013, 493, der beskriver det som at åbne Pandoras æske.

24. Se Pressemeldelsen Regeringen sikrer virksomheders fradrag for lønudgifter, dateret 11. april 2017.

25. Se Betænkning nr. 1221,1991, afgivet af Skattelovrådet d. 14. november 1990.

Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster og deres historiske udvikling

Lektor Peter Koerver Schmidt

1. Dobbeltbeskatningsoverenskomster

Hvis borgere og virksomheder undergives international dobbeltbeskatning, når de agerer eller investerer over landegrænser, kan det have skadelige virkninger for udvekslingen af varer og tjenesteydelser samt for kapitalens, teknologiens og personers bevægelighed.¹ Af denne årsag er der over de sidste godt 100 år opbygget et globalt netværk af primært bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomster, der har til formål at fjerne de hindringer, som dobbeltbeskatning udgør for udviklingen af økonomiske relationer landene imellem.² Også Danmark har af de nævnte grunde opbygget et netværk af dobbeltbeskatningsoverenskomster, og da Copenhagen Business School (CBS) lige siden sin tilblivelse netop har haft fokus på økonomiske relationer i dansk såvel som international sammenhæng, synes emnet for nærværende artikel passende at tage op som led i Juridisk Instituts markering af CBS' 100 års jubilæum.³

Historisk viden om emnet er ikke uden praktisk relevans, idet viden om de bagvedliggende motiver kan være befordrende for fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, og fordi viden om tidligere landvindinger og fejltrin kan forbedre landenes og de internationale or-

1. Der skal lyde en stor tak til fagbibliotekar Erik Sonne fra CBS' bibliotek, der har været særdeles behjælpelig med at finde ældre kildemateriale.
2. Jf. introduktionen til OECD's Modeloverenskomst, 2014, pkt. 1.
3. Om CBS' historie se Kurt Jacobsen & Anders Ravn Sørensen, CBS gennem 100 år, 2017.

ganisationers skatte- og forhandlingspolitiske valg.⁴ Historisk indsigt skaber således en mere dybdegående forståelse af de principper, som over tid har vundet indpas i overenskomsterne og de valg, der er truffet.⁵ I tillæg hertil har anden forskning vist, at der generelt forekommer et stærkt element af sti-afhængighed (*path dependence*), når det kommer til den historiske udvikling af det globale dobbeltbeskatningsnetværk.⁶ Med andre ord synes de tidlige begivenheder, som f.eks. indgåelsen af de første overenskomster mellem en række centraleuropæiske lande omkring 1900, i vidt omfang at have påvirket udviklingen helt frem til i dag. Det kan således ikke undre, at der i de senere år synes at have udviklet sig en stigende interesse for dobbeltbeskatningsoverenskomsternes tilblivelse og historik.⁷

En dobbeltbeskatningsoverenskomst er en folkeretlig aftale mellem stater, og antallet heraf er over tid vokset betragteligt, således at der i dag på verdensplan er indgået mere end 3.000 dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁸ Der kan næppe herske tvivl om, at dette vidtforgreneede overenskomstnetværk er af stor betydning for en velfungerende verdenshandel, selvom det naturligvis ikke løser alle problemer. Ganske betegnende er udviklingen af dette imponerende overenskomstnetværk da også blevet kaldt et »*flawed miracle*«.⁹

International juridisk dobbeltbeskatning defineres generelt som påligning af sammenlignelige skatter i to (eller flere) lande hos den samme

4. Jf. Richard Vann, *Writing Tax Treaty History*, Sydney Law School Legal Studies Research Paper 2011 (no. 10/19).
5. Jf. Christian Freiherr von Roenne i Thomas Ecker & Gemot Ressler (red.), *History of Tax Treaties*, 2011, s. 17 f. (Thomas Ecker & Gemot Ressler).
6. Jf. Sunita Jogarajan, *Prelude to the International Tax Treaty Network: 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Action*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2011, s. 679-707.
7. Jf. Lara Friedlander & Scott Wilkie, *The History of Tax Treaty Provisions - and why it is important to know about it*, *Canadian Tax Journal* 2006, s. 907-921 og Mathhias Huber & Daniel Rentzsch, *Conference Report: History of Double Taxation Conventions*, Rust, 4-7 July 2008, *Intertax* 2008, s. 533-541 (Mathhias Huber & Daniel Rentzsch).
8. Jf. OECD/G20: *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, BEPS Action 15, 2015, s. 15.
9. Jf. Reuven Avi-Yonah, *The Structure of International Taxation - A proposal for Simplification*, *Texas Law Review*, 1996, s. 1301 f.

DANMARKS DOBBELTBESKATNINGSOVERENSKOMSTER

skatteyder på det samme grundlag og for samme perioder." Situationer med dobbeltbeskatning kan f.eks. opstå, hvis en person eller et selskab, der er hjemmehørende i et land og derfor er fuldt skattepligtig dér, på samme tid er begrænset skattepligtig til et andet land, hvorfra der modtages indkomst. Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne søger i korte træk at hindre sådan dobbeltbeskatning ved indledningsvis at definere, hvilke skatter der er omfattet, hvilken af staterne der skal anses som domicilstat (dvs. den stat, hvor skatteyderen anses for hjemmehørende ifølge overenskomsten), og hvilken stat der er kildestat. Herefter fordeles beskatningsretten mellem domicilstaten og kildestaten efter overenskomstens fordelingsbestemmelser, hvor udgangspunktet er, at når den ene stat er tildelt beskatningsretten til en indkomst, skal den anden stat lempe herfor."

I nærværende bidrag behandles først de tidligste dobbeltbeskatningsoverenskomster, idet elementer fra disse kan genfindes i overenskomster helt frem til i dag - Danmarks overenskomster inklusive. Derpå omtales modeloverenskomsternes tilblivelse, da disse har sat et stort aftryk på både Danmarks og det globale netværk af dobbeltbeskatningsoverenskomster. Herefter fokuseres på udviklingen i Danmark fra 1920'erne, hvor Danmark indgik de første dobbeltbeskatningsoverenskomster, og frem til i dag. Afslutningsvis drages en række konklusioner.

Et emne som Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster er ganske stort og kan anskues fra mange vinkler. En afgrænsning er derfor nødvendig. Fokus i nærværende bidrag er på selve tilblivelsen af Danmarks overenskomstnetværk i et historisk perspektiv. Mere materielt funderede juridiske spørgsmål, så som den praktiske anvendelse og fortolkning af Danmarks overenskomster, er således kun berørt sporadisk, hvor det har været nødvendigt.

10. Jf. introduktionen til OECD's Modeloverenskomst, 2014, pkt. 1. Såkaldt økonomisk dobbeltbeskatning opstår derimod, når den samme indkomst beskattes hos to forskellige skattesubjekter.
11. Se også Peter Koerver Schmidt et al., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, s. 21-23 med henvisninger.

2. De tidligste internationale dobbeltbeskatningsoverenskomster

Problemer med dobbeltbeskatning har stort set eksisteret lige siden man begyndte at pålægge skatter, og helt tilbage fra antikken er der kilder, som rapporter om udfordringer hermed. Også kilder fra middelalderen omtaler problemer med dobbeltbeskatning, bl.a. i relation til det handelsmæssige samkvem mellem de italienske bystater fra det 12. århundrede og frem. Disse problemer har således været kendt længe og blev i nogen grad adresseret i enkeltbestemmelser i handels- og toldaftaler mv.¹²

Den første aftale, der almindeligvis anerkendes som værende en egentlig international dobbeltbeskatningsoverenskomst, er imidlertid overenskomsten mellem Preussen og Østrig-Ungarn fra 1899.¹³ Forud for aftalen var gået en periode med øget industrialisering, der bl.a. havde forårsaget, at flere europæiske lande var i færd med at udskifte ældre og mere primitive beskatningsformer med et system baseret på indkomstbeskatning. Dette skifte hen imod indkomstbeskatning, kombineret med øget handelsmæssigt samkvem mellem landene, tydeliggjorde behovet for at adressere problemerne med international dobbeltbeskatning.¹⁴

At det netop var mellem centraleuropæiske stater, at den første rigtige internationale dobbeltbeskatningsoverenskomst blev indgået, er der gode grunde til. Det Tyske Rige bestod således på den tid af føderale stater, der havde beholdt deres suverænitet i forhold til beskatning. Den øgede interne handel mellem de føderale stater og den fri bevægelighed mellem disse skabte således et behov for »interne« løsninger, der kunne hindre dobbeltbeskatningssituationer i at opstå ved handel inden for Det Tyske

12. Jf. Christian Freiherr von Roenne i Thomas Ecker & Gemot Ressler, s. 17 f.

13. Allerede i midten af det 19. århundrede var der indgået en række internationale aftaler om administrativ assistance i skattesager, herunder bl.a. en aftale mellem Belgien og Frankrig indgået i 1843. Se Sunita Jogarajan, *Prelude to the International Tax Treaty Network: 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Action*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, s. 679-707. 1872 indgik Storbritannien og Schweiz (kantonen Vaud) en aftale om hindring af dobbeltbeskatning vedrørende boafgift ved død. Se herom Sunita Jogarajan, *The Conclusion and Termination of the »First« Double Taxation Treaty*, *British Tax Review*, 2012, s. 283-306.

14. Jf. Hildegard Hemetsberger-Koller & Evelyn Kolm, *Globalisation and International Taxation in the XIXth Century*, *The Journal of European Economic History*, 2006, s. 86-121.

Rige.¹⁵ Disse interne tyske erfaringer samt tilsvarende erfaringer i Schweiz og Østrig-Ungarn dannede således grundlag for de første egentlige internationale dobbeltbeskatningsoverenskomster. Den ovf. nævnte internationale dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Preussen og Østrig-Ungarn blev således snart fulgt op af overenskomster mellem Saxen og Østrig-Ungarn (1903), Bayern og Østrig-Ungarn (1903), Preussen og Luxembourg (1909), Preussen og Basel by (1911), Hessen og Østrig-Ungarn (1912) samt Det Tyske Rige og Grækenland (1912). I opbygning og indhold lignede disse overenskomster hinanden ganske meget, og de grundlæggende principper var hentet fra den første »interne« tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst samt den tyske lov af 1870 om undgåelse af dobbeltbeskatning inden for Det Tyske Rige. En række af disse principper har i øvrigt overlevet (i moderet form) frem til i dag. Blandt de principper, der har overlevet, er, at økonomisk/faktisk tilhørsforhold til en stat er vigtigere end nationalitet/statsborgerskab, når det kommer til fordeling af beskatningsretten,¹⁶ samt princippet om reciprocitet (gensidighed).¹⁷

1. Verdenskrig (1914-1918) ændrede markant de økonomiske og politiske forhold i Europa. Mange lande havde behov for at opkræve øgede skatter som følge af krigens høje økonomiske omkostninger og som led i den begyndende opbygning af en velfærdsstat. Dette gjaldt især Tyskland, der skulle betale en enorm krigsskadeerstatning. Derudover forårsagede 1. Verdenskrig væsentlige ændringer på det europæiske landkort, hvor gamle riger ophørte og nye nationalstater opstod. Der var således behov for at genopbygge de økonomiske relationer, hvilket nye dobbeltbeskatningsoverenskomster kunne medvirke til. Igen var Tyskland en af drivkræfterne, og landet indgik bl.a. dobbeltbeskatningsoverenskomster med Tjekkosllovakiet (1921) og Italien (1925).¹⁸ Sidstnævnte overenskomst er blevet fremhævet som en milepæl i udviklingen,¹⁹ da den indeholder flere elementer, som kan genfindes i vore dages dobbeltbeskatningsoverenskomster. F.eks. trådte ideen om, at et foretagende er skattepligtigt i en

15. Det første eksempel herpå var overenskomsten indgået mellem Saxen og Preussen i 1869/1870.

16. Jf. Christian Freiherr von Roenne i Thomas Ecker & Gemot Ressler, s. 17 f.

17. Jf. Sunita Jogarajan, *Prelude to the International Tax Treaty Network: 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Action*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, s. 679-707.

18. Jf. Christian Freiherr von Roenne i Thomas Ecker & Gemot Ressler, s. 17 f.

19. Jf. Mathias Huber & Daniel Rentzsch, s. 533-541.

anden kontraherende stat, hvis det driver erhvervsvirksomhed dér, for alvor frem i denne overenskomst. Med andre ord omtalte overenskomsten specifikt det senere så udbredte princip om fast driftssted, ligesom konturerne af det såkaldte armslængdeprincip kan spores tilbage hertil.

3. Modeloverenskomsternes fremkomst

I forlængelse af den ovf. beskrevne udvikling bad Folkeforbundet i 1921 fire professorer - Bruins, Einaudi, Seligman og Stamp - om at udarbejde en rapport, der skulle undersøge de økonomiske konsekvenser af international dobbeltbeskatning. Formålet var på den baggrund at udvikle nogle grundlæggende principper for løsning af dobbeltbeskatningssituationer. Rapporten blev offentliggjort i 1923 og fremhævede principperne om skatteevne og økonomisk/faktisk tilknytning som afgørende for en hensigtsmæssig løsning. Som anført ovf. er der tale om principper, som også blev tillagt betydning i de allerførste dobbeltbeskatningsoverenskomster.²⁰

Dette arbejde førte til, at der i løbet af 1926-1927 blev udarbejdet udkast til modeloverenskomster, der i revideret form blev drøftet i 1928 af repræsentanter fra 27 lande, herunder Danmark.²¹ Endvidere blev der nedsat en stående komite med beskatning som ansvarsområde, der skulle facilitere den videre udvikling. Resultatet heraf blev den såkaldte Mexico-modeloverenskomst af 1943 og London-modeloverenskomsten af 1946.²²

I litteraturen synes den dominerende holdning at være, at Folkeforbundets arbejde generelt ikke fik den helt store praktiske betydning for udformningen af denne periodes bilaterale dobbeltbeskatningsaftaler.²³

20. Jf. Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee, Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation, 1923, Doc. E.F.S.73. F.19.

21. Jf. Report Presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion Document, 1928, Doc. C.562.M.178.1928.II.

22. For yderlige om Folkeforbundets arbejde mht. imødegåelse af dobbeltbeskatning se Rodrigo Souza de Castelo Branco i Thomas Ecker & Gernot Ressler, s. 41 et seq.

23. Jf. Mathias Huber & Daniel Rentzsch, s. 533-541, Thøger Nielsen, Indkomstbeskatning II. Bind, 1972, s. 483 (Thøger Nielsen) samt Christian Freiherr von Roenne i Thomas Ecker & Gernot Ressler, s. 17 f. Se modsat Klaus Vogel & Alexander Rust i Ekkehart Reimer & Alexander Rust (red.), Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4. udg. 2015, s. 20.

DANMARKS DOBBELTBESKATNINGSOVERENSKOMSTER

Uden betydning var arbejdet dog ikke, idet en række underliggende principper om f.eks. økonomisk tilknytning (hjemsted og fast driftssted) og gensidig assistance i skatteforhold trådte yderligere frem. Endvidere fik arbejdet betydning i den forstand, at OEEC (Organization of European Economic Cooperation), der var en forløber til OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), tog udgangspunkt i Folkeforbundets arbejde, da organisationen efter 2. Verdenskrig så at sige tog over på skatteområdet.

OEEC nedsatte i 1956 en komite, der skulle udvikle en ny modeloverenskomst til forhindring af dobbeltbeskatning. Komiteen bestod af delegerede fra alle 16 medlemslande, herunder Danmark.²⁵ I løbet af de følgende år udarbejdede komiteen en række rapporter, og repræsentanter fra Danmark var involveret i udarbejdelsen af en rapport om skatteretligt domicil.²⁶ Da OEEC i 1961 blev til OECD, fortsatte komiteen sit arbejde i regi af OECD. I 1963 kunne komiteen præsentere et endeligt udkast til OECD's modeloverenskomst med kommentarer, og Rådet anbefalede medlemslandene at bestræbe sig på at forhandle bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomster med hinanden baseret på modeloverenskomsten med kommentarer.²⁷

I de 30 artikler, som OECD's modeloverenskomst bestod af, genfindes en række af de underliggende principper, som også kom til udtryk i de første bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomster og senere hen i Folkeforbundets modeloverenskomster. Dog indgik også nyskabelser som f.eks. bestemmelserne om lempelse efter metoderne credit- og exemption. OECD's modeloverenskomst med kommentarer er siden hen blevet opdateret og udvidet ad flere omgange for at imødekomme de ændringer, der over tid er sket mht. opbygningen af landenes skattesystemer, øgede internationale relationer, nye former for erhvervsvirksomhed, nye teknologier, fremkomsten af komplekse internationale erhvervsstrukturer og udfordringer mht. skatteundgåelse og skatteunddragelse.²⁸ En mere gennemgribende revision blev således foretaget i hhv. 1977 og 1992. Efter-

24. Jf. Klaus Vogel, *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, Berkeley Journal of International Law, 1986, s. 1-85.

25. Jf. Fiscal Committee, minutes of the 1st session, 23-24 May 1956, Doc. FC/M (56).

26. Jf. Final report on the concept of fiscal domicile, 1958, Doc. FC//WP2(58)1.

27. Jf. Fiscal Committee, Draft Convention for the avoidance of double taxation with respect to income and capital, 21 February 1963, doc. FC (63) 2.

28. Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, 2014, introduktionen, pkt. 8.

følgende blev det besluttet løbende at foretage mere regelmæssige og begrænsede opdateringer, hvilket resulterede i opdateringer foretaget i 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, 2012 og 2014. Disse mange løbende opdateringer har i højere grad påvirket kommentarerne end selve modeloverenskomsten.²⁹

Udover OECD's modeloverenskomst med kommentarer findes i dag også FN's modeloverenskomst med kommentarer. Selvom de to modeloverenskomster har mange lighedspunkter mht. opbygning og indhold, så tildeler FN's modeloverenskomst i højere grad kildelandet, dvs. »værtslandet« for investering, beskatningsret på bekostning af domicillandet. Dette skulle gerne være en fordel for udviklingslande, der normalt er kapitalimporterende. Initiativet til FN's Modeloverenskomst blev taget i 1968, men først i 1980 forelå den endelige version med kommentarer. Denne er siden blevet revideret i 1999 og 2011.³⁰

Generelt spiller især OECD's modeloverenskomst med kommentarer i dag en betydelig rolle i forbindelse med indgåelse og fortolkning af bilaterale dobbeltbeskatningssaftaler. Mange lande, inklusiv Danmark, anvender således modeloverenskomsterne som forhandlingsudgangspunkt, og skatteydere, myndigheder og domstole inddrager modeloverenskomsten med kommentarer til at opnå en bedre forståelse af de konkrete bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomsters indhold. I hvilket omfang modeloverenskomsten med kommentarer lægges til grund, afhænger bl.a. af retstradition og naturligvis af, i hvor høj grad den konkrete overenskomst er udformet efter modeloverenskomsten.³¹

29. Jf. Klaus Vogel & Alexander Rust i Ekkehart Reimer & Alexander Rust (red.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4. udg. 2015, s. 21.

30. Jf. FN's modeloverenskomst med kommentarer, 2011, introduktionen, pkt. 1-11. Se også Anders Nørrgaard Laursen, *OECD's Modeloverenskomst og FN's Modeloverenskomst: en sammenligning Skat Udland*, 2014, s. 657-669.

31. Om betydningen af modeloverenskomsten med kommentarer ved fortolkning af konkrete dobbelt-beskatningsoverenskomster se Carlo Garberino: *Judicial Interpretation of Tax Treaties - The Use of The OECD Commentary*, 2016, Michael Lang (red.), *Tax Treaty Interpretation*, 2001 og Frank Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, 2004.

4. Udviklingen i Danmark

Statsskatteloven (SL) fra 1903 knæsatte globalindkomstprincippet i dansk skatteret, da det af loven fremgår, at den skattepligtiges indkomst som udgangspunkt omfatter al indkomst »hvad enten denne hidrører her fra landet eller ikke«, jf. SL § 4. Herved inddrages fuldt skattepligtiges indkomst erhvervet i udlandet under den danske beskatning, hvilket giver basis for, at der kan opstå situationer med international dobbeltbeskatning.³²

Med ændringerne til statsskatteloven i 1922 blev der indført en bestemmelse angående dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. dagældende SL § 50.³³ Bestemmelsen bemyndigede regeringen til under forbehold af gensidighed ved overenskomst at tilstå sådanne lempelser, at dobbeltbeskatning helt eller delvist kunne undgås. At forarbejderne fremgik, at formålet bl.a. var at sikre skatteydere i grænseegnen mod urimeligheder samt at lette skattetrykket for så vidt angik dansk virksomhed i udlandet. Endvidere spillede det en rolle, at beskatningsniveauet generelt syntes at være stigende, samt at der mellem regeringerne i Danmark, Norge og Sverige allerede var opnået enighed om at gennemføre ordninger til modvirkning af dobbeltbeskatning.³⁴

Med vedtagelsen af SL § 50, og senere en tilsvarende bestemmelse i kommuneskattelovens §47, havde Folketinget givet regeringen det fornødne samtykke til at kunne indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med bindende virkning for den danske stat, jf. grundlovens § 19, og samtidig var det sikret, at skatteyderne kunne påberåbe sig indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, når disse var kundgjort.³⁵ I 1953 blev

32. Reelt var selskaber mv. længe undtaget fra globalindkomstprincippet pga. de særlige regler om udlandslempelse, jf. dagældende SL § 6, litra f, sidste pkt. Med vedtagelsen af Selskabsskatteloven i 1960 blev fordelene ved udlandslempelse reduceret, men adgangen til udlandslempelse blev først endeligt afviklet med vedtagelsen af lov nr. 486 af 30. juni 1993. For yderligere om udlandslempelse se Niels Winther-Sørensen, *Beskatning af international erhvervsindkomst*, 2000, s. 330-336.

33. Jf. lov nr. 149 af 10. april 1922.

34. Jf. bemærkningerne til lovforslag af 23. november 1921, *Rigsdagstidende* 1921-22, spalte 3165 f.

35. Jf. Niels Winther Sørensen, *Udviklingen i dansk udlandsskatteret*, SR-Skat 2003, s. 285-299 f. I litteraturen blev det af nogen anført, at bemyndigelsesloven godt nok sikrede, at regeringen kunne indgå overenskomster, men at overenskomsterne ikke dermed kunne anses for gennemført i dansk ret, jf. Isi Foighel, *International*

denne retsstilling videreført med vedtagelsen af den såkaldte bemyndigelseslov, der under forbehold af gensidighed gav regeringen en mere almindelig bemyndigelse til at tilstå de nødvendige lempelser i beskatningen, således at dobbeltbeskatning helt eller delvist kunne undgås, og til at indgå aftaler om gensidig bistand.³⁶

Denne ret til at regeringen, uden Folketingets indblanding, kunne indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster, blev der dog gjort op med i 1994, hvor bemyndigelsesloven blev ophævet.³⁷ Ifølge lovbemærkningerne blev der lagt vægt på, at dobbeltbeskatningsoverenskomster i realiteten betyder, at skatteregler, der er vedtaget af Folketinget, sættes ud af kraft, i det omfang, det er nødvendigt for at overholde overenskomsten. Af denne årsag burde dobbeltbeskatningsoverenskomster godkendes af Folketinget. I grunden var der ikke noget nyt i, at overenskomsterne betød en tilsidesættelse af skatteregler vedtaget af Folketinget, men det har formentlig spillet en rolle, at Danmarks overenskomstnetværk og betydningen heraf var langt større i 1994, end i hhv. 1922 og 1953.* Endvidere var proceduren med indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster uden om Folketinget over årene gentagne gange blevet kritiseret for at være problematisk ud fra et demokratisynspunkt.³⁹

4.1. Mellemkrigsårene

Bemyndigelsen blev i første omgang brugt til at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med Island i 1927 og Tyskland i 1928. Begge overenskomster var dog ganske begrænsede i indhold og omfang, hvorfor

Dobbeltbeskatning, Juristen 1964, s. 143-156. Den overvejende del af litteraturen synes dog ikke at have været enig i dette synspunkt, jf. Niels Winther-Sørensen, Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 42-46.

36. Jf. lov nr. 74 af 31. marts 1953.

37. Jf. lov nr. 945 af 23. november 1994.

38. Forholdet mellem intern dansk ret og folkeret tager udgangspunkt i et dualistisk princip, jf. Peter Germer, Indledning til folkeretten, 4. udg. 2010, s. 94. Danske dobbeltbeskatningsoverenskomster udgør hverken *lex superior* eller *lex specialis*, og forfatningsretligt er der principielt intet til hinder for, at Folketinget vedtager en lov, der er i strid med Danmarks overenskomster. Imidlertid må det antages, at en nyere lovbestemmelse så vidt muligt skal fortolkes på en sådan måde, at den ikke er i konflikt med folkeretten, jf. Aage Michelsen i Michael Lang (red.), Tax Treaty Interpretation, 2000, s. 63 f.

39. Jf. leder i Skattepolitisk Oversigt 1971, s. 89 f., Isi Foighel, Nye internationale komplikationer i skatteretten, Juristen 1982, s. 16-24 og Leif Weizman, Dobbeltbeskatningsaftaleme og demokratiet, Skat Udland, 1994, s. 290-304.

overenskomsten med Sverige fra 1932 normalt regnes for at være Danmarks første egentlige dobbeltbeskatningsoverenskomst.⁴⁰ Overenskomsten med Island var funderet på statsborgerskab og gav statsborgere, der var skattepligtige til begge lande, ret til at forlange, at den pålignede indkomst- og formueskat blev nedsat til det halve i hvert af landene. I relation til dobbeltbeskatning af fast ejendom og indkomst fra erhvervsvirksomhed blev kildelandet tildelt beskatningsretten, mens bopælsstaten skulle lempe. I tillæg hertil indeholdt overenskomsten bestemmelser om fraflytning i løbet af indkomståret og om midlertidigt ophold.⁴¹ Overenskomsten med Tyskland angik ligeledes indkomst- og formueskat, men indeholdt alene en angivelse af de omfattede skatter samt en bestemmelse om, at dobbeltbeskatning skulle løses ved gensidig aftale mellem de administrative myndigheder.

At Danmarks første mere omfattende dobbeltbeskatningsoverenskomst blev indgået med nabolandet Sverige, er ikke overraskende, når der henses til den nære geografiske forbindelse mellem de to lande og det betydelige handelssamkvem. Hermed kan der drages en parallel til de allerførste internationale dobbeltbeskatningsoverenskomster, der i slutningen af 1800-tallet og begyndelsen af 1900-tallet blev indgået mellem nabolande i Centraleuropa.⁴² Idet overenskomsten med Sverige i nogen grad synes at have dannet skole for Danmarks efterfølgende overenskomster, skal der i det følgende ses lidt nærmere på indholdet af den dansk-svenske overenskomst.

Overenskomsten med Sverige fra 1932 havde ganske store ligheder med andre europæiske dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået i den periode, herunder den overenskomst, der året før blev indgået mellem Tyskland og Schweiz.⁴³ Den dansk-svenske overenskomst gjaldt alene direkte skatter og fandt anvendelse for de to landes statsborgere samt danske og svenske juridiske personer. Udgangspunktet for fordelingen af beskatningsretten var, at indkomst og formue kun kunne beskattes i det

40. Jf. Kjeld Rørdam, *Den dansk-svenske dobbeltbeskatningsoverenskomst, Revision og Regnskabsvæsen*, 1953, s. 300-310 og Leif Weizman, *Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue*, 1994, s. 58 (Weizman).

41. En ny og mere omfattende overenskomst blev indgået med Island i 1939, der i store træk var identisk med de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som i 1932 og 1937 var blevet indgået med hhv. Sverige og Finland. Se nærmere herom ndf. Se endvidere Mogens Glistrup, *Skatteret*, 1957, s. 19-24.

42. Se afsnit 2 ovf.

43. Jf. Weizman, s. 58.

land, hvor den skattepligtige var bosat, medmindre andet fremgik af overenskomsten.

Fysiske personer skulle anses for bosat i en af staterne, hvis de dér havde deres faste bopæl og hjemsted. Forelå der ikke fast bopæl og hjemsted i nogen af staterne, skulle den skattepligtige anses for bosat i den stat, hvor de stadigt opholdt sig, dvs. hvor hensigten var ikke blot at opholde sig dér midlertidigt. En skattepligtig person, der hverken havde fast bopæl eller hjemsted, eller havde taget stadigt ophold, men som alligevel var blevet udsat for dobbeltbeskatning, skulle anses for bosat i den stat, hvor den skattepligtige var statsborger. Såfremt der alligevel opstod tvivl, skulle spørgsmålet afgøres ved aftale mellem myndighederne, og myndighederne skulle i den forbindelse tage hensyn til, i hvilken stat den skattepligtige havde centrum for sine interesser. Førte dette heller ikke til et resultat, skulle der lægges vægt på statsborgerskab. Juridiske personer skulle anses for hjemmehørende i den stat, hvor bestyrelsen eller den højeste ledelse havde sit sæde.

Udgangspunktet om at beskatningsretten tilfaldt domicilstaten, blev brudt i en række bestemmelser, hvoraf fulgte, at kun kildelandet kunne beskatte en række nærmere opregnede indkomsttyper. Dette gjaldt indkomst af fast ejendom i kildelandet (beliggenhedslandet) og indkomst fra et fast driftssted i kildelandet. Desuden skulle indkomst fra foretagender, hvis virksomhed bestod i udøvelse af skibs- eller luftfart, kun beskattes i den stat, hvor den virkelige ledelse havde sit sæde. I særlige regler for diplomatiske og konsulære repræsentanter var det fastsat, at selvom overenskomsten med Sverige var baseret på, at enten domicillandet eller kildelandet udelukkende skulle kunne beskatte en given indkomst, så kunne domicillandet basere selve skatteberegningen på den fulde indkomst (dvs. exemptionslempelse med progressionsforbehold).

Det er interessant at se, at denne første egentlige dobbeltbeskatningsoverenskomst indgået af Danmark rummer en række principper, som i større eller mindre omfang også gør sig gældende i Danmarks nugældende dobbeltbeskatningsoverenskomster. F.eks. bygger moderne overenskomster stadig på, at det indledningsvis fastlægges, hvilken stat der er domicilland, hhv. kildeland, og at der herefter sker en fordeling af beskatningsretten i henhold til fordelingsbestemmelser angående forskellige former for indkomst. I den forbindelse er det også værd at bemærke, at økonomisk/faktisk tilhørsforhold tillægges større vægt end nationalitet/statsborgerskab, hvilket princip kan spores helt tilbage til den første internationale dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Preussen og Øst-

rig-Ungarn. Endvidere er det bemærkelsesværdigt, at det stadig aktuelle begreb fast driftssted gør sit indtog allerede i Danmarks første egentlige dobbeltbeskatningsoverenskomst. Den daværende definition synes endda at være nogenlunde i tråd med den nugældende, selvom den var formuleret noget anderledes. Ved fast driftssted skulle således forstås plads, på hvilken der fandtes et særligt anlæg eller var vedtaget bestemmelser for særligt brug ved virksomhedens udøvelse. Fast driftssted skulle endvidere ikke anses for at foreligge blot fordi, der var etableret et datterselskab i den anden stat eller ved brug af en uafhængig repræsentant.

Som anført oven for synes dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Sverige i nogen grad at have dannet skole for de efterfølgende overenskomster, herunder overenskomsten med Finland fra 1937 (som dog ikke indeholdt et progressionsforbehold, og som behandlede tilfælde af flytning mellem landene anderledes), og nye overenskomster med Island og Tyskland fra 1939.⁴⁾ Ved 2. Verdenskrigs start havde Danmark således indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med fire lande. Derudover havde Danmark indgået en række mere snævre aftaler med andre lande om gensidig fritagelse for indkomst hidrørende fra rederivirksomhed/⁵⁾

4.2. Årene efter 2. Verdenskrig (1946-1962)

Under 2. Verdenskrig indgik Danmark ingen nye dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvorfor overenskomsten med Norge fra 1946 var den første udvidelse af Danmarks overenskomstnetværk i en årrække. Som sådan var overenskomsten med Norge dog ikke epokegørende, da den i

44. Danmarks øvrige overenskomster var på daværende tidspunkt baseret på en grundlæggende opfattelse af dobbeltbeskatning som værende den situation, hvor skatteyderen i samme skattepligtsperiode var fuldt skattepligtig til begge lande. Overenskomsten med Finland var derimod baseret på en mere moderne opfattelse af dobbeltbeskatning som den situation, hvor skatteyderen blev beskattet af samme indkomsttype i begge lande, f.eks. fordi skatteyderen var fuldt skattepligtig til det ene land og begrænset skattepligtig til det andet land. De nævnte udgangspunkter anvendtes dog ikke rent, og betydningen af denne forskel i opfattelse trådte tydeligst frem ved personers flytning mellem aftalelandene. For yderligere herom se E. Thielsen, Om international dobbeltbeskatning, Revision og Regnskabsvæsen, 1959, s. 117-134 og B. Blume, Vore dobbeltbeskatningsoverenskomster og deres praktisering, Skattepolitisk Oversigt, 1960, s. 148-162.

45. For en fuldstændig oversigt se Erik Møller, Oversigt pr. 15. februar 1963, Revision og Regnskabsvæsen, 1963, s. 59-68 og 103-119.

vidt omfang svarede til de overenskomster, der var blevet indgået med de øvrige nordiske lande inden krigens udbrud.⁴⁶

Anderledes forholdt det sig med dobbeltbeskatningsoverenskomsten med USA indgået i 1948, der, sammen med London-modeloverenskomsten af 1946, synes at have påvirket Danmarks indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster helt frem mod tilblivelsen af OECD's modeloverenskomst i 1963.⁴⁷ Der skal derfor i det følgende knyttes nogle kommentarer til den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Overenskomsten med USA omhandlede direkte skatter og ikke formueskat. Til forskel fra de af Danmark tidligere indgåede overenskomster omfattede overenskomsten med USA ikke kun statsborgere i de to overenskomststater, men alle personer, der opfyldt betingelserne for skattepligt i de to stater. En anden nyskabelse set fra et dansk perspektiv var overenskomstens lempelsesbestemmelse, der foreskrev lempelse i domicillandet efter metoden *almindelig credit*, mens Danmarks øvrige overenskomster hidtil havde været baseret på eksemptionslempelse (som oftest med progressionsforbehold). Dette indebar, at domicillandet kunne beskatte hele skatteyderens indkomst, men således at der i de beregnede skatter skulle gives nedslag for de skatter, som kildelandet var tillagt beskatningsret til (maksimeret til det beløb, der forholdsmæssigt faldt på den i kildelandet beskattede indkomst). Desuden indeholdt USA-overenskomsten en mere detaljeret regulering af faste driftssteder, en bestemmelse om regulering af indkomstgrundlaget, specifikke fordelingsbestemmelser angående udbytter, renter og royalties, bestemmelser om indkomst fra offentligt erhverv og vederlag for personligt arbejde inklusiv pensioner samt særregler for studerende og professorer. Derudover inkluderedes bestemmelser vedrørende ikke-diskrimination, bistand ved skatteopkrævning og udveksling af oplysninger.⁴⁸

Generelt synes samtiden at have opfattet USA-overenskomsten som svært tilgængelig, og særligt den nye systematik baseret på princippet om

46. Om Danmarks første overenskomster med Norge se Kjeld Rørdam, Den dansk/norske dobbeltbeskatningsoverenskomst, Revision og Regnskabsvæsen, 1959, s. 7-18.

47. Jf. Weizman, s. 58.

48. For en gennemgang af USA-overenskomsten af 1946 se Kjeld Rørdam, Den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst, Revision og Regnskabsvæsen, 1957, s. 267-280.

creditlempelse blev kritiseret for at være noget tung og kompliceret.⁴⁹ Alligevel blev USA-overenskomsten lagt til grund for indgåelsen af overenskomsten med Storbritannien i 1950. Der var dog også forskelle de to overenskomster imellem, idet USA-overenskomsten bl.a. anvendte princippet om *force of attraction* for allokering af indkomst til et fast driftssted. Endvidere indeholdt overenskomsten med Storbritannien f.eks. den senere almindeligt praktiserede fortolkningsregel, der foreskrev, at et hvert udtryk i overenskomsten, som ikke på anden vis var defineret, skulle tillægges den betydning, som udtrykket havde i intern ret, medmindre andet fulgte af sammenhængen.

USA-overenskomsten, med de justeringer som fulgte af overenskomsten med Storbritannien, synes i vidt omfang at have dannet grundlag for mange af Danmarks nye eller genforhandlede overenskomster i de følgende år, herunder overenskomsten med Canada fra 1955, selvom der også blev plads til yderligere udvikling. Bl.a. indeholdt overenskomsterne med USA og Storbritannien ikke en dobbeltdomicilklausul, hvilket de efterfølgende overenskomster i perioden gjorde, dog undtaget overenskomsterne med Indien, Japan og Pakistan.⁵⁰ F.eks. indeholdt de nye overenskomster med Norge og Sverige fra hhv. 1957 og 1958 en egentlig moderne dobbeltdomicilklausul for fysiske personer.⁵¹ Klausulen fastslog indledningsvis, at en fysisk person skulle anses for at være bosat i en af staterne, hvis han dér havde fast bopæl og hjemsted, stadigt opholdt sig dér, eller i øvrigt i henseende til beskatning dér skulle behandles på samme måde som en i staten bosat person. Såfremt dette medførte, at den skattepligtige måtte anses for bosat i begge stater, skulle han ved anvendelse af overenskomsten anses for bosat i den stat, med hvilken han havde de stærkeste personlige og økonomiske forbindelser. Kunne spørgsmålet heller ikke på den baggrund afklares, skulle personen anses for at være bosat i den stat, i hvilken han var statsborger. Var personen ikke

49. Jf. Mogens Glistrup, *Skatteret*, 1957, s. 23, Kjeld Rørdam, *Den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst, Revision og Regnskabsvæsen*, 1957, s. 267-280 samt B. Blume, *Vore dobbeltbeskatningsoverenskomster og deres praktisering*, *Skattepolitisk Oversigt*, 1960, s. 148-162. Sidstnævnte tilføjer dog, at *creditsystemet* alligevel må anses for det mest rimelige.

50. Jf. Thøger Nielsen, *Indkomstbeskatning II*. Bind, 1972, s. 542 f.

51. En ny overenskomst var også indgået med Sverige i 1953, men denne svarede i store træk til den første overenskomst indgået i 1932, jf. Kjeld Rørdam, *Den dansk-svenske dobbeltbeskatningsoverenskomst, Revision og Regnskabsvæsen*, 1954, s. 285-287.

statsborger i nogen af staterne, skulle de kompetente myndigheder træffe afgørelse fra tilfælde til tilfælde.

Ud over de allerede nævnte dobbeltbeskatningsoverenskomster indgik eller genforhandlede Danmark dobbeltbeskatningsoverenskomster med følgende lande i perioden frem til og med 1962: Frankrig (1957), Holland (1957), Schweiz (1957), Japan (1959), Indien (1959), Pakistan (1961), Østrig (1961) og Tyskland (1962). I alt var Danmark således ved udgangen af 1962 oppe på 16 underskrevne dobbeltbeskatningsoverenskomster, og i tillæg hertil havde Danmark nu indgået et antal mere snævre aftaler om gensidig fritagelse for indkomst hidrørende fra rederivirksomhed og luftfart, om undgåelse af dobbeltbeskatning af arvemidler samt om bistand i skattesager.⁵² Generelt var perioden fra 2. Verdenskrigs afslutning til og med 1962 således kendetegnet ved en ganske betydelig ekspansion af Danmarks overenskomstnetværk, og samtidig var indholdet af overenskomsterne på flere områder blevet udvidet og gjort mere detaljeret.⁵³ Denne trang til at indgå yderligere overenskomster må formentlig tilskrives skatternes voksende størrelse i perioden samt ønsket om et større internationalt samkvem.*¹

4.3. Årene efter tilblivelsen af OECD's modeloverenskomst (1963-76)

Som tidligere nævnt blev et endeligt udkast til OECD's modeloverenskomst med kommentarer offentliggjort i 1963. Selvom Danmarks forhandlingsoplæg til nye dobbeltbeskatningsoverenskomster siden hen har taget udgangspunkt i OECD-modellen,⁵⁴ ændrede offentliggørelsen af

52. For en fuldstændig oversigt se Erik Møller, *Oversigt pr. 15. februar 1963, Revision og Regnskabsvæsen*, 1963, s. 59-68 og 103-119 samt Erik Møller, *Oversigt over Danmarks overenskomster til undgåelse af dobbeltbeskatning, Revision og Regnskabsvæsen*, 1966, s. 317-385. I øvrigt skal det nævnes, at anvendelsesområdet for overenskomsterne med især Storbritannien og Holland hen over årene gentagne gange blev udvidet til også at gælde disse landes (tidligere) kolonier.

53. For yderligere om Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster i denne periode se Palle Rasmussen, *Dobbeltbeskatningsaftaler, Revision og Regnskabsvæsen*, 1958, s. 289-299 og Sv. Rehling Sørensen, *Om samspillet mellem dobbeltbeskatningsaftaler og interne danske skatteregler, Skattepolitisk Oversigt*, 1960, s. 270-275. Se endvidere Erik Møller, *Dansk rets regler om begrænset skattepligt, Revision og Regnskabsvæsen*, 1963, s. 8-18 og 37-46.

54. Jf. Isi Foighel, *Skatteretlig Orientering, Juristen* 1964, s. 143-156.

55. Jf. Peter Loft, Paul Krüger-Andersen et al., *Festskrift til Aage Michelsen*, 2000, s. 277-289. Se også Anders Oreby Hansen & Nikolaj Bjørholm, *Lempelse af dobbeltbeskatning*, 2002, s. 30 f.

modellen ikke fundamentalt på Danmarks indgåelse af nye overenskomster.⁵⁶ Dette skyldtes primært, at OECD-modellen tog udgangspunkt i London-modeloverenskomsten fra 1946 og en række rapporter, der løbende var blevet offentliggjort i perioden op til 1962. Disse havde således allerede haft en vis effekt på Danmarks indgåede overenskomster. Endvidere byggede OECD-modellen i vidt omfang på de erfaringer, som medlemslandene allerede havde gjort sig ved forhandling af deres bilaterale overenskomster.

Modsat en del af de andre OECD-lande havde Danmark ikke taget et eneste forbehold til modeloverenskomsten fra 1962, hvilket Thøger Nielsen indirekte kritiserede ganske hårdt i forbindelse med en diskussion af OECD-modellens præference for domicillandsbeskatning frem for kilde-landsbeskatning:⁵⁷

»Et lille land som Danmark, der i høj grad kunne være interesseret i en øget adgang til beskatning af indkomst, der flyder til udlandet, følger tilsyneladende uden indvendinger OECD-forslaget. Egentlige kildelandstraktater synes man fra dansk side kun at indlade sig på, når kravet herom kommer udefra. I internationale forhold savner Danmark hyppigt både den idérigdom og den politiske styrke, som er forudsætningen for at indtage et selvstændigt standpunkt.«

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 1966 med Italien var den første, Danmark indgik med et andet OECD-medlemsland efter 1962-modellens offentliggørelse. Overenskomsten med Italien fulgte da også i vidt omfang OECD-modellen, selvom man også kunne finde en række afvigelser, der afspejlede Danmarks særlige præferencer i forhold til behandlingen af pensioner, kulbrintevirksomhed og det statslige luftfartsselskab SAS.⁵⁸

I det hele taget indgik og genforhandlede Danmark i perioden fra 1963 og til og med 1976 et ikke uvæsentligt antal overenskomster. Dette resulterede i, at Danmark ved periodens udgang havde indgået mere end 30 dobbeltbeskatningsoverenskomster. En del af disse blev indgået med udviklingslande og indeholdt ganske ofte en udvidet beskatningsret til kilde-landet samt lempelsesbestemmelser baseret på metoden *matching credit*, jf. f.eks. dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 1965 med det daværende udviklingsland Israel. I slutningen af perioden indgik Danmark endvide-

56. Jf. Weizman, s. 58.

57. Jf. Thøger Nielsen, s. 483.

58. Som beskrevet ndf. i afsnit 4.5 er det da også områder, hvorpå Danmark senere har taget egentlige forbehold i OECD-modellen.

re for første gang dobbeltbeskatningsoverenskomster med planøkonomiske lande (lande fra Østblokken), jf. overenskomsterne med Polen og Rumænien fra 1976.

Selvom perioden fra Danmarks side synes præget af en stor lyst til at indgå nye dobbeltbeskatningsoverenskomster, blev man fra dansk side henimod periodens slutning, dog i højere grad også opmærksom på nogle af de ulemper, indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster kunne medføre, herunder særligt i forhold til misbrug af overenskomsterne. I 1973 indførtes derfor i varelagerlovens § 5a en særlig værnsregel, der skulle forhindre misbrug af overenskomster, hvor lempelsesmetoden var baseret på eksemptionsprincippet. Misbruget bestod i korte træk i at få indkomsten i et udenlandsk fast driftssted eller en fast ejendom til at svinge fra år til år, f.eks. ved brug af bestemmelserne om op- og nedskrivning af varelagre. Herved kunne skatteyderen opnå en situation, hvor der i år med udenlandske underskud kunne ske modregning i anden skattepligtig indkomst, mens Danmark i år med overskud ikke ville kunne beskatte den udenlandske indkomst pga. eksemptionslempelsen.⁶⁰ Denne interne værnsregel fik senere hen selskab af en hel række yderligere regler, der ligeledes skulle dæmme op for misbrug af Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁶¹

Den tiltagende opmærksomhed på misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster fik også indflydelse på Danmarks forhandlingspolitik. Hidtil havde valget mellem brug af eksemptions- og creditlempelse i høj grad været præget af, hvilket land Danmark indgik overenskomst med, og den overvejende del af overenskomsterne anvendte rent faktisk eksemptionslempelse.“ Dette ændredes nu markant, idet Danmark siden

59. Jf. lov nr. 202 af 12. april 1973.

60. For yderligere herom se Niels Winther Sørensen, *Udviklingen i dansk udlandsskatteret*, SR-Skat, 2003, s. 285 f.

61. Se afsnit 4.4 ndf. For en oversigt over disse regler se endvidere Jens Wittendorff i Jakob Bundgaard et al.: *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten*, 2015, s. 302 f.

62. For en oversigt over lempelsesmetodeme anvendt i Danmarks dagældende overenskomster se Thøger Nielsen, s. 581 f.

hen har insisteret på anvendelse af creditmetoden ved forhandling og genforhandling af overenskomster.⁶³

4.4. Arene efter den første opdatering af OECD's modeloverenskomst (1977-1991)

I 1977 offentliggjorde OECD en opdateret version af modeloverenskomsten med kommentarer. I forhold til udgaven fra 1963 var justeringerne forholdsvis ubetydelige, og angik primært kommentarerne, som blev gjort mere omfangsrige. Antallet af forbehold taget af medlemslandene var steget, ligesom nogle lande nu havde fået indsat observationer i kommentarerne.⁶⁴ Danmark havde dog stadig ikke taget nogle forbehold, og havde heller ikke fået indsat observationer. Samlet set medførte 1977-modellen da heller ikke nogen nævneværdig ændring af den danske forhandlingspolitik.⁶⁵

Danmarks overenskomstnetværk blev ved med at vokse betydeligt i perioden, og ved dennes udgang havde Danmark indgået omkring 50 dobbeltbeskatningsoverenskomster. I den forbindelse må det endda tages i betragtning, at Danmarks bilaterale overenskomster med Sverige, Norge, Island og Finland i 1983 var blevet erstattet med én multilateral nordisk overenskomst. Tilløbet til en multilateral overenskomst blev allerede taget i 1964, hvor Nordisk Råd henstillede til, at medlemslandene skulle undersøge forudsætningerne for en fælles nordisk multilateral overenskomst. I første omgang valgte man dog at afvente det arbejde, som pågik mellem EFTA's medlemslande ligeledes med henblik på at etablere en multilateral overenskomst. Da bestræbelserne i regi af EFTA imidlertid faldt til jorden efter en årrække, fortsatte de nordiske lande arbejdet med at udarbejde en multilateral overenskomst. Forhandlingerne herom blev afsluttet i 1980, og i 1983 underskrev repræsentanter fra de fem nordiske lande den multilaterale overenskomst, som dermed blev den første af sin art.⁶⁶

63. Jf. Peter Loft, Paul Krüger-Andersen et al., Festskrift til Aage Michelsen, 2000, s. 277-289 samt Niels Winther Sørensen, Udviklingen i dansk udlandsskatteret, SR-Skat, 2003, s. 285 f.

64. Jf. Klaus Vogel, Double Tax Treaties and Their Interpretation, Berkeley Journal of International Law, 1986, s. 1-85.

65. Jf. Weizman, s. 62 f.

66. Jf. Edward Andersson et al., Det nordiska skatteavtalet med kommentarer, 1986, s. 15-28.

Fordelene ved en multilateral overenskomst frem for bilaterale overenskomster skulle bl.a. være, at det i højere grad ville være muligt at løse dobbeltbeskatningssituationer, der involverede mere end to stater, ligesom *treaty shopping* bedre kunne imødegås. En multilateral aftale forudsatte dog, at de involverede landes skattepligtsregler og forhandlingspræferencer ikke var alt for forskellige. Dette syntes imidlertid netop at være tilfældet vedrørende de nordiske lande, hvorfor den multilaterale overenskomst kunne blive en realitet. Overenskomsten byggede hovedsageligt på OECD's modeloverenskomst, men indeholdt også visse afvigelser. Nogle afvigelser skyldtes landenes særlige præferencer, herunder Danmarks ønske om som kildeland at kunne beskatte pensioner, mens andre afvigelser var foranlediget af det faktum, at en multilateral overenskomst krævede en række tilføjelser, der skulle afklare situationer, hvor mere end to lande var involveret. Den nordiske overenskomst blev undergivet en opdatering i 1989, hvor også Færøerne blev inddraget som aftalepart.⁶⁷

Selvom Danmark stadig syntes opsat på kontinuerligt at udvide overenskomstnetværket, kan der i løbet af 1980'erne spores en fortsat tiltagende opmærksomhed angående problemer med misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. I 1983 nedsatte regeringen et udvalg, der skulle undersøge problemer med såkaldt skatteflugt fra Danmark, herunder ved misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster. I udvalgets betænkning fra 1985 anførtes det om dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, at det fortsat var overenskomster med eksemptionslempelse, der frembød de største problemer (på trods af det ovf. nævnte indgreb vedrørende varrelagerloven). I den forbindelse anbefalede udvalget, at Danmark skulle fortsætte linjen med at insistere på creditmetoden ved forhandling og genforhandling af overenskomster. Da udvalget med rette forudså, at der ville gå en betydelig tid, før alle de dagældende eksemptionsoverenskomster ville være ændret, foreslog udvalget, at der skulle indføres interne danske væmsregler, som kunne dæmme op for disse former for misbrug. På den baggrund foreslog udvalget, at der indførtes en regel om genbeskatning af tidligere fratrukne udenlandske underskud.⁶⁸

Udvalget konstaterede også, at visse problemer med misbrug herskede i relation til (manglende) dansk kildebeskatning og brugen af Danmark som såkaldt transitland (*stepping stone jurisdiction*). Udvalget foreslog der-

67. Jf. Mogens Rasmussen, *Ny Nordisk dobbeltbeskatningsoverenskomst*, Skat Udeland, 1990, s. 3-7.

68. Jf. Betænkning nr. 1060, 1985, s. 124-127.

for, at den begrænsede skattepligt til Danmark blev udvidet til også at omfatte royalties og eventuelt renter. Endvidere foreslog udvalget bl.a., at der indførtes interne regler til hindring af dobbeltfradrag, at Danmark i overenskomsterne fik indføjet adgang til subsidier beskatningsret og anti-misbrugs klausuler, samt at overenskomsterne med en række lavskattelænder blev ændret. Udvalget var opmærksomt på, at nogle af de foreslåede tiltag primært ville værne mod at andre lande tabte skatteprovenu, men konstaterede at Danmark også burde »fejle for egen dør«, idet Danmark internationalt efterspurgt andre landes støtte til at bekæmpe skatteflugt.⁶⁹

Som det vil fremgå ndf., nød en række af disse forslag efterfølgende fremme.⁷⁰ Dette skete bl.a. i forbindelse med vedtagelsen af den såkaldte skatteflugtspakke, der også indeholdt regler om exit-beskatning ved fraflytning af f.eks. aktieavancer og større pensionsindbetalinger.⁷¹ Desuden begyndte Danmark fra 1986 og frem at opsigte overenskomster med en række primært oversøiske lande, der tidligere havde henhørt til Storbritannien eller Holland som kolonier. I forbindelse med den omfattende afkolonisering havde landene i et vist omfang succederet i overenskomsterne med Storbritannien eller Holland. Da en del af landene imidlertid havde udviklet sig til egentlige lavskattelænder valgte man fra dansk side at opsigte overenskomsten for så vidt angik disse lavskattelænder.⁷²

I relation til udvalgets forslag om i overenskomsterne at indføje adgang til subsidier beskatningsret og egentlige anti-misbrugs klausuler forekommer resultaterne dog mere blandede. Der opstod således ikke tradition for at medtage generelle misbrugs klausuler i Danmarks overenskomster, ligesom det ikke blev almindeligt at inkludere en bestemmelse i overenskomsterne, der eksplicit fastslog, at staterne kunne anvende in-

69. Jf. Betænkning nr. 1060, 1985, s. 127-135.

70. Om udviklingen i bestemmelserne om selskabers begrænsede skattepligt til Danmark se Jane Ferniss, Udviklingen i selskaber og foreningers skattepligt til Danmark, Tidsskrift for skatter & afgifter, 2010, s. 1899-1913.

71. Om forslagene til lovpakken se Søren Bjerre-Nielsen, Flugten fra skatten er snart ikke længere hvad den har været, Revision og Regnskabsvæsen, 1987, s. 59-66.

72. Jf. Jens William Grav, Dobbeltbeskatning - gamle engelske kolonier - 1950 UK-overenskomst, Tidsskrift for skatter og afgifter, 1986. Se endvidere Weizman, s. 77.

terne værneregler.⁷³ Til gengæld begyndte bestemmelser om subsidiaer beskatningsret at indfinde sig i en række af Danmarks overenskomster.⁷⁴

4.5. Årene efter den anden opdatering af OECD's modeloverenskomst (1992-2002)

I 1992 blev der igen udsendt en ny og revideret version af OECD's modeloverenskomst med kommentarer. Ændringerne var i vidt omfang baseret på de forslag, som en række OECD-rapporter havde bragt i spil i årene forud for offentliggørelsen af 1992-modellen. Kun få af ændringerne angik selve modeloverenskomsten. Til gengæld blev der foretaget en række vigtige ændringer og tilføjelser i kommentarerne. En del af ændringerne angik de tiltagende problemer med international skatteflugt i forbindelse med misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster. Herudover angik ændringerne bl.a. fast driftssted, betalinger for computersoftware, leasingbetalinger, medarbejderes bidrag til udenlandske pensionsordninger, ikke-diskriminering samt de såkaldte triangulære beskatningssituationer. Endvidere var det en nyskabelse, at modellen med kommentarer udkom som Løsbladssystem, således at den fremadrettet kunne opdateres løbende.⁷⁵

I forbindelse med opdateringen af OECD's modeloverenskomst med kommentarer i 1992 havde Danmark benyttet sig af lejligheden til at tage forbehold i relation til enkelte artikler i modellen, hvor en afvigelse havde særlig interesse for Danmark. Disse forbehold afspejlede i vid udstrækning, hvordan Danmarks forhandlingspolitik allerede tog sig ud forinden.⁷⁶ I 1992-modellen fik Danmark således indsat forbehold til art. 5 om fast driftssted og art. 13 om kapitalgevinster for så vidt angik kulbrintevirksomhed. Mere præcist indebar de to forbehold, at Danmark forbeholdt sig ret til at indsætte særlige bestemmelser, der forskrev, at et foretagende, der anvendte en installation, en borerig eller et skib til efter-

73. Jf. Jakob Bundgaard & Peter Koerver Schmidt, Denmark, *Cahiers de droit fiscal international*, 2010, vol. 95a, s. 261-279.

74. Jf. Jens Wittendorff i Jakob Bundgaard et al., *Den evige udfordring - omgæelse og misbrug i skatteretten*, 2015, p. 299.

75. Jf. Jens Wittendorff, *Ny OECD Modeloverenskomst*, SR-Skat, 1992, s. 434-446 og Mogens Rasmussen, *Ny OECD modeloverenskomst vedrørende indkomst og formue*, Skat Udland, 1992, s. 380-384.

76. Om Danmarks forhandlingspolitik forud for 1992-modellen se Jonna Sneum, *Forhandling af dobbeltbeskatningsoverenskomster og visse aspekter af disse*, Skat Udland, 1990, s. 140-149.

forskning af naturforekomster på et andet lands område, udgjorde et fast driftssted.⁷⁷

For så vidt angik det statslige luftfartsselskab SAS havde Danmark samt i øvrigt også Sverige og Norge, taget forbehold i art. 8 om international trafik, art. 13 om kapitalgevinster, art. 15 om beskatning af lønindkomst og art. 22 om formueskat. Forbeholdene vedrørende art. 8, 13 og 15 skulle indikere, at Danmark ønskede, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten kun skulle gælde for den danske ejerandel af et internationalt konsortium, der drev international skibs- eller luftfartsvirksomhed. Forbeholdet til art. 15 indikerede, at i tilfælde, hvor en person var hjemmehørende i Danmark og modtog vederlag for personligt arbejde udført på et luftfartøj drevet af SAS i international trafik, skulle vederlaget kun kunne beskattes i Danmark.

Danmark havde i forhold til art. 10 og 13 endvidere fået indsat et forbehold vedrørende tilbagesalg af aktier til det udstedende selskab, idet Danmark ønskede at behandle overdragelsessummen ved et tilbagesalg som udbytte og ikke aktieavance. Endelig og nok væsentligst havde Danmark fået indsat et forbehold vedrørende art. 18 om pensioner, idet Danmark ønskede beskatningsretten tillagt kildelandet. I relation til private pensioner udsprang dette ønske af, at der efter dansk ret var (og fortsat er) fradrag eller bortseelsesret for indskud på pensionsordninger. Efter dansk opfattelse var det derfor vigtigt, at beskatningsretten tilfaldt den stat, som havde båret fradragene. Også for så vidt angik sociale pensioner ønskede Danmark at sikre kildelandsbeskatning. Her var baggrunden, at de danske sociale pensioner var fastsat på et niveau, så de kunne rumme almindelig dansk beskatning. Hvis sådanne pensioner kun kunne beskattes i domicillandet, og domicillandet anvendte en lav skat eller slet ikke beskattede den pågældende indkomsttype, ville det medføre et nettopensionsbeløb, der lå ud over det tilsigtede.⁷⁸

77. Om de danske afvigelser til modeloverenskomsten se Sven Ulstrup, Den danske »model«-overenskomst, Skat Udland, 2001, s. 160-166. Forfatteren beskriver endvidere, hvordan tidligere danske overenskomster ofte indeholdt en meget omfattende bestemmelse om kulbrinteaktivitet.

78. Jf. Sven Ulstrup, Den danske »model«-overenskomst, Skat Udland, 2001, s. 160-166. Med undtagelse af forbeholdet til art. 18 om pension består alle de nævnte danske forbehold endnu, jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, 2014. Ophævelsen af Danmarks forbehold til art. 18 skyldes givetvis, at kommentarerne til modeloverenskomsten blev ændret i 2005, hvorved forskellige alternativer omfattende kildebeskatning også omtales. Det er således stadig Danmarks

Selvom Danmark i perioden forsat udvidede sit overenskomstnetværk, havde Danmark samtidig fokus på at genforhandle en række aftaler for bl.a. at forhindre misbrugsmuligheder. Et eksempel herpå var dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Irland, hvor parterne efter en årrække nåede til enighed om en ny overenskomst i 1993. Danmarks ønske om en ny overenskomst skyldtes, at de danske myndigheder fortolkede overenskomsten på den måde, at det var Irland, der havde beskatningsretten til udbytte udbetalt fra irske selskaber til aktionærer hjemmehørende i Danmark. Da overenskomstens lempelsesbestemmelse samtidig var baseret på exemption med progressionsforbehold blev resultatet, at udbytte fra irske selskaber til aktionærer i Danmark slet ikke kunne beskattes i Danmark. Kombineret med at Irland beskattede visse finansselskaber med en sats på kun 10 %, ansås den samlede skat af danske aktionærers investeringer i sådanne selskaber for utilbørlig lav.⁷⁹

Selvom forhandlingerne med Irland på ingen måde havde været nemme, udviklede forholdet mellem Danmark og Portugal sig endnu mere dramatisk, idet Danmark i 1995 valgte helt at opsige overenskomsten med Portugal. Baggrunden var dels en optimeringsmodel, der benyttede sig af, at Danmark skulle lempe beskatningen af udbytte fra portugisiske selskaber efter exemptionsmetoden, dels at Portugal havde indført et særligt lempeligt skatteregime på øen Madeira. Såfremt et dansk selskab optog et stort lån og videreudlånede provenuet til et til lejligheden erhvervet selskab på Madeira, kunne der således opnås en situation, hvor det danske moderselskab fik fradrag for renteudgifterne, selskabet på Madeira ikke blev beskattet af renteindtægterne, og det danske moderselskab efter overenskomsten kunne hjemtage renteudgifterne som skattefrit udbytte.⁸⁰ Opsigelsen kunne selvsagt give anledning til betydelige skattemæssige konsekvenser for personer og selskaber med grænseoverskridende aktiviteter mellem de to lande, og en løsning fandt man ikke før

overenskomspolitik at forsøge at sikre, at Danmark som kildeland kan beskatte pensioner. Om reguleringen af pensioner i Danmarks overenskomster se i øvrigt Benedicte Wiberg, Beskatning af private pensionsordninger i de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre lande i EU, Skat Udland, 2012, s. 319-333.

79. Jf. Aage Michelsen, Dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og Irland af 26/3 1993, SR-Skat, 1994, s. 47-53.

80. Jf. Niels Hansen, Misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster, SR-Skat, 1994, s. 222-225.

2000, hvor landene blev enige om en ny overenskomst, der i vidt omfang svarede til OECD's modeloverenskomst.

Det var dog ikke kun i selve dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, at Danmark i perioden gjorde sig anstrengelser for at imødegå misbrug. Perioden bød således også på yderligere værnsregler i intern ret, der føjede sig til de lovindgreb, som allerede var foretaget, herunder den tidligere omtalte ændring til varelagerloven i 1973 og Skatteflugtspakken fra 1987. Bl.a. indførtes der fra begyndelsen af 1990'erne og frem bestemmelser, som skulle begrænse fradragsretten for tab på udenlandske aktier i visse situationer, sikre genbeskatning af tidligere fratrukne udenlandske underskud, sikre at der kun kunne fratrækkes udgifter, som vedrørte indkomst, som Danmark efter en overenskomst kunne beskatte, sikre at den lempelsesberettigede indkomst blev opgjort efter et nettoprincip,⁸¹ hindre udnyttelse af eksemptionsoverenskomster i forbindelse med lånefinansieret opkøb af fordringer og aktier, yderligere sikre exit-beskatning ved fraflytning og imødegå at afskrivningsregler blev brugt til indkomstregulering i udenlandske faste driftsteder og sambeskattede datterselskaber.⁸²

Disse værnsregler havde alle en tæt tilknytning til Danmarks bestræbelser på at forhindre misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster. Imidlertid indførte Danmark i perioden også en række andre værnsregler, der ikke direkte vedrørte misbrug af overenskomsterne, men som stadig havde et klart internationalt tilsnit. Prominente eksempler herpå var reglerne om tynd kapitalisering og CFC-beskatning, der blev indført i hhv. 1995 og 1998.⁸³

Til trods for at der i dansk skatteret ikke findes eksempler på, at lovgiver bevidst har ønsket at vedtage en lov, der medfører beskatning i strid med Danmarks folkeretlige forpligtelser, opstod der i litteraturen diskussion om, hvorvidt nogle af ovennævnte værnsregler potentielt kunne være i strid med Danmarks forpligtelser efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Især angik diskussionen, hvorvidt de danske regler om exit-beskatning af

81. Se Jakob Bundgaard et al., *Nettoprincippets betydning ved lempelsesberegning*, Tidsskrift for skatter & afgifter 2014, s. 714-722.

82. Se Aage Michelsen, *International skat og relationerne til dansk beskatning*, SR-Skat, 1999, s. 180-187. For en opdateret oversigt over disse mange værnsregler se Jens Wittendorff i Jakob Bundgaard et al. (red.): *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten*, 2015, s. 302 f.

83. For yderligere om disse reglers tilblivelse se henholdsvis Peter Koerver Schmidt, *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 100-114 og Michael Tell, *Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter*, 2012, s. 47 f.

aktieavancer ved fraflytning stred mod Danmarks forpligtelser. Synspunkterne i litteraturen var modstridende, og usikkerheden medførte da også, at Danmark i flere overenskomster efterfølgende sørgede for, at der blev indsat en bestemmelse, som eksplicit tilkendegav, at Danmark havde ret til at gennemføre exitbeskatning.⁸⁴ Herudover har diskussionerne primært drejet sig om, hvorvidt CFC-reglerne og senere reglerne om arbejdsudleje var i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsteme.⁸⁵

Selvom lovgivers bestræbelser i perioden for en stor del angik bekæmpelse af misbrug, er det værd at bemærke den ændring i reglerne om selskabers begrænsede skattepligt af udbytter, der blev vedtaget i 1998.⁸⁶ Ændringen medførte, at udbytter udloddet til udenlandske moderselskaber ikke blev undergivet begrænset skattepligt, uanset hvor moderselskabet var hjemmehørende. Baggrunden for ændringen var dels administrative besværligheder med at håndtere de hidtil gældende regler, dels et ønske om at blive attraktivt som investeringsland. Sidstnævnte syntes rent faktisk at blive en realitet, idet udenlandske koncerner og investorer begyndte at etablere danske holdingselskaber med det formål at omgå andre landes udbyttebeskatning. Som en konsekvens modtog Danmark kritik fra internationalt hold, og i en rapport fra den såkaldte Primarolo-gruppe blev de danske udbytteregler listet som stridende mod adfærdskodekset for erhvervsbeskatning.⁸⁷ Reglerne blev derfor strammet igen i 2001,⁸⁸ hvilket da også synes at harmonere bedre med de tidligere tilkendegivelser om at »fejle for egen dør først«.⁸⁹

Med stramningen i 2001 var Danmark således tilbage på det tidligere fulgte spor, og samlet set stod ved periodens udgang i 2002 tilbage, at

84. Om denne diskussion på daværende tidspunkt se Aage Michelsen, *International skatteret*, 2. udg. 1996, s. 283-285.

85. Om diskussionen i relation til CFC-beskatning se Peter Koerver Schmidt, *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 363 et seq. For en oversigt over den senere diskussion vedrørende arbejdsudleje se Jens Wittendorff i Jakob Bundgaard et al. (red.): *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten*, 2015, s. 312 f.

86. Jf. lov nr. 1026 af 23. december 1998.

87. Jf. *Report from the Code of Conduct Group on Business Taxation (The Primarolo Report)*, Annex C, 1998.

88. Jf. lov nr. 282 af 25. april 2001.

89. Om stramningerne og baggrunden herfor se Anne Katrine Føgh & Camilla Vinther, *Nye holdingregier vedtaget*, Skat Udland, 2001, s. 364-366 samt Nikolaj Bjørnholm, L 99 - Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, Skat Udland, 2000, s. 570-572.

dansk udlandsskatteret nu indeholdt ganske restriktive regler, herunder et betydeligt antal værnsregler, der skulle hindre international skatteflugt. Til gengæld var Danmarks overenskomstnetværk igen vokset, således at der ved periodens udgang var indgået omkring 60 egentlige dobbeltbeskatningsoverenskomster. Endvidere var en lang række overenskomster blevet genforhandlet i perioden,* herunder også den ny overenskomst med USA fra 1999, der dermed afløste Danmarks på dette tidspunkt ældste overenskomst fra 1948, og som for første gang introducerede en *limitation of benefits-klausul* i en dansk overenskomst.”

4.6. Perioden frem til i dag (2003-2017)

Efter 1992 var OECD som nævnt gået over til mere løbende at opdatere modeloverenskomsten med kommentarer. De enkelte opdateringer skal ikke omtales nærmere her, om end det er værd at bemærke, at OECD i 2003-opdateringen strammede skruen mht. imødegåelse af skatteudnyttelse. F.eks. fremgik det nu direkte i kommentarerne som et selvstændigt formål med dobbeltbeskatningsoverenskomster, at de også skulle medvirke til at forhindre skatteundgåelse og skatteunddragelse.² Endvidere var kommentarerne nu mere velvilligt indstillet over for staters brug af interne værnsregler, hvilket stemte overens med den udvikling, Danmarks udlandsskatte regler havde undergået i de foregående år, hvor en hel række interne værnsregler var blevet tilføjet.”

Helt frem til i dag synes Danmark fortsat at være opsat på at forny og udvide sit overenskomstnetværk, og i skrivende stund har Danmark indgået egentlige dobbeltbeskatningsoverenskomster med op mod 70 lande. I tillæg hertil har Danmark indgået en række særaftaler vedrørende skibs-

90. For en gennemgang af nye og genforhandlede overenskomster i perioden 1994-2002 se Mogens Rasmussen, Dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået efter 24. november 1994 - en summarisk gennemgang, SR-Skat, 2001, s. 231-252 og 344-353.

91. Jf. Mogens Rasmussen & Dennis Dalsgaard Bernhardt, Limitation on benefits i dobbeltbeskatnings-overenskomsten mellem DK og USA, SR-Skat, 2000, s. 315-330.

92. Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, 2003, pkt. 7 i kommentarerne.

93. Om den historiske udvikling i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, for så vidt angår forholdet til interne værnsregler, se Jens Wittendorff i Jakob Bundgaard et al. (red.), Den evige udfordring - omgæelse og misbrug i skatteretten, 2015, s. 304-316.

og luftfart samt et stadigt stigende antal aftaler om informationsudveksling.⁹⁴

Selvom tendensen således stadig pegede i retning af et stærkere og mere omfattende dansk overenskomstnetværk, optrådte der også nogle væsentlige bump på vejen. Med virkning fra 2009 havde Danmark således valgt at opsigte dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med Frankrig og Spanien.⁹⁵ Forud herfor var gået langstrakte forhandlinger, hvor den primære uoverensstemmelse angik Danmarks krav om, at overenskomsterne fremadrettet skulle give Danmark ret til som kildeland at beskatte udbetalinger af private og sociale pensioner. Som omtalt ovf. var dette en problemstilling, som generelt havde ligget Danmark på sinde i en lang årække. Frankrig og Spanien var dog ikke indstillet at imødekomme de danske krav, bl.a. fordi de pågældende pensionister med dansk baggrund måtte formodes at deltage i samfundslivet i de to lande, og i den forbindelse benytte sig af infrastruktur og offentlige serviceydelser mv. Resultatet blev derfor en opsigelse af de to overenskomster, og til trods for kritik i litteraturen og fra erhvervslivet er der til dato ikke indgået nye overenskomster med Frankrig og Spanien.⁹⁶

Afslutningsvis skal det ganske kort nævnes, at det af OECD i 2013 lancerede projekt angående hindring af såkaldt *base erosion & profit shifting* (BEPS-projektet) også vil få indflydelse på dansk skatteret, herunder Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁹⁷ I relation til sidstnævnte er særligt det multilaterale instrument, som Danmark underskrev den 7. juni 2017, af relevans.⁹⁸ Formålet med det multilaterale instrument er på smidig vis at foretage ændringer i de deltagende landes dobbeltbeskat-

94. For en opdateret oversigt se Steen Askholt, *Oversigt over gældende dobbeltbeskatningsoverenskomster og andre internationale skatteaftaler*, SR-Skat, 2017, s. 105-109. Om Danmarks aftaler om udveksling af informationer se Lasse Esbjerg Christensen & Preben Buchholtz, *Udveksling af oplysninger og grænseoverskridende samarbejde mellem skattemyndigheder*, Skat Udland, 2013, s. 451-474.

95. Se lov nr. 85 af 20. februar 2008.

96. Jf. Hanne Søgaard Hansen, *Skattebegunstigelse af udenlandske pensionsordninger*, Ugeskrift for skatteret, 2007, s. 807-812 samt Jakob Bundgaard & Katja Dyppel, *Corporate Tax Implications of Denmark's Unilateral Termination of its Tax Treaties with France and Spain*, *Bulletin for International Taxation*, 2009, s. 295-301.

97. Se OECD: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013 samt OECD: *Action Plan on Base Erosion & Profit Shifting*, 2013.

98. Se OECD/G20: *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, BEPS Action 15, 2015.

ningsoverenskomster, således at det undgås, at et meget stort antal bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomster separat skal genforhandles og ændres. De ændringer, som omfattes af instrumentet, skal primært adressere forskellige former for misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Mere præcist består instrumentet af en række ændringer, som landene skal tiltræde, hvis de ønsker at være med (minimums-standard), ændringer, som landene kan tage forbehold for, samt ændringer, landene kan tilvælge. Danmark har indtil videre i vidt omfang benyttet sig af retten til at tage forbehold, hvorfor de omfattede danske overenskomster i første omgang alene vil blive påvirket af minimumsstandarderne."

5. Konklusion

Da den danske regering i 1922 fik bemyndigelse til at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre stater, var formålet at sikre skatteyderne mod urimelig dobbeltbeskatning samt lette skatte trykket for så vidt angik dansk virksomhed i udlandet. Herved synes de bagvedliggende motiver i høj grad at svare til de motiver, som for inden havde ansporet en række centraleuropæiske stater til at indgå de første internationale dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Med hensyn til selve indholdet af Danmarks første mere omfattende overenskomst, der blev indgået med Sverige i 1932, synes de to skandinaviske lande da også at have hentet inspiration fra de centraleuropæiske overenskomster. Overenskomsten med Sverige kom i nogen grad til at danne skole for de overenskomster, som Danmark i de følgende år indgik med andre nabolande, og det er interessant at se, at disse tidlige dobbeltbeskatningsoverenskomster rummer en række principper, som i større eller mindre omfang også gør sig gældende i Danmarks nuværende overenskomster.

Overenskomsten indgået med USA i 1948 synes at udgøre endnu en milepæl i relation til Danmarks indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster, bl.a. fordi overenskomsten indeholdt en bestemmelse om lempelse efter metoden *almindelig credit*. Generelt synes samtiden at have op-

99. Se OECD: Status of List of reservations and Notifications at the Time of Signature, The Kingdom of Denmark. 7 June 2017. Jens Wittendorff, OECD/G20's multilateral instrument (MLI) - et dansk perspektiv, Skat Udland, 2017, s. 373-385, anfører, at det må forventes, at en række af forbeholdene ophæves i forbindelse med Folketingets behandling.

fattet USA-overenskomsten som svært tilgængelig, men alligevel blev USA-overenskomsten lagt til grund for overenskomsten med Storbritannien i 1950. USA-overenskomsten, med de justeringer som fulgte af overenskomsten med Storbritannien, synes i vidt omfang at have dannet grundlag for mange af Danmarks nye eller genforhandlede overenskomster i de følgende år.

Selvom fremkomsten af OECD's modeloverenskomst i 1962 ikke straks ændrede voldsomt på Danmarks indgåelse af overenskomster, kom den over tid til at spille en meget betydelig rolle, da Danmarks forhandlingsoplæg siden hen har taget udgangspunkt heri. Endvidere blev perioden efter modeloverenskomstens tilblivelse præget af en ganske betydelig udvidelse af Danmarks overenskomstnetværk. Imidlertid blev man fra dansk side gradvist mere opmærksom på, at overenskomsterne også kunne danne grundlag for misbrug. Introduktionen i 1973 af værnereglen i varelagerlovens § 5a synes således at markere indgangen til en ny æra, hvor spørgsmålet om misbrug af overenskomsterne løbende kom til at fylde mere. Denne tiltagende opmærksomhed på misbrug fik også indflydelse på Danmarks forhandlingspolitik, idet Danmark siden hen konsekvent insisterede på at anvende af creditmetoden.

I det hele taget har misbrugsproblematikken lige siden fyldt meget med skatteflugtsbetænkningen og den efterfølgende skatteflugtslovpakke som nogle af de mere skælsættende begivenheder. Det var dog ikke kun i in tem ret, at problemerne med misbrug blev adresseret, og Danmark har ad flere omgange vist vilje til at sætte handling bag ordene ved at opsigte dobbeltbeskatningsoverenskomster med bl.a. en række oversøiske stater i 1980'erne og senere overenskomsten med Portugal i 1995.¹⁰⁰

På trods af at misbrugsproblematikken har fyldt meget lige siden 1970'erne, og stadig gør det i dag i form af primært OECD's BEPS-projekt, ændrer det ikke ved den generelle tendens, som kontinuerligt har peget i retning af et mere og mere omfattende dansk overenskomstnetværk. Og selvom Danmark på mange måder blot er flydt med strømmen, så har man alligevel sat nogle aftryk på den internationale scene i form af en aktiv deltagelse i OECD-regi o[^] ikke mindst med deltagelsen i verdens første multilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomst indgået med de øvrige nordiske lande.

100. De senere opsigelser af overenskomsterne med Frankrig og Spanien var ikke som sådan begrundet i misbrugshensyn, men derimod uenighed om beskatningsretten til pensioner.

The Danger of Misinterpreting Economic Measuring Rod in Commercial Law Making

What lawmakers got from 100 years of law
& economics and the future needs

Assistant Professor Kalle J. Rose

1. The introduction of law and economics in law making

Law and economics is an interdisciplinary field of research, which dates back to at least Adam Smith¹ (1776).² The research gets acknowledged in the 20th century. In the 1960s, at the Chicago School of Economics, well-known articles were written by Ronald H. Coase (1960)³ and Guido Calabresi (1961).⁴ Law and economics was, at this time, seen as an application of economic theory to the analysis of law used to explain effects of regulation in terms of costs. While Coase focused on transaction costs in the market and administrative costs by public regulation, Calabresi focused on minimalizing the sum of cost in tort law and more specified to mini-

1. Adam Smith, *The Wealth of Nations*, originally published in 1776, Bk IV, Ch. II.
2. There has been different thought of when and where the original law and economic scholars arose. See Ron Harris, *The Uses of History in Law and Economics*, 2003, p. 662
3. Ronald H Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. 3, p. 1-44.
4. Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, *Yale Law Journal*, 1961, Vol. 70, n. 4, p. 499-553.

mize costs of accidents. One of the significant »founders« of law and economics was Richard A. Posner, who had one of the biggest contributions in »Economic Analysis of Law«.³ Posner expanded the work of Coase and Calabresi, but also included work of Gary S. Becker, one of the earlier law and economic scholars.⁶ Bringing the different works together, Posner sought a more broad use of law and economics.

After the first big launch in the 1960s, law and economics spread to many American law schools, and made a base for a common understanding of law and economics. The American work inspired European scholars in law and economics, which made the field move from American to European scholars. Not only economists, but also lawyers all over Europe took this new field of research in, and in 1984, the European Association of Law and Economics (EALE) was founded in Lund in Sweden by Göran Skogh (1943-2014). It is still the oldest scientific association in the field. Today, many universities and business schools offer study programs at bachelor and master levels in the field of law and economics.

Law and economics has also influenced politics and law making. Even though we have examples of lawyers implementing the thoughts of economics, especially social economics over the last 200 years, the spreading and the acknowledgement of the research field during the last century have made law and economics a respected tool in modern law making. When using a somewhat new research field in law making, one cannot expect lawmakers to be right at the start, and that is exactly what this article will address.

This article addresses the need for further research in the field of using law and economics in law making. By focusing on a case of non-efficient law making addressed in the recent PhD »When the Control by the Dead Hand Ends«, this article highlights a recent problem in law making where core concepts of law and economics were wrongly used in the law making process. The article focuses on the three core elements of maximization, equilibrium, and efficiency to show how a lack of proper methodology in defining these can lead to inefficient and wrongful legislation.

5. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 1st ed 1973.

6. See Gary S Becker, *The Economics of Discrimination*, 1957 and Gary S Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. Pol. Econ. 1968, p. 169.

2. The fundamental concepts of law and economics

The aim of law and economics is to use economic tools to analyse law. A number of assumptions usually follow the field of economics. To be able to predict any outcome of the introduction of a law, you need to step away from the assumption that people are rational individuals. For instance, you assume that people prefer \$ 2 instead of \$ 1. By having a general assumption on behaviour, economics give law the possibility of measuring the effects of any given legal action. Cooter and Ulen (2008) phrase this as:⁷

»Generalizing, we can say that economics provides a behavioural theory to predict how people respond to laws. This theory, which is based on how people respond to incentives, surpasses intuition just as science surpasses common sense.«

This behavioural theory is based on some core elements in economics, maximization, equilibrium, and efficiency.⁸ To analyse the case of wrongful law making these three elements will be compared.

2.1. Maximization

Maximization concerns the understanding in economics about how every economic actor wants to maximize what he, she or it owns or prefers. Consumers maximize utility, companies maximize profit, and charitable organizations maximize social welfare. Maximization is crucial to economics to provide the assumption of rationality. Any economic actor can be stated as rational, when the actor can rank the outcome the actor gets from the specific maximization. The concept of maximization helps in law making and is often mentioned in explanatory notes and *travaux préparatoires*. Therefore, economics in this context function as a helping hand to lawmakers. To use maximization a subject to maximize is needed, this is defined as the measuring rod. The two most commonly used measuring rods in law and economics are wealth and utility.⁹

7. Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law & Economics*, 5th ed, 2008, p. 4 (Cooter and Ulen).

8. Heico Kerkmeester, *Methodology: General*, 1999 (Kerkmeester).

9. Kerkmeester, p. 386.

2.2. Utility

Utility defines certain preferences of an individual: the higher the preference for a specific item, the higher is the utility that it yields to the individual. What utility gives law and economics is the ability to measure everything, even love, altruistic feelings, or a person's connection to different norms.¹⁰ Using utility as the measuring rod instead of money can be reasoned by the axiom of diminishing marginal utility, meaning that the same amount of a given item does not give a person the same amount of utility as the first amount he got. This example also accounts for money as an item. The utility derived from the first \$ 1 million is higher than the amount of utility derived from given the same person one more million. The axiom does not always hold up, and this can be problematic if utility is chosen as a measuring rod (risk-seeking people is an example of this). Another disadvantage of utility as a measuring rod is that it is hard to make comparisons since utility is a subjective measuring rod. This argument is, to some extent, handled by the third main concept »efficiency«, see section 2.5."

Measuring on utility has its advantages because it enables the use of a universal measuring rod. On the other hand, being a subjective measuring rod, the prediction has some uncertainty. To be able to do a correct utility assessment of an individual, it is necessary to observe this individual and by that observation predict his or her subjective utility function. This complexity favours the idea of the rational choice assumption, so that any individual choice is made under stable circumstances.

2.3. Wealth

An alternative to utility is wealth. This measuring rod has advantages in the simplicity of its main assumption, which is in congruence with the idea of maximization. If everything else is constant, people will always prefer more money than less. At the same time, doing interpersonal comparison is far easier; even though a dollar can have different value to dif-

10. Maximization of utility is the ground basis of the normative direction of law and economics (Yale School); see also Kerkmeester, p. 390.

11. Kerkmeester, p. 384, conclude that Ronald Coase in *Essays on Economics and Economists*, 1994, express that the use of utility in economic models are only used, because it is needed to make the model work.

ferent persons, the measuring rod is still the same, one dollar.¹² Posner defends the use of money as measuring rod as a means to maximize wealth.¹³ By using money, people, who value a given item more than others, will be willing to give more for the same item. The willingness to pay more means that this person values the item more, and following this line of perception, wealth is maximized when the person who is willing to give the most and have the opportunity to do so, is given the item. The problem with this assessment is that people do not necessarily have equal possibilities. If one person values an item above what he is able to pay, giving the item to the person who cannot pay will not function as wealth maximization.¹¹

2.4. How is maximization used in law making?

Even though the term maximization does not originate from law, it is very much used in law making. One of the most famous modern legal institutions is primarily based on the assumption of maximization - the Eu-

12. This point has though been subject to critique by Ronald Dworkin, *Is Wealth a Value?*, 9 *Journal of Legal Studies*, 1980, pp. 191-226 - because the »grass is greener« phenomenon, social wealth may increase from transfer from A to B and back again because of the change of preferences. Another critique point is put forth by Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, 1997, which concerns that a person will ask for more money for something he already owns compared to what he would give himself to acquire the certain item.
13. The idea of wealth maximization is the basis of the positive approach to law and economics with lead scholars like Coase and Posner (Chicago School), F Parisi and J Klick, *Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles of Law-making*, *Chicago-Kent Law Review*, 2004, Vol 79, p. 431.
14. Furthermore, some authors have criticised law and economics to not fully understand or comprehend the depth or complexity of the human mind and preferences and especially by using such measurements of utility and money. The simplicity of the measurement simply cannot explain human actions, Martha Nussbaum, *Flawed Foundation. The Philosophical Critique of (a Particular type of) Economics*, 64 *University of Chicago Law Review* 1997, p. 1197-1214, and Robin West, *Economic Man and Literary Woman: One Contrast*, 39 *Mercer Law Review*, 1988, pp. 867-878. Furthermore, the use of Kaldor-Hicks (as mentioned below) in law and economics is criticised for thinking that it is possible to obtain sufficient insight in preferences of people to evaluate their needs contrary the person being compensated for his loss by De Geest, *Economische Analyse van het Contracten - en Quasi-Contractenrecht: een Onderzoek naar de Wetenschappelijke Waarde van de Rechtseconomie (Economic Analysis of Contract Law and Quasi Contract Law: A Study on the Scientific Calue of Law and Economics)*, 1994, p. 568.

ropean Union (Hereafter the EU). Catherine Barnard sums up the incentives behind the concept of free trade in the EU as:"

»The benefits of free trade can be summarized briefly - free trade allows for specialization, specialization leads to comparative advantages, and comparative advantages leads to economies of scale, which maximize consumer welfare and ensure the most efficient use of worldwide resources.«

The free movement of goods in the EU is an excellent example of how maximization is used in law making. The EU benefited from this legislative impediment to maximize wealth in the region after years of wars.¹⁶ However, maximization of wealth did not come without sacrifice. Due to the free movement and the operating Single Market, several countries experienced business sectors going under because of competition, for example, the British wine production and the Portuguese cloth market.¹⁷

Furthermore, other legal instruments can have a negative impact on wealth maximization. An example of this can be seen in the EU, when introducing the Charter of Fundamental Rights in 2000. This charter does not aim at wealth maximization, but concerns human rights, such as the right of speech, freedom of religion, gender equality, protection of personal data, and protection of property rights. All rights listed can have a negative impact on the maximization of wealth. Instead, the aim of the Charter of Fundamental Rights and other political principles of equal pay etc. comply with the concept of maximizing utility.¹⁸

2.5. Equilibrium

The second main concept of economics contributing to the analysis of law is the idea of an equilibrium. Economists use equilibrium to characterize the state that any given undisturbed interaction between maximizing ac-

15. Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, 4th ed 2013, p. 3 (Barnard).

16. In the post-World War II, Europe needed economic growth and stabilization of society on the continent. With an aim of economic growth or wealth, the concept of maximization was not far from being introduced in Europe. As of 1950, the European Coal and Steel Community starts uniting European countries to obtain growth in the still divided Europe (East-West).

17. Barnard, pp. 6-8.

18. Barnard, pp. 28-29. In court rulings by the ECJ, it is worth noticing that exactly these political aims, which support utility, have overruled legislative measures of wealth. See an example in the joined cases of C-270/97 and C-271 /97 *Deutsche Post v. Sievers* [2000] ECR I-929.

tors will end in.¹⁹ In this way, an economist will argue that interaction between different parties will tend to end in an equilibrium no matter whether we are talking about company strategies, elections, or tendencies of students to study. Economic actors do not necessarily want to end up in the specific equilibrium, but given that they all try to maximize their measuring rod, they will end up in an equilibrium depending on what they seek to maximize and what the other actors maximize as well. In economics, in many cases, this concept is used to set up an expectation of a specific or several actions. Because of the principle of the existence of equilibrium and that every economic actors will end up in one, economist try to analyse what equilibrium the actors can expect to end up in, and how changing variables can change this outcome depending on all other economic actors.²⁰

Equilibriums do not have to be the end-result, but can be subject to change depending on the economics actors. If it is not changing, it will be defined as a stable equilibrium.²¹ An example could be a university building. It does not change per se, due to the economic actors engaged in building it (because it is finished). Though in the building process there might have been much unstable equilibrium from all the different interactions between constructors, designs etc. until they aligned and ended up in the stable equilibrium. The main element of stable versus unstable equilibrium regards the surroundings or rather the actions and maximization of all other economic factors influencing the equilibrium. This is also the hardest challenge with predicting the expected equilibrium - will all other actors (variables) stay the same or can they at least be predicted?

2.6. How is equilibrium used in law making?

In law making, the idea of equilibrium has been essential. As stated above, the EU is founded on economic goals and concepts. Most of the arguments behind anti-trust and competition law lie in the concept of equilibrium and how the Single Market will reach the optimal equilibrium by being in a perfect competitive market.²² The EU have through many legislative measures tried to arrange the laws so the Single Common European Market will reach maximization of wealth especially in

19. Cooler and Ulen, p. 17.

20. Baird et al., *Game Theory and the Law*, 1994, pp. 1-22.

21. Cooter and Ulen, p. 17.

22. Barnard, p. 5.

regard of competition and antitrust regulation. One of the historical cases illustrating the latter is the fine given to Google after not complying with EU antitrust regulation because of its dominant status in the EU market.²³

Lawmakers benefit from the economic concept of equilibrium because it gives an insight in predicting the effect of the law.²⁴ It is an economic mathematical equation highlighting the potential of a market structure. If everyone maximizes his or her wealth in line with the concept of maximization, the competitive market will end up in the favourable perfect competitive market. The problem with this idea is that it demands that you have exactly one market and that people comply with the law. Therefore, when the EU introduces international obligations and free trade agreements,²⁵ the EU seek equilibrium depending on more economic actors and in the trust that they maximize after what the EU is expecting and by the same rules. If this is not the case, EU might suffer from dying business sectors, because outside economic actors do not compete on the same grounds.

2.7. Efficiency

The third main concept of economics to apply for law making is the fundamental concept of efficiency. The definition of efficiency covers more than one definition in economics. Efficiency in terms of production is efficient if one of two conditions are true: 1) *It is not possible to produce the same amount of output using a lower cost combination of inputs, or 2) It is not possible to produce more output using the same combination of inputs.*²⁶ This definition of efficiency is rarely used in law and economics since it focuses on production and a company's ability to produce, and that is why it has not been subject to many analyses in law and economics. What this definition does give, is the essence of efficiency, which can be defined as the optimal allocation of means, no matter if it is based on lowering costs, wages etc. making the most of what you have as a measuring rod is efficient. Instead of the

23. European Commission - Press Release, Brussels, 27 June 2017, Antitrust: Commission fines Google 2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service.

24. Cooter and Ulen, pp. 10-12.

25. Such as the FTA's (Free Trade Arrangements) with South Korea, DCFTA (Deep and Comprehensive Free Trade Areas) with Ukraine or the EUAA (European Union Association Agreement) with Morocco.

26. Cooter and Ulen, p. 17.

definition based on production, two other efficiency measurements are commonly used in law and economics, Pareto and Kaldor-Hicks efficiency.

2.7.1. *Pareto Efficiency (improvements)*

Pareto Efficiency focuses on allocation of means and concerns individual preferences.²⁷ A situation is said to be Pareto efficient if it is impossible to change the situation to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (in his own estimation). The Pareto efficiency is highly applicable in law and economics because of the functionality, as long as one person is better off, the criteria holds. It can be hard to do interpersonal comparison because of the subjectivity of utility, especially in situations where the measuring rod is utility. Therefore, it is favourable to have a measurement of efficiency like Pareto that is fulfilled by the proof of no one getting worse off by actions in law making.²⁸ When the possibility arise, where a person can be better off without anyone else getting worse off, it is called a Pareto improvement, these actions should be followed until they are not possible anymore, hereafter the situation would be called Pareto optimal.

2.7.2. *Kaldor-Hicks efficiency*

The second much used term for denoting efficiency is Kaldor-Hicks Efficiency (also called Potential Pareto Improvement).²⁹ This measure also focuses on allocation of means, or maybe even reallocation of means. Where a Pareto improvement demands that no one is worse off, if one person gets better off, Kaldor-Hicks focuses on the need of the majority. Kaldor-Hicks demands that as long as the winners win more than the losers lose, efficiency is reached. It does not imply that the winners have to compensate the losers, but as long as the winners could do so, Kaldor-Hicks efficiency is obtained.

2.8. **How is efficiency used in law making?**

The concept of efficiency is a crucial tool for lawmakers. By focusing on either Pareto or Kaldor-Hicks, lawmakers can use efficiency to provide

27. See Vilfredo Pareto, *Manual of Political Economy*, 1906.

28. Kerkmeester, pp. 386-390.

29. John Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, *The Economic Journal*, 1939, Vol. 49, No. 196 and Nicholas Kaldor, *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *The Economic Journal*, 1939, Vol. 49, No. 195.

economic substance to legislation. If lawmakers can address that a law makes Pareto improvements, the implementation of such a law will be hard to oppose. Although the competitive market in the EU cannot be seen as a legislative action towards a Pareto improvement because people will and have been effected badly because of the competition, the Pareto criterion is a part of the aim of the Single Market. Because the EU does not have custom borders and legislation discriminating products from other nations, companies and consumers can reach Pareto improvements by trade.³⁰ Legislation leading to Pareto improvement does not always need to have a pure economic goal. By implementing laws to enhance trust and security of trading across borders within the EU not only gives Pareto improvements in economic terms, but also with regard to the belief of the EU as a functioning market, which then of course, could generate more trade and thus economic Pareto improvements.³¹

Contrary to a law complying with the Pareto criterion, law making based on a Kaldor-Hicks efficiency will usually be subject to severe opposition because the Kaldor-Hicks criterion only addresses that the winners of an action should be able to compensate the losers, but does not demand it. Even if legislation based on this criterion can be subject of much opposition, much legislation is based on the Kaldor-Hicks criterion. As an example, when the EU is opening up for free trade, people might lose their jobs (in UK or Portugal) because of competition, but the total wealth increasing from the free trade surpasses the loss of these individuals and therefore the criterion is fulfilled.

The problem with efficiency is that it only applies to the chosen measuring rod(s). Therefore, if a government wants to know if a law is efficient, it has to define the measuring rod to evaluate the degree of efficiency.

30. The example does not include actions, which can be exempted due to national health or security.

31. It is important to remember that the efficiency does not always connect only to wealth, but also to utility, which this is an example of, see Kerkmeester, p. 386 with reference to Vilfredo Pareto, *Manual of Political Economy*, 1906.

3. The three main concepts of Law and Economics in law making

As described above, the area of law and economics is not only subject of research, but also a keystone in modern law making. The EU is one of the best examples of how legislator can built an entire political organization on an economic foundation with the aims and use of these concepts. At the same time, challenges are present, when political aims of more normative character as Human Rights and such are introduced in legislation, since these do not always line up with the idea of wealth maximization.¹² Therefore, it is essential for lawmakers to use the correct measuring rod to analyse what the expected equilibrium will be, and thereby, assess if efficiency is reached.

The three main concepts can be said to have a critical connection.³¹ If lawmakers choose one type of measuring rod to maximize, it will lead to an equilibrium and seeing this effect and comparing it to the original aim of the specific legislation, lawmakers can evaluate the level of efficiency reached. If the expected level of efficiency is not reached, something could be wrong with either the measuring rod, the type of maximization chosen, or the expectation to the surroundings setting the equilibrium, and lawmakers can act upon that.

The next section will show an example of how misinterpreting the measuring rod can lead to a statute, which does not contribute the same respect as the original measuring rod because of the wish for wealth maximization. First, a section will highlight the intentions behind founding an industrial foundation and the characteristics of this type of company with a focus on the three main concepts of law and economics. Second, a section describing the intent of the Industrial Foundation Act of 1984 and more presently 2014 and how the lawmaker made use of the three main concepts presented above.^M The example of the problem about industrial foundations will be followed by a discussion addressing the need for

32. Barnard, pp. 28-30. On the contrary, these rights lean on the concept of utility or social welfare.

33. Cooter and Ulen, pp. 16-18.

34. The interpretation of the three main concepts was already visible in the Industrial Foundation Act of 1984, but in 2014 it became obvious that something was wrong in the definition of the measuring rod because of the massive influence from the Company Act, see section 5.1.

scholars in law and economics to expand the research within the field of law making and create a common method and applicable tools for law-maker, to avoid future misinterpretation.

4. The case of the Danish industrial foundation³⁵

An industrial foundation can be defined as a foundation, which controls the majority of a business. Industrial foundations have existed in Denmark for several hundred years. The structure is well known, and foundation owned companies include some of the biggest listed Danish companies. The core characteristics of an industrial foundation are the following:³⁶

- »The foundation is created by donation of a founder
- When founded the capital of the foundation cannot be revoked to the founder
- The foundation will have a majority of shares or voting rights in a business company
- The founder have to set one or several altruistic aims that the foundation must seek through the capital gained from the ownership of a business company
- The foundation is an independent institution. No physical or legal person outside of the foundation has property rights to the foundation capital. The property right to the foundation capital is obliged to follow the foundation. Assets cannot be subject of inheritance, and cannot by dissolution be paid out to a set of owners, but must be distributed to the aims of the foundation or to another foundation with similar aims
- The governance of the foundation has to be run by an independent management
- The foundation can acquire rights and commit obligations like an independent legal entity«.

From the above, it is clear that an industrial foundation in many ways differs from traditional limited or privately limited companies. However, an industrial foundation often owns limited companies or at least has controlling power over it.

A well-known example of a Danish industrial foundation is the Carlsberg Brewery. The company Carlsberg A/S was originally owned by the founder J.C. Jacobsen. He decided to donate the total ownership of 100 %

35. This section includes the main findings of Kalle J. Rose, *When the Control by the Dead Hand Ends. A Law and Economics Application to 200 Years of Legal Dispute on Property Law*, 2016 (Rose) (PhD Dissertation).

36. The explanatory notes from the Industrial Foundations Act 1985 (Betænkning nr. 970/1982, s. 89).

of the shares to the Carlsberg Foundation. His motivation was not grounded in his own wealth, but concerned personal reasons and the future of the company.¹⁷ In his will, he stated the following purpose of the foundation:³⁸

»In working the brewery it should be a constant purpose, regardless of immediate gain, to develop the art of making beer to the greatest possible degree of perfection so that this brewery as well as its products may ever stand out as a model and, through their example, assist in keeping beer brewing in this country at a high and honourable level.«

After donating his shares to the foundation, it was the assignment of the board of the foundation to uphold the founder's wishes and pursue the aim stated in the will. A problem that arose later was if the board should favour the first highlighted part concerning running the brewery regardless of immediate gain (which was interpreted as short wealth gain), or the second, to develop the company so the beer production was competitive and could reach the greatest possible degree of perfection so that this brewery as well as its products may ever stand out as a model. This problem will be addressed in section 5.2.

4.1. Maximization and the measuring rod of the industrial foundation

When focusing on maximization and the measuring rod, in practice, industrial foundations can have many different aims in their charters. However, the legislation demands (as showed above) that the foundation has an altruistic aim and business activity. According to Danish foundation law, the altruistic aim has been interpreted broadly so a foundation, which has a sole aim of taking care of the foundation owned company fulfilling the business activity, fulfils this requirement.³⁹ This does not mean that the measuring rod is based on wealth maximization. The aim of the foundation set in the charters represents the founder, who by donation has given his wealth off to a, for him, higher cause not enhancing a monetary satis-

37. He did not want his son to inherit the company and dreaded that the ownership in time could be spread, if the company was going to be converted into a limited company.

38. For a short review of the history of Carlsberg, see <http://www.carlsbergfondet.dk/en/About-the-Foundation/The-Carlsberg-Foundation/The-Carlsberg-Foundation%E2%80%99s-History->.

39. Rose, p. 121-126.

faction. The altruistic purpose contradicts the notion of wealth maximizing. Therefore, even foundations with the sole altruistic aim of protecting the business activity, cannot align with an idea of wealth maximization alone. It might be part of the utility function underlining the will of the founder, but it cannot fulfil the aim of the foundation/⁰

4.2. Equilibrium of the industrial foundation

Equilibrium is essential for industrial foundations. When establishing the industrial foundation, the founder has knowledge of the current market position of his company and the company's own equilibrium between the altruistic purpose and business activity. In the charter, he then expresses his aim for the future and the expectations of the equilibrium sought between the altruistic purpose and business activity, as seen in the example of the will of J.C. Jacobsen. The focus of equilibrium of the industrial foundation must, in general terms, be interpreted as the expected contribution of the foundation to society and the effect of this as expressed by the founder in his or her statutes or will.⁴¹

The problem with the concept of equilibrium and the industrial foundation is mainly the changes in society and the element of time. Because the foundation is established at a certain period of time and as a self-governing entity with no expectation of dissolution, changes in the surroundings of the foundation might change. These changes may have an impact on the foundation in such a way that the expected equilibrium of the founder might not be reached by the maximization of the defined measuring rod, which leads to an unwanted equilibrium.⁴²

40. Rose, Chapter 7. There is a challenge though in maximizing these personal utilities, and that is when the utilities are not clear anymore due to time changes in society or when they can be of ambiguous character. Sometimes even the charter of the foundation can seem very short on explanatory substance to really explain the founder will, and this can enable some interpretation problems for the foundation board when the measuring rod is to be utility and not wealth.

41. See Rose, Chapter 7.

42. A classic example of the problem of the dead hand, see Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, p. 67 (Shavell). This problem was one of the reasons behind the permission of the expansions and spreading of ownership in the case of Carlsberg. See more about the expansion of Carlsberg and the history of the foundation in Rose, Chapter 2 and the webpage: <http://www.carlsberg>

4.3. Efficiency of the industrial foundation

With regard to the complexity of the definition of the measuring rod and the diverse possibilities, efficiency cannot be stated as either Pareto or Kaldor-Hicks. It all depends on the founder's will. The founder's will, as well as how he sees the allocation of the means of the foundation owned company, is defined in the charter. Thereby the founder's will is what we should use for finding the correct measuring rod. By using this measuring rod, it should be possible to evaluate if the board's actions have been efficient.

If the will of the founder is complied with, a foundation should be seen as efficient to the original intentions of the founder, which is not necessarily equal to Pareto or Kaldor-Hicks. To secure these types of efficiency focus has to be on allocation of means and the measuring rod.⁴³ It would be hard to imagine that an industrial foundation does not seek Pareto efficiency, since most of the donations given from the foundation cannot make other parties worse off.⁴⁴

5. The Industrial Foundation Act and the aim of the legislation

The original Industrial Foundation Act, 1984 was part of a reform of the Danish commercial law. After reforming the Danish Company Act, it was time to examine industrial foundations, which until then had not been subject to any direct regulation in Denmark.⁴⁵ The underlying aim of the

fondet.dk/en/About-the-Foundation/The-Carlsberg-Foundation/The-Carlsberg-Foundation%E2%80%99s-History-

43. The foundation supervisory authority has obligations to secure that the boards of the industrial foundations does not manipulate or misuse the means of the foundation, with the will of the founder in mind.
44. Looking at industrial foundation in general in society, several contributions have argued that the sole existence of industrial foundations in Denmark has had an enormous positive impact in terms of not only grand company's contributions to labour, taxes etc., but also the altruistic aims of the founders supporting science, art, and education.
45. The most important regulation in the new statute was the statutory authority for the boards in industrial foundations to change statutes in the charters of the regulation. For a historic view of the legislation and the problem of the dead hand, see Rose, Chapter 4.

new regulation was to give flexibility and growth potential for foundation owned companies by loosening the conservative ownership structure and the limitations for a foundation owned company.⁴⁶ With a focus on commercial law and especially the Company Act (concerning limited companies and private limited companies), the Parliament decided to implement statutory authority to change the statutes in the charter, because foundation owned companies should not suffer from the effects of the dead hand.⁴⁷ If the business activity of the foundation could be enhanced significantly, the board of the industrial foundation could get permission from the supervisory authority to change the charter of the foundation. Most importantly, it is stated in the explanatory notes to the Bill that changes leading to maximization of wealth for the foundation owned company should encourage a permission to change. This legislative change was not only made in line with maximization of wealth in mind but a range of other new legislative actions was implemented in the Industrial Foundation Act. This was clearly inspired by the Company Act and sought to remove the conservative company structure of the industrial foundation and make it possible for it to become more like any listed company.

The development continued during the following years, and in 2014, the Parliament adopted the new Industrial Foundations Act. The number of regulations in this Act had almost tripled and most of these were plain copies of provisions of the Company Act. Even regulations, which were not discussed in the drafting committee, were copied. Both in the explanatory notes and in the drafting committee report following the Bill, considerations on the difference between an industrial foundation and a listed company did not take up much space. On the contrary, all this co-

46. See Rose, Chapter 4.

47. The problem with the industrial foundations is that the aim of the foundation set in the statutes of the charter by the founder after some time might not be in line with reality and can therefore become a disadvantage for the foundation owned company. This problem is known in law and economics as the problem of the dead hand - when a person control property for many years after his or her death - see Shavell, p. 67. During the last 200 years, the problem of the dead hand by industrial foundations has been a challenge in Danish commercial law. The question has been a continuing dilemma - should you respect the will of the founder even 100 years after his death, when society has changed and if not, how do you get around the property right protected by the constitution? See more on the discussion of property right in Rose, Chapter 5.

pying from the Company Act showed that the legislators wanted to equate the industrial foundation to a regular listed company.⁴⁸

5.1. Maximization and the measuring rod of the Industrial Foundation Act

In the explanatory notes of the Industrial Foundation Act (1984 and 2014), it is quite clear what the purpose is - wealth maximization for the foundation owned company. The only focus on the utility of the founder is seen as a continuous statement of respecting the founder will, but not enforcing it in any way. The Industrial Foundation Act keeps the founder will (altruistic aim) as a somewhat stable variable while enforcing the business activity of the foundation owned company. The »excuse« for enhancing the possibilities for the foundation owned companies, was that if the foundation owned company (with an example of diversification of ownership) could make a significant wealth maximization, the surplus and dividends received by the foundation as owner would become larger than before. Hence, the donations to the altruistic aims of the founder would also increase. The measuring rod focused on in the Industrial Foundation Act, is thereby, wealth. The argumentation for wealth maximization was that the founder's utility would not be worse off, because the maximization leads to an increase in both business activity and the altruistic aim in terms of wealth.

The problem of maximizing wealth in this case is that it does not align with the founders' will, which is contradictory to the utility function of the founder. By focusing on the maximization of wealth and that the influence on the altruistic aim will be positive, the measuring rod does not take care of any rights contradicting this wealth maximization such as the property right of the founder.⁴⁹ For example, in the case of Carlsberg, the founder in his will stated that the aim should go beyond immediate gain, which has been interpreted as spreading the ownership in terms of stock emission.⁵⁰ So when opening up for flexibility for foundation owned companies, the conservative ownership structure, (which is one of the key elements in the industrial foundation and which is clearly stated as a wish in the charters of some of these), will be influenced and by that the maxi-

48. See Rose, Chapter 4.

49. As presented in section 2.3, with the influence of political rights in the EU.

50. See Rose, Chapter 2.

mization of wealth contradicts the founders property right. This thought also sheds light the on-going problem of the concept of »the dead hand«.⁵¹

5.2. Equilibrium of the Industrial Foundation Act

The expected equilibrium for the Industrial Foundation Act is important in order to see how lawmakers expect the surroundings and society to react on the maximization of the chosen measuring rod. The equilibrium is in line with the aim of the law, flexibility and less conservative ownership structure should enhance possibilities for expansion and corporate wealth maximization creating more businesses like Carlsberg, Novo Nordisk, Maersk, and other Danish success stories of industrial foundations and foundation owned companies.⁵²

The problem with the expected equilibrium in the case of the Industrial Foundation Act is that the lawmaker seemed to be of the conviction that opening up for more flexibility and focusing on the measuring rod of wealth, the surroundings and equilibrium concerning other variables or elements of the founder's will would not be affected, or only so in a positive way. What if a foundation owned company, because of the new access to stock emission and diversification of ownership, experiences a short-term gain, but followed for example, by a financial crisis, bankruptcy of external owners etc.? Instead of having a conservative 100 % ownership structure with capital to support the company from the foundation, the diversification of stocks might lead to a sudden substantial decrease in the value of the company, which would not have been the case, if it had stayed in its original ownership structure.

5.3. Efficiency of the Industrial Foundation Act

When the Danish lawmakers focused on wealth maximization and still wanted to respect the will of the founder, The Industrial Foundation Act could seem as an attempt to do a Pareto improvement. With the aim to enhance the business activity, so that the wealth element of the founder's utility could be maximized without letting the rest of the variables of the founder utility get worse off, a Pareto Improvement would be fulfilled.⁵³ We have yet to see if efficiency is to be reached and if so, the applied leg-

51 . Shavell, p. 67.

52. See Rose, Chapter 4.

53. See section 2.6.2 on Pareto.

islative action can be seen as efficient, depending on the expectations and the aim of the Industrial Foundation Act.

Efficiency, though, is tightly connected to the measuring rod. In other words, the aim of the legislation and the effect might be perceived as efficient depending on which aim you focus on measuring for efficiency. The danger of this can be seen in the example of the Industrial Foundation Act. The law does not state or demand Pareto or Kaldor-Hicks efficiency as a goal, but aims at commercializing the industrial foundation structure. If an evaluation of efficiency is based on the commercialization, the result might seem efficient because of the chosen variable for measuring rod. This creates an illusion of efficiency because variables of founder utility and especially the founder's will, will not be included in the measuring rod. For this reason, it is important that lawmakers identify all relevant variables affected by legislative actions and at least obtains a Kaldor-Hicks efficiency on this ground.⁵⁴

6. The difference and consequence of the three concepts from Law and Economics

In this section, the original intent of the industrial foundation will be compared with the Industrial Foundation Act, and based on the three main concepts of maximization, equilibrium and efficiency and the consequence of any differences in the concepts. This is necessary as a contribution to the discussion in section 7 about how law and economics can help lawmakers from making mistakes in law making when introducing economic measuring rods.

6.1. Maximization

Looking at the three concepts from law and economics, in terms of the industrial foundation from the view of the founder and the Industrial Foundation Act, there are core differences. The measuring rod used in the Industrial Foundation Act does not align with the founder's will, even though the law does address respect of the founder's will. When lawmaker does not follow the measuring rod behind the original idea of the industrial foundation, it has serious consequences. One of the conse-

54. See Rose, Chapter 7 and section 2.6.3 on Kaldor-Hicks.

quences of allowing changes in the charters based on wealth maximization is that the contradiction of the founder's utility does not enhance the incentives of future establishment of industrial foundations because the founder will see that his aim is not respected."

6.2. Equilibrium

Given the measuring rod is not similar; the expected equilibrium does not become the same. In the view of the founder, the expected equilibrium has its roots in the establishment of the foundation, where the founder knows which equilibrium the company is in, at the given moment, under the given circumstances, and where he states his wish for the future on these grounds. One of the core arguments for choosing the ownership structure of industrial foundation is that the founder can govern the company after his death; for example, in many charters the founder has stated a specific number of percentage ownership, as a condition. Removing this, changes the original aim of the industrial foundation. The surroundings might have changed over time, but the surroundings must have also changed, while the founder was alive. The will of the founder though survived these changes and became the essence of the establishment of the foundation. Opening up for decreasing the control and percentage of ownership, or other statutes that the founder may have put in the charter, directly contradict the will of the founder. Even if times has changed and thereby, the surroundings, changing the founder's will based on a wealth maximization of the foundation owned company, not only changes the expected equilibrium, but directly sets aside the founder's expected utility in time after his death.⁵⁶

6.3. Efficiency

Both the founders and the lawmakers wish to reach efficiency: The founder, by eternalizing his way of governance through the structure of an industrial foundation, and the lawmaker, by opening up for changing statutes to correct any negative effect of the industrial foundation ownership. However, since efficiency is highly dependent on the chosen measuring rod, and the aim behind the measuring rod, the two parties cannot be said to reach for the same efficiency. One is based on utility and the

55. See Rose, Chapter 7.

56. How to calculate the compensation is outside the scope of this article, but of high relevance.

other on wealth. While the former focuses on the altruistic character, the latter focuses on the business activity. Irrespective of the measurement of efficiency used, Pareto or Kaldor-Hicks, when the measuring rod and aim are not the same, then the interpretation of efficiency will not be either. Therefore, even if the lawmakers thought Pareto improvements could be employed, by enhancing wealth and still respect the founder's will, the measuring rod was wrong. The lawmaker focused on how more money earned in the foundation owned company would lead to larger profit for the foundation, and thereby, a larger amount of money to fulfil the altruistic aim would be available. However, what the lawmaker forgot was that it is not just about money. The founder had chosen this specific company structure as his legacy and wanted it to represent him after his death. If the founder had not sold all his shares before dying, he could not have praised profit to the same extent, as the utility he got from knowing that his company would last forever. That is why the result cannot be seen as efficient from the view of the founder. This makes the Industrial Foundation Act less attractive to founders of the original industrial foundation. Even though it was stated in the Industrial Foundation Act that the foundations made large contributions to society and have a positive influence, choosing the wrong measuring rod has led to legislation that contradicts the aim of new founders, which is not wealth.

7. How scholars of Law and Economics can help lawmakers

In the case of the Industrial Foundation Act, it is clear that the lawmaker did not understand the consequences of the use of measuring rod and the effect on expected equilibrium and efficiency. This does not mean that the lawmaker did not use law and economics in the law making. On the contrary, the arguments for opening up the foundation charters to changes were based on economics. What the lawmaker forgot was that maximization in this case could be based on two different elements - either wealth or utility. What we can learn from this case is that using law and economics in law making is a good tool for lawmakers, but demands some common knowledge of the three main concepts raised in this article. If lawmakers decide not to use the same measuring rod as the subject of the

law, they should at least ensure that the consequences could be explained by the efficiency of Kaldor-Hicks."⁷

To avoid mistakes and help lawmakers in the future, it is necessary that scholars in law and economics focus on a common method, which lawmakers can use, that does not favour either wealth or utility, legal norms, or money. Law and economics is a productive tool that gives lawmakers a chance to predict the outcome of a law and evaluate efficiency, but they need to know how to do so, and the case of the Industrial Foundation Act is a perfect example of why.

8. The need for further research within Law and Economics in lawmaking

Law and economics is an upcoming field of research and has more and more attention from lawmakers that use it to make predictions of the effects of any given rule in the law making process. This article addresses the advantages, but also the danger of using law and economics in law making. By focusing on the three core concepts of maximization, equilibrium, and efficiency, this article states that these concepts are extremely helpful in law making, but can be dangerous as well. An example of the introduction of the Danish Industrial Foundation Act is put forth to show the danger of misinterpreting these concept and especially the measuring rod. When the lawmakers made the Danish Industrial Foundation Act in 1984 and reformed it in 2014, the lawmakers took a wrong turn in choosing the measuring rod and based the legal work on wealth maximization instead of utility maximization. By using wealth maximization as the measuring rod, the Danish lawmakers did not reach efficiency. Furthermore, the result also contradicted the purpose of founding an industrial foundation, which must say to be counterproductive of the actual legislation.

Using the example of the Industrial Foundation Act, it is concluded that lawmakers still need some help in using law and economics. One of the reasons can be that there has yet not been one unified method to address legal problems in law and economics and isolating the correct measuring rod. To help lawmakers it is concluded that scholars in law and economics need to create one common method to use the tools of law and economics.

57. As also stated in the example of EU law in section 2.6.

Overregulering af OPP i Danmark

En analyse af den offentligretlige ramme for offentlige-private partnerskaber

Adjunkt Sarah Maria Denta

1. Offentlige-private partnerskaber i Danmark

Samarbejdsformen offentlige-private partnerskaber har modsat CBS ikke 100 års jubilæum i Danmark, da denne type af samarbejde først så dagens lys i Danmark i 2003. Ikke desto mindre påkalder samarbejdsformen sig opmærksomhed, da der gennem årene har været interesse for offentlige-private partnerskaber fra både private - og offentlige parter, samt en politisk interesse for at fremme denne form for samarbejde. Trods denne interesse er offentlige-private partnerskaber aldrig rigtig slået igennem i Danmark. Dette kan skyldes mange ting - en undersøgelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslog i 2013, at reguleringen af offentlige private partnerskaber er en væsentlig barrierer for udviklingen af offentlige private partnerskaber. Denne artikel tager udgangspunkt i offentlige-private partnerskaber i bygge- og anlægsbranchen, da der her er interesse for og fokus på offentlige-private partnerskaber.

I 2012 kom regeringen med en strategi om, hvordan Danmark kunne forbedre økonomien frem til 2020,¹ og her var en af opfordringerne fra regeringen, at samarbejdet mellem offentlige og private parter skulle forbedres, bl.a. ved at eventuelle barrierer skulle nedbringes, og det skulle være nemmere at indgå offentlige-private partnerskaber. Siden har der

1. Regeringen, Danmark i arbejde, Udfordringer for dansk økonomi mod 2020, maj 2012. Strategien var en konsekvens af 2020-strategien fra EU.

ikke været politiske udmeldinger vedrørende offentlige-private partnerskaber, og der er ikke ændret på reguleringen. De siddende regeringer har fra 2004 til 2012 haft fokus på et øget samarbejde mellem den offentlige og den private sektor i deres regeringsgrundlag, og i forbindelse med dette øget samarbejde er offentlige-private partnerskaber nævnt.²¹ de seneste regeringsgrundlag er et øget samarbejde mellem den offentlige og private sektor derimod ikke nævnt, og offentlige-private partnerskaber er derfor heller ikke omtalt, hvilket kan tolkes således, at det er et område, regeringen ikke ønsker at prioritere særlig højt.¹ I december 2016 inviterede transport-, bygnings- og boligminister Ole Birk Olesen dog pensionskasser, private og kommunale parter til et møde om muligheden for at bruge offentlige-private partnerskaber ved tre store infrastrukturprojekter i Danmark/ I denne forbindelse udtrykte ministeren sig positivt overfor samarbejdsformen. Det kan således trods manglende formuleringer i regeringsgrundlaget ses som en fornyet interesse for offentlige-private partnerskaber.

På europæisk plan er der i 2014 taget initiativ til at fremme samarbejdet mellem offentlige og private parter,⁵ mens der i Danmark ikke er sket meget de seneste år. Der er fra både offentlig og privat side interesse for øget samarbejde, men begge sider oplever reguleringen af offentlige-private partnerskaber som en stor barriere, hvorfor det er interessant at redegøre og analysere reguleringen samt undersøge motiverne for denne regulering.

2. I regeringsgrundlaget fra 2007, Mulighedernes samfund, er der fokus på samarbejdet mellem offentlige og private parter, herunder offentlige-private partnerskaber og i regeringsgrundlaget fra 2011, Et Danmark, der står sammen, ønskes øget samarbejde mellem offentlige og private, herunder offentlige-private partnerskaber.
3. Regeringsgrundlagene Sammen for fremtiden, juni 2015 og Marienborgaftalen, november 2016, For et friere, rigere og mere trygt Danmark.
4. De tre projekter, der blev drøftet var: 1) En østlig ringvej (havnetunnel) i København, 2) en Limfjordsforbindelse og 3) en fjordforbindelse ved Randersfjord.
5. Som følge af Europakommissionen politiske retningslinjer fra 2014, A New Start, blev Den Europæiske Fond for Strategiske Investeringer oprettet i november 2014, som bl.a. har til formål at inddrage offentlige-private partnerskaber som et kemelement i fremtidens vækst i EU.

2. Fastlæggelse af kommunale offentlige-private partnerskaber

Ved offentlige-private partnerskaber indgår den offentlige part, i dette tilfælde en kommune, en aftale med en privat part, et OPP-selskab, om opførelse af en større bygning. Offentlige-private partnerskaber bliver i denne artikel defineret som et aftaleforhold, hvor både finansiering, opførelse, drift og vedligeholdelse varetages af den private part.⁶ Ved flere byggerier i Danmark bliver selve opførelsen af anlægget finansieret af den private part (OPP-selskabet). Når byggeriet står færdigt, overtager den offentlige part ejerskabet af anlægget og står efterfølgende for finansiering af drift og vedligeholdelse af anlægget. Sådanne aftaleforhold bliver ofte betegnet som offentlige-private partnerskaber,⁷ men da incitamentsstrukturen ændres i aftaler med offentlig finansiering,⁸ og der derfor ikke kan forventes samme outcome, opfylder de i forhold til denne artikel ikke kriterierne for en OPP-aftale og vil i stedet blive omtalt som offentlige-private samarbejdsaftaler.⁹ OPP-aftaler sker der en risikodeling mellem den offentlige og private part, og aftalen vil have en varighed på 25-30 år.

Når kommunerne indgår offentlige-private partnerskaber, bliver aftalen betragtet og behandlet som et kommunalt lån, hvorfor reguleringen af

6. Ved nærmere diskussion af definitionen på offentlige-private partnerskaber, se Sarah M. Denta, *Kommunale offentlige-private partnerskaber*, 2017, s. 66 ff. (Denta).
7. Se f.eks. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Standardmodeller for offentlige-private partnerskaber (OPP)*, Nyanlæg, 2016, s. 7 og 8, hvor finansieringen af OPP beskrives som »ofte indgår finansieringen af projektet også« samt Denta, s. 124.
8. I offentlige-private partnerskaber med privat finansiering er OPP-selskabet ansvarlig for både finansiering, projektering, anlæg og den efterfølgende drift, service og vedligeholdelse. OPP-selskabet vil allerede i projekterings- og anlægsfasen have incitamenter til at tænke i løsninger der på lang sigt vil gøre drift, vedligeholde og service af anlægget nemmere og billigere for derved hurtigere at indtjene investeringen og øge fortjenesten gennem lavere totale omkostninger over tid, se Carsten Greve og Christina D. Tvamø, *Offentlige-private partnerskaber og totaløkonomi*, 2012, s. 8 samt Christina D. Tvamø and Constance Bagley, *Pharmaceutical Public-Private Partnerships: Moving From the Bench to the Bedside*, 2014, s. 376.
9. Artiklen vurderer ikke aftaleformerne, men den offentlige part bør være opmærksom på forskellene mellem de to aftaleformer.

offentlige-private partnerskaber skal findes i reguleringen af kommunal låntagning.

3. Regulering af kommunal låntagning - kommunestyrelsesloven

Kommunestyrelsesloven, som er gældende for alle kommuner,¹⁰ medmindre de specifikt er undtaget i loven, jf. § 1, blev vedtaget den 31. maj 1968.¹¹ Loven regulerer kommunernes myndighedsbeføjelser og danner det juridiske grundlag for de pligter og rettigheder, kommunerne skal agere efter. Kommunestyrelseslovens §§ 41, 58 og 59 vedrører den kommunale låntagning, og reglerne har siden 1970 dannet hjemmelsgrundlag for de statslige fastsatte lånebegrænsninger for kommunernes låntagning.¹² Lånebekendtgørelsen, som blev vedtaget i 1982,¹³ har hjemmel i kommunestyrelseslovens §§ 41, 58 og 59 og regulerer kommunernes mulighed for at optage lån.

3.1. Lånebekendtgørelsen, deponeringsreglen og offentlige-private partnerskaber

Kommunerne samlede låntagning må i henhold til lånebekendtgørelsen § 1 ikke overstige kommunernes adgang til at optage lån efter lånebekendtgørelsen §§ 2, 16 og 17. I lånebekendtgørelsens § 3 defineres, hvad der henregnes til kommunal låntagning, hvorefter offentlige-private partnerskaber efter Økonomi- og indenrigsministeriets opfattelse er omfattet af § 3, stk. 1, nr. 8.¹⁴ Dette medfører, når kommunerne indgår en OPP-aftale med en privat part, at aftalen bliver betragtet og behandlet som et lån fra kommunens side i henhold til lånebekendtgørelsen. Offentlige-private partnerskaber involverer ofte aftaler på større beløb, og kommunerne vil derfor sjældent have ledig låneramme i henhold til lånebekendtgørelsen ved indgåelse af OPP-aftaler. Kommunerne kan via deponeringsreglen i lånebekendtgørelsen § 6, trods manglende ledig låner-

10. Lovbekg. nr. 318 af 28. marts 2017.

11. Lovbekg. nr. 223 af 31. maj 1968, historisk.

12. Indtil 1982 blev lånebegrænsninger og undtagelser fastsat for ét år ad gangen som et led i statens styring af kommunernes økonomi.

13. Bekg. nr. 683 af 20. december 1982, historisk.

14. Se Denta, kap. 7 for en nærmere diskussion af dette.

amme, alligevel indgå OPP-aftaler, idet lån ikke henregnes til kommunal låntagning, hvis kommunerne benytter deponeringsreglen. Reglen betyder, at hvis en kommune deponerer et beløb svarende til OPP-aftalens værdi¹⁵ på en særskilt konto i et pengeinstitut,¹⁶ vil beløbet ikke blive henregnet til kommunens låntagning. Kommunen vil efterfølgende få det deponerede beløb frigivet med 1/25 de følgende 25 år. Ovenstående kan illustreres ved et eksempel:

Kommunen X indgår en OPP-aftale om opførelse af en svømmehal. Den private part står for opførelse samt den efterfølgende drift og vedligeholdelse i 30 år. Den samlede kontraktsum er på 180 millioner kroner, hvoraf opførelsesomkostningerne er opgjort til 80 millioner kroner, mens drift og vedligeholdelsesomkostningerne udgør de resterende 100 millioner. OPP-aftaler er omfattet af lånebekendtgørelsen. Dette medfører, at når den private part starter med at bygge svømmehallen, skal den offentlige part - kommunen - deponere omkostningerne for opførelse af svømmehallen, i dette tilfælde 80 millioner kroner, på en særskilt konto i et pengeinstitut eller deponere obligationer med en tilsvarende kursværdi i et pengeinstitut, et realkreditinstitut eller i KommuneKredit i henhold til deponeringsreglen i lånebekendtgørelsens § 6, stk. 1. Kommunen X vil herefter få frigivet 1/25 af de 80 millioner kroner de efterfølgende 25 år. Samtidig betaler OPP-selskabet (den private part) for opførelse af bygningen.

Der kan med deponeringsreglen således argumenteres for, at der i en periode bliver betalt to gange for samme byggeri. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gennemførte i 2013 en undersøgelse, hvoraf det fremgår, at deponeringsreglen er den største barriere for indgåelse af OPP-aftaler.¹⁷

3.2. Farumsagens påvirkning på offentlige-private partnerskaber

Offentlige-private partnerskaber blev første gang reguleret i Danmark i 2003 med vedtagelse af bekendtgørelsen om anvendelse af offentlig-privat partnerskab (OPP), partnering og nøgletal.¹⁸ Det kan derfor med sikkerhed konstateres, at offentlige-private partnerskaber ikke har været med i overvejelserne i forbindelse med vedtagelse og ændringer af lånebekendtgørelsen indtil 2003. Da offentlige-private partnerskaber blev introduceret i Danmark, vidste lovgiver meget lidt om samarbejdsformen.

15. Således lån og aftaler omfattet af lånebekendtgørelsen § 3, stk. 1, nr. 2-8

16. Kommunerne kan også vælge at deponere obligationer med en tilsvarende kursværdi i et pengeinstitut, et realkreditinstitut eller i KommuneKredit.

17. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Barrierer for OPP ved kommuner og regions bygge- og anlægsprojekter, 2013, s. 8.

18. Bekg. nr. 1135 af 15. december 2003, historisk.

OPP-aftaler blev straks ved introduktionen i Danmark omfattet af lejebe- grebet,¹⁹ hvormed OPP-aftaler automatisk var omfattet af lånebekendtgø- relsen og dermed deponeringsreglen. På denne måde fjernede lovgiver enhver usikkerhed eller tvivl vedrørende lovreguleringen af denne nye samarbejdsform, da der ikke var tvivl om reguleringen af kommunale le- jeaftaler. Bekymringerne for én gentagelse af Farumsagen har helt sikkert været medvirkende til, at Indenrigs- og Sundhedsministeriet straks lod offentlige-private partnerskaber være omfattet af regulering gennem leje- begrebet.

Farumsagen drejede sig om »sale and lease back-aftaler«. I Farum havde et udvalg under kommunalbestyrelsen solgt kommunens ejen- domme til en privat part, hvorefter Farum Kommune betalte den nye ejer en leje for bygningen. Kommunen havde dermed stadig brugsret og rå- dighed over bygningerne, samtidig med at den opnåede en kontant for- del i forbindelse med salget. Kommunen havde efter lejekontrakternes udløb ret til at tilbagekøbe bygningerne. I forbindelse med disse sale and lease back-aftaler havde kommunen ikke overholdt de kommunale regler vedrørende likviditet, hvorfor kommunen blev sat under økonomisk ad- ministration af Indenrigsministeriet i 2002.²⁰

OPP-aftaler og sale and lease back-aftaler har således ikke fællestræk. Det er til dels forståeligt, at der fra ministeriets side var en bekymring for gentagelse af Farumsagen, og ministeriet derfor valgte at regulere offent- lige-private partnerskaber som lejeaftaler, da der ikke var eller er nogen tvivl om, hvordan kommunale lejeaftaler skal reguleres efter lånebe- kendtgørelsen. Der var nemlig meget sparsom viden om offentlige- private partnerskaber, da samarbejdsformen blev introduceret i Dan- mark. Der, hvor der kan stilles spørgsmål ved håndteringen af of- fentlige-private partnerskaber og reguleringen af disse, er årene efter samarbejdsformen blev introduceret i Danmark og frem til i dag. Der har løbende været en diskussion af OPP-aftaler og deponeringsreglen, men

19. Se Denta, kap. 7, 8 og 9 for nærmere diskussion af, om offentlige-private partner- skaber kan/bør opfattes som lejeaftaler.

20. Der blev på baggrund af Farumsagen nedsat en ekspertgruppe, som skulle under- søge reglerne. Denne undersøgelse var medvirkende til indsættelse af § 41, stk. 2 i kommunestyrelsesloven. Før denne regel blev indført, kunne kommunalbestyrel- sen lovligt være fuldstændig uvidende om kommunale underudvalgs beslutnin- ger vedrørende leje- og leasingaftaler.

den grundlæggende regulering af offentlige-private partnerskaber er der aldrig blevet taget stilling til.²¹

Denne manglende stillingstagnung kan skyldes, at lovgiver mener, at reguleringen fungerer fint, og der dermed ikke er grundlag for ændringer. Det kan også være, at lovgiver mener, at en ændring af gældende regulering kan skabe usikkerhed. Idet offentlige-private partnerskaber ifølge Social- og Indenrigsministeriets opfattelse og den praktiske håndtering af offentlige-private partnerskaber i dag er omfattet af lånebekendtgørelsen, opstår der ikke usikkerhed om, hvordan reguleringen af aftalerne skal tolkes eller håndteres. Den manglende stillingtagen kan også skyldes, at der i Danmark ikke er en egentlig samlet opfattelse og forståelse af, hvad OPP-aftaler skal/bør indeholde, før der er tale om et offentligt-privat partnerskab. En ændring af reguleringen af offentlige-private partnerskaber vil kræve, at der fra ministeriets side bliver taget stilling til, hvad en OPP-aftale skal indeholde for at aftalen kan defineres som et offentligt-privat partnerskab. Som denne artikel også tidligere fastslår, er opfattelse af begrebet offentlige-private partnerskaber i Danmark meget bred. Især i forhold til selve finansieringen af OPP-projekter er opfattelsen noget anderledes i forhold til opfattelsen af offentlige-private partnerskaber i andre lande, hvor udgangspunktet er, at finansieringen kommer fra den private part. Med en ændring af reguleringen for offentlige-private partnerskaber vil ministeriet - med stor sandsynlighed - være nødt til at tage stilling til, hvad en aftale skal indeholde, for at den kan betragtes som en OPP-aftale og være omfattet af den ændrede regulering.

4. Regulering af kommunale OPP-aftaler

OPP-aftaler er som nævnt omfattet af lånebekendtgørelsen og dermed af deponeringsreglen. Denne regel er ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den største barriere i forbindelse med indgåelse af offentlige-private partnerskaber. Der er siden introduktionen af offentlige-private partnerskaber i 2003 sket yderligere regulering/fastsættelse af reglerne for OPP-aftaler, men frygten for en gentagelse af Farumsagen har været

21. Flere lande, f.eks. Frankrig og Irland, har udarbejdet specialiserede OPP-love, se Christina D. Tværnø, *Promoting Danish PPP's through PPP Initiatives*, 2016, European PPP Expertise Centre, France, 2012, s. 35.1 lovene er der taget højde for de særlige karakteristika for offentlige-private partnerskaber.

medvirkende til, at der aldrig er blevet sat spørgsmålstejn ved reguleringen af OPP-aftaler. Nedenfor vil den gældende offentligretlige regulering (udover deponeringsreglen) af OPP-aftaler i Danmark blive analyseret.

4.1. Forvaltningsretten - kommunalfuldmagten

Forvaltningsretten regulerer og påvirker indgåelse af aftaler mellem offentlige og private parter og hermed også OPP-aftaler. Det er derfor interessant at se på, om der ved indgåelse af offentlige-private partnerskaber er en øget regulering via forvaltningsretten, herunder særligt hvordan kommunalfuldmagten regulerer indgåelse af OPP-aftaler. Kommunalfuldmagten anvendes i forbindelse med den ulovbestemte del af kommunernes opgaver,²²dvs. opgaver, som kommunerne varetager uden direkte lovhjemmel.²³ Kommunalfuldmagten giver kommunerne mulighed for at varetage og påtage sig opgaver med henblik på at opfylde almene behov i lokalsamfundet samt foretage visse økonomiske dispositioner. Det er altså dispositioner, der ikke er hjemmel til i lov eller anden skreven retskilde. Kommunalfuldmagten giver kommunalbestyrelsen ret til at disponere over kommunens økonomi samt udskrive skat.

4.2. Økonomisk ansvarlighed i OPP-aftaler

Kommunalbestyrelserne administrerer de økonomiske midler, som borgerne og staten indbetaler til kommunen. Kommunalbestyrelsen er via kommunestyrelsesloven § 42, stk. 2²⁴ og kommunalfuldmagten,²⁵ forpligtet til at handle økonomisk ansvarligt. Økonomisk ansvarlighed er såle-

22. Begrebet kommunalfuldmagten er nærmere beskrevet i Betænkning nr. 1153/1988, Kommunernes og erhvervspolitikken, 1988, s. 71 ff.

23. Kommunalfuldmagten viger altid for den skrevne lovgivning. Kommunernes råderum ved hjemmel i kommunalfuldmagten kan dermed indskrænkes ved lov, jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2003, s. 675, Dario Silic, Kommunalret i praksis, 2012, s. 122 og Carsten Revsbech, Kommunernes opgaver, Kommunalfuldmagten, 2015, s. 38.

24. I bemærkningerne til lovens § 42, stk. 2 fremgår det, at formålet med kontrollen af kommunernes regnskab er at sikre, at »udførelsen af beslutningerne og forvaltningen i øvrigt er gennemført på en økonomisk forsvarlig og hensigtsmæssig måde«, jf. FT 1996-97, tillæg A, s. 3096 ff.

25. Af forslaget til lov om ændring af lov om forurennet jord, fremgår det af punkt 2.1.2, at »Kommunalfiildmagsreglene skal også ses i lyset af, at en kommune har pligt til at handle økonomisk forsvarligt«, jf. FT 2003-04, tillæg A, s. 6105.

OVERREGULERING AF OPPI DANMARK

des en vigtig retningslinje for kommunalbestyrelsens adfærd i forbindelse med styring af kommunerne.

OPP-aftaler løber over en længere årrække - ofte 25- 30 år - og den offentlige part indgår dermed en økonomisk aftale om et samarbejde med en privat part over en længere årrække. Kommunens midler vil være bundet i hele denne periode. Økonomisk ansvarlighed er i denne forbindelse yderst relevant, idet OPP-aftalen og projektet skal være økonomisk ansvarligt for at overholde kommunalfuldmagten og dermed gældende regulering. Kommunen skal derfor være ekstra opmærksom på økonomien i OPP-projektet på grund af den lange tidshorisont og undersøge OPP-selskabets økonomi for at overholde kravet om økonomisk ansvarlighed. Hvis OPP-selskabets økonomi ikke er holdbar, og kommunen alligevel indgår en OPP-aftale med selskabet, har kommunen ikke overholdt gældende regulering i forhold til kommunalfuldmagtens krav om økonomiske ansvarlighed, da gennemførelsen af OPP-aftalen er afhængig af, at OPP selskabet kan levere de lovede ydelser gennem hele aftaleperioden. Er kommunalbestyrelsen ved aftaleindgåelse det mindste i tvivl om OPP-selskabet kan løfte opgaven, bør projektet i henhold til kravet om økonomisk ansvarlighed ikke gennemføres. Kommunalfuldmagten, via økonomisk ansvarlighed, er således med til at regulere kommunalbestyrelsens adfærd og har en indvirkning på overvejelserne vedrørende beslutningsprocessen, når kommunerne skal indgå i en OPP-aftale.

Bekendtgørelse om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentligt byggeri er den eneste regulering rettet direkte mod OPP-aftaler.²⁶ Bekendtgørelsen regulerer bl.a., at der ved større byggerier i relevant omfang skal foretages totaløkonomiske vurderinger, at der skal sikres en god totaløkonomi i projekterne, og at der i forbindelse med større projekter, når det findes relevant, skal vurderes, om projektet bør gennemføres som et OPP-projekt. Bekendtgørelsen regulerer intet i forhold til selve OPP-aftalen eller samarbejdet mellem den offentlige og private part. Derfor får udtalelser og vejledninger vedrørende offentlige-private partnerskaber stor praktisk betydning, da disse dokumenter er det eneste, som parterne i et eventuelt kommende OPP-projekt har at forholde sig til i relation til overvejelser om et OPP-samarbejde.

26. Bekg. nr. 1179 af 4. oktober 2013.

4.3. Udtalelse fra Statsforvaltningen og officialprincippet

Statsforvaltningen Midtjylland tog i 2012 stilling til en borgers henvendelse vedrørende en bekymring om, at Randers Kommune handlede økonomisk uforsvarligt ved indgåelse af en OPP-aftale med en privat part.²⁷ Der blev i sagen rejst tvivl om lovligheden af den indgåede OPP-aftale mellem kommunen og Gribskov Gruppen A/S, da indklagede (en borger) vurderede, at kommunens likviditet var truet, hvis OPP-svømmehalsprojektet gik konkurs, og kommunen dermed ville blive tvunget til at overtage projektet. Indklagede stillede også spørgsmål ved, om OPP-selskabets økonomiske soliditet levede op til de krav, kommunen havde stillet i udbudsmaterialet.

Statsforvaltningens konklusion var, at Randers Kommune ikke havde handlet lovstridigt ved indgåelse af OPP-aftalen med Gribskov Gruppen A/S. I udtalelsen fra statsforvaltningen fastslås det, at *»kommunerne skal udvise ansvarsbevidsthed i deres økonomiske anliggender, så der ikke påføres kommunen udgifter eller tab der kunne være undgået«*.²⁸ Udtalelsen står videre, at *»fastlæggelsen af, hvad der er økonomisk forsvarligt, må bero på den konkrete situation, og der må som udgangspunkt gives kommunalbestyrelsen et bredt spillerum i den henseende«*. Statsforvaltningen lagde i udtalelsen afgørende vægt på, at Randers Kommune gennem hele forløbet havde haft *»tilstrækkeligt kyndig og uvildig rådgivning«*, hvilket statsforvaltningen vurderede nødvendigt, da byggeriet var *»et kompliceret anliggende, hvortil kommunen har behovet en specialiseret bygherreteknisk sagkundskab, ikke mindst på det kontraktjuridiske og økonomiske felt«*.²⁹ Med denne udtalelse gør Statsforvaltningen det klart, at når kommunalbestyrelser skal håndtere store komplicerede projekter - herunder OPP-projekter - skal der inddrages kyndig og uvildig rådgivning for at kommunerne har handlet økonomisk ansvarligt.¹⁰ OPP-aftaler vil altid være komplicerede, da de løber over en årrække og indeholder mange forskellige aspekter. Det er derfor efter Statsfor-

27. Statsforvaltningen Midtjylland, Svømmebad i Randers, 2013, s. 2.

28. Statsforvaltningen Midtjylland, Svømmebad i Randers, 2013, s. 5.

29. Statsforvaltningen Midtjylland, Svømmebad i Randers, 2013, s. 6.

30. I kommunestyrelseslovens § 50 gives Statsforvaltningen hjemmel til at udtale sig om lovligheden af kommunale dispositioner eller undladelser. Økonomi- og Indenrigsministeriet har ikke efter Statsforvaltningens udtalelse vedrørende offentlige-private partnerskaber efterfølgende kommet med generelle udtalelser i forbindelse med offentlige-private partnerskaber, hvilket må tolkes som, at ministeriet som udgangspunkt tolker reglerne vedrørende kommunalfuldmagten og offentlige-private partnerskaber på samme måde som Statsforvaltningen.

valtningens udtalelse ikke muligt at gennemføre store OPP-projekter uden at have indhentet »kyndig og uvildig rådgivning«, da disse udestående rådgivere vil fraråde projekter, hvis de ikke er økonomisk forsvarlige. Dermed vil en gentagelse af Farumsagen ikke være mulig, eller i hvert fald være yderst kompliceret. Det vil heller ikke være muligt for et enkelt kommunalbestyrelsesmedlem at gennemføre/presse store personlige prestigeprojekter igennem, som ikke er økonomisk ansvarlige. De uvildige rådgivere vil anbefale, at projektet ikke gennemføres. Med en sådan anbefaling vil resten af kommunalbestyrelsen ikke gennemføre projektet dels af frygt for kommunens økonomi, dels - hvis de trods råd om det modsatte alligevel vælger at gennemføre projektet og det går galt - vil fremstå dårligt ved et kommende valg.

Ud over udtalelsen fra statsforvaltningen er kommunerne i henhold til officialprincippet forpligtet til at frembringe korrekte og tilstrækkelige oplysninger, før en eventuel afgørelse træffes.³¹ Har kommunen, når et OPP-projekt skal vurderes, således ikke de fornødne juridiske, økonomiske eller tekniske kompetencer, kan der argumenteres for, at kommunen også i henhold til officialprincippet skal indhente viden og oplysninger fra folk med ekspertise på det/de givne områder, så kommunen kan få tilstrækkelige med oplysninger til at træffe en korrekt afgørelse.

Der kan ikke være en forventning om, at kommunernes ansatte har viden inden for de juridiske, økonomiske og de tekniske forhold i forbindelse med OPP-aftaler. Kommunernes ansatte vil have generel viden, men den specifikke viden i forhold til et kommende OPP-projekt samt økonomisk vurdering af projektet kan de ansatte i kommunen ikke forventes at besidde. Kommunen vil derfor uden rådgivning fra eksterne parter risikere at overse væsentlige forhold, når det skal vurderes, om OPP-projektet er økonomisk ansvarligt. Derfor skal der altid i henhold til gældende regulering inddrages eksterne rådgivere.

4.4. EU's Stabilitets- og vækstpakt

EU's Stabilitets- og vækstpakt regulerer medlemslandenes finanspolitik og skal sikre, »at EU-landene har styr på statsfinanserne og koordinerer deres finanspolitik«.³² Paktens skal således sikre en effektiv forvaltning af landenes offentlige finanser og undgå et for stort underskud i medlemslande-

31. Folketingets ombudsmand, Beretning 2011, afsnit 7, officialprincippet.

32. www.ec.europa.ec. Europa-Kommissionen, Økonomiske og finansielle anliggender, EU Governance, Stabilitets - og vækstpakten.

ne.” I Stabilitets- og vækstpagten er der fastlagt grænser for medlemslandenes offentlige underskud og bruttogæld. I art. 1 i protokol nr. 12 om proceduren i forbindelse med uforholdsmæssigt store underskud fastsættes,¹⁴ at: 1) *Underskuddet på de offentlige finanser i medlemslandene må normalt højst udgøre 3 % af BNP*, og 2) *Den offentlige bruttogæld for medlemslandene må højst udgøre 60 % af BNP - eller den skal nedbringes med en tilfredsstillende hastighed*,³⁷

I Stabilitets- og vækstpagten fastsættes konsekvenserne for medlemslandene, hvis disse grænser overskrides, og pagten indeholder retningslinjer, hvis formål er at forebygge et voksende underskud hos medlemsstaterne. Stabilitets- og vækstpagten er opdelt i en forbyggende og korriigerende del. Den forbyggende del fastlægger retningslinjer, der har til formål at forebygge opbygningen af underskud i den offentlige gæld hos medlemslandene.³⁶

Reguleringen af offentlige-private partnerskaber bliver påvirket af styringen og reguleringen af Danmarks offentlige gæld via EU-reguleringen i form af kravene/grænserne i Stabilitets- og vækstpagten. Når medlemslandene indgår store og dyre OPP-projekter, vil landenes offentlige finanser ofte blive påvirket, og idet medlemslandene i henhold til Stabilitets- og vækstpagten ikke må have for stor gæld, er pagten relevant, når reguleringen af offentlige-private partnerskaber skal analyseres.

Medlemslandene skal ifølge art. 4 og 8 i forordning 1175/2013³⁷ årligt forelægge en rapport/et program for Kommissionen og Rådet, hvori

33. Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, EU ret, 2016, s. 273 ff.

34. Protokol nr. 12 er knyttet som bilag til Traktaten om Den Europæiske Union og Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. Referenceværdierne for det offentlige budgetunderskud og den offentlige bruttogæld findes i Protokol nr. 12 om proceduren i forbindelse med uforholdsmæssigt store underskud.

35. Grænserne på 3 % i underskud og 60 % i gæld i forhold til BNP er fastlagt, da økonomer har vurderet, at de grænser kan skabe den optimale balance mellem på den ene side regeringernes udgifter og lånebehov og på den anden side målet om at sikre bæredygtighed og robusthed i et lands finanser.

36. En del af den forbyggende del i pagten er, at medlemslandene hvert år skal indlevere rapporter over landets økonomi, hvormed Kommissionen har mulighed for at vurdere økonomien i hvert enkelt medlemsland. Forordning 1175/2011, art. 2 a fastsætter nogle individuelle mål for EU-landenes budgetter, som landene skal arbejde hen imod.

37. Forordning 1175/2011 om ændring af forordning 1466/1997 om styrkelse af overvågningen af budgetstillinger samt overvågning og samordning af økonomiske politikker.

OVERREGULERING AF OPPI DANMARK

hvert medlemsland skal redegøre for udviklingen i den offentlige sektor for de kommende år.³⁸ Disse rapporter vil komme og igangværende OPP-projekter fremgå, da sådanne projekter vil være en del af udviklingen i landene.

4.4.1. On eller off sheet balance

Det afgørende for, om et OPP-projekt skal regnes med i landets offentlige gæld efter Stabilitets- og vækstpakten, er, om projektet betragtes som en offentlig eller privat investering. I Stabilitets- og vækstpakten bliver dette omtalt og behandlet som spørgsmålet, om OPP-projektet er »on eller off balance sheet«. Hvis et projekt behandles som on balance sheet, betyder det, at lånet til projektet er opført som en gældsforpligtelse på den offentlige myndigheds balance og dermed tæller med i den samlede offentlige gæld i forbindelse med medlemslandenes gældsopgørelse. Omvendt betyder off balance sheet, at lånet ikke er opført som en gældsforpligtelse fra den offentlige side og dermed ikke skal inddrages i gældsopgørelsen, når landene årligt skal indrapportere til EU.

Når medlemslandene skal indberette deres gældsopgørelse, og det skal vurderes, om de overholder kravene i Stabilitets- og vækstpakten, kan det have betydning om store projekter - herunder OPP-projekter - bliver kategoriseret som on eller off balance sheet. Landene vil have interesse i, at projekterne bliver betegnet som off sheet balance, da projekterne således ikke vil indgå i landets gældsopgørelse.

Det Europæiske Statistiske Kontor (Eurostat) formulerede i 2004 nogle kriterier for, hvornår et projekt skal opføres som hhv. offentligt og privat i forbindelse med opgørelse af landets offentlige gæld. Ifølge Eurostat kan et projekt kun blive behandlet som off balance sheet, hvis følgende to kriterier er opfyldt:³⁹ 1) *Den private partner påtager sig anlægsrisici forbundet med projektet*, og 2) *Den private part påtager sig efterspørgsels- og/eller tilgængelighedsrisikoen forbundet med projektet*. Grundprincippet for Eurostat er således, at delingen af risici i OPP-projekter er afgørende for, om et projekt kan placeres som on eller off balance sheet.

Risikodeling er et helt centralt aspekt ved offentlige-private partnerskaber og bygger på det grundlæggende princip, at hver enkelt risiko håndteres af den af parterne, som bedst og billigst kan påvirke og håndte-

38. For medlemslandene i euroområdet kaldes rapporterne stabilitetsprogrammer og for medlemsstaterne uden for euroområdet kaldes de konvergensprogrammer.

39. Eurostat, STAT/04/18, 2004.

re den pågældende risiko.⁴⁰ Med ovenstående kriterier opdeler Eurostat risikoen ved OPP-projektet i tre elementer: 1) anlægsrisiko, 2) efterspørgselsrisiko⁴¹ og 3) tilgængelighedsrisiko.⁴² Disse skal varetages af den private part i OPP-projektet, før projektet kan betragtes som off sheet og således ikke skal medregnes, når landets offentlige gæld skal opgøres. Det vil for medlemslandene være en vurdering fra projekt til projekt, om der er overført tilstrækkelig risici til den private part i forhold til tre overstående elementer, så projektet kan betegnes som off balance sheet. I Danmark vil den offentlige part i de fleste OPP-projekter forpligte sig til at betale et fast beløb til den private part, f.eks. som betaling for drift eller vedligeholdelse over hele kontraktperioden, og/eller den private part vil være lovet en minimumsindtægt. Dermed bærer den private part ikke risikoen for efterspørgslen i projektet. Danske OPP-projekter vil derfor som udgangspunkt være on balance sheet og således være omfattet af den offentlige gæld.

Det vil være yderst sjældent, at der i Danmark vil blive gennemført OPP-projekter, der kan karakteriseres som off balance sheet projekt,⁴³ fordi prisen for at overføre alle risici til den private part vil være høj og muligvis fordyre projektet. En fordyrelse af projektet vil i mange tilfælde medføre, at der på kommunalt plan ikke vil være opbakning til at gennemføre OPP-projektet med privat finansiering, idet kommunerne har billige lånemuligheder hos KommuneKredit, og kommunalbestyrelserne derfor i de fleste tilfælde vil foretrække denne finansieringskanal.⁴⁴ Dermed vil danske OPP-projekter altid skulle medregnes, når gældsopgørel-

40. Darrin Grimsey and Mervyn K Lewis, *Are Public Private Partnerships Value for Money? Evaluating Alternative Approaches and Comparing Academic and Practitioner Views*, 2005, section 3.3.

41. At den private part skal påtage sig hele efterspørgselsrisikoen betyder, at den private part skal påtage sig hele risikoen i forbindelse med antal brugere af anlægget og indtægter fra disse brugere.

42. Tilgængelighedsrisici betyder, at det er den private parts ansvar, at anlægget står til rådighed for brugerne og har den aftalte kvalitet.

43. Et eksempel på et off sheet projekt kunne være en bro eller et stykke motorvej finansieret ved brugerbetaling. I dette tilfælde er al risikoen i henhold til efterspørgsel og finansiering overdraget til den private part. Denne form for OPP-modeller bruges ikke i Danmark, men anvendes i både Spanien, Frankrig og Tyskland.

44. Se Denta, kap. 11 for nærmere beskrivelse af KommuneKredit og finansiering af store kommunale projekter. Der er tale om offentlige-private samarbejde, når KommuneKredit finansierer aftalen.

sen til EU i forbindelse med Stabilitets- og vækstpagten skal opgøres. Flere store OPP-projekter vil derfor påvirke størrelsen af Danmarks gældsopgørelse i de årlige rapporter, som skal sendes til Kommissionen.

4.4.2. Finanspagten og budgetloven

Traktaten for stabilitet, koordinering og styring i den økonomiske og monetære union, herefter Finanspagten,⁴⁵ blev til som en reaktion på finans- og gældskrisen og bygger videre på de økonomiske aftaler, som medlemslandene indgik i Stabilitets- og vækstpagten om den økonomiske politik. Hovedformålet med pagten er at få de deltagende lande til at indføre budgetregler i deres nationale lovgivninger. Budgetreglerne skal sikre, at deltagerlandene ikke bruger flere offentlige midler, end landene opkræver i skatter og afgifter. Medlemslandene skal således gøre det lovpåkligt at have et offentligt budget, der er i balance eller overskud.⁴⁶

Danmark vedtog i 2012 budgetloven som en direkte konsekvens af finanspagten.⁴⁷ Med vedtagelse af budgetloven indførtes i Danmark en overordnet udgiftsstyring af den offentlige sektor og en regel om budgetbalance i det danske budgetsytem.⁴⁸ Ifølge budgetlovens § 1 er hensigten med loven at *»sikre balance eller overskud på de samlede offentlige finanser og en hensigtsmæssig udgiftsstyring i stat, kommuner og regioner«*.⁴⁹

I både Finanspagten og budgetloven er der således krav om, at de offentlige finanser *»skal være i balance eller udvise overskud«*,⁵⁰ og der er i budgetloven derfor indført et udgiftspolitisk styringssystem med udgiftslofter⁵¹ for hhv. stat, regioner og kommuner.⁵² Stat, regioner og kommunerne skal hvert år holde sig inden for disse lofter, der fastsættes af Folketinget for en fireårig periode. Ved at indføre udgiftslofterne har Finansministe-

45. Bekg. nr. 1 af 10. januar 2013.

46. Bekg. nr. 1 af 10. januar 2013, art. 3, stk. 1, a.

47. I budgetlovens kap. 2 er der implementeret bestemmelser direkte fra finanspagten, og i bemærkninger til budgetlovens afsnit 3 bliver lovens forhold til finanspagten behandlet. Ifølge budgetloven § 2, stk. 1, skal *»den samlede budgetstilling på de samlede offentlige finanser være i balance eller udvise et overskud«*, hvilket er en direkte implementering af finanspagtens art. 3, stk. 1a.

48. Finansministeriet, Budgetvejledning, 2016, s. 16.

49. Lov nr. 547 af 18. juni 2012, § 1.

50. Budgetloven § 2, stk. 1 og finanspagten art. 3, stk. 1 a.

51. Udgiftsloftet forstås i henhold til budgetloven § 5, stk. 2, som *»en øvre grænse for nærmere bestemte faktiske udgifter i finansåret«*.

52. Lov nr. 547 af 18. juni 2012, kap. 3.

riet fået mulighed for at styre den offentlige gæld, som krævet i både Stabilitets- og vækstpakten samt Finanspakten. Opdelingen gør det også nemt for ministeriet at fordele et klart ansvar for udgiftsstyringen af de tre sektorer.⁵⁵

Det kommunale udgiftsloft defineres i budgetlovens § 10 som »en øvre grænse for de kommunale nettodriftsudgifter til service i finansåret«, hvilket bl.a. omfatter kommunernes driftsudgifter til skoler, daginstitutioner og ældreområdet/ Anlægsudgifter er ifølge bemærkninger til budgetlovens §11 ikke omfattet af nettodriftsudgifter,» hvilket betyder, at anlægssummen på OPP-projektet ikke er omfattet af budgetloven.⁵⁶ OPP-projekter bliver alligevel påvirket af reguleringen i budgetloven, idet de serviceydelser, der er knyttet til OPP-projektet efter færdiggørelse af anlægget, vil være omfattet af budgetlovens §§ 10 og 11. Der er således med vedtagelse af udgiftslofterne i budgetloven indført en øvre grænse for kommunernes og regionernes driftsudgifter. Idet kommunerne ved indgåelse af OPP-aftaler binder sig for en driftsaftale over en længere årrække, skal kommunalbestyrelserne være opmærksomme på, at kommunerne i hele den periode OPP-aftalerne løber, vil have mindre råderum til kommunernes andre driftsudgifter.

Der er således med indførelse af budgetloven indført en regulering, som indirekte er med til at regulere kommunernes brug af offentlige-private partnerskaber som samarbejdsform. Det vil med et udgiftsloft for driftsudgifterne ikke være muligt for kommunerne over hele landet at indgå et stort antal OPP-projekter, da råderum i forhold til driftsudgifterne vil blive væsentligt mindre over en lang periode. At en stor del af de tildelte driftsudgifter bliver bundet langt ud i fremtiden, er ikke en ønskværdig situation for kommunerne.

53. Udgiftslofterne er for de enkelte sektorer koblet til budgetter og regnskaber i den pågældende sektor.

54. Lovforslag nr. L 174 af 25. april 2011, ad § 10.

55. Lovforlag nr. L 174 af 25. april 2011, ad § 11.

56. I økonomiaftalen mellem KL og regeringen er der fastsat et anlægsloft. OPP-projekter finansieret af private er ikke omfattet af dette anlægsloft. Anlægsrammen vil blive påvirket, hvis/når kommunerne køber OPP-anlægget tilbage efter udløb af OPP-aftalen, hvilket kommunerne skal være opmærksomme på.

5. Kan deponeringsreglen undværes?

I 2003, da offentlige-private partnerskaber blev introduceret i Danmark, blev samarbejdsformen omfattet af lånebekendtgørelsen, bl.a. for at undgå en gentagelse af Farumsagen. Denne frygt er i dag ganske ubegrundet, da der, siden offentlige-private partnerskaber blev introduceret, er sket en øget regulering af OPP-aftaler i Danmark. Lovgiver burde derfor revurdere reguleringen af OPP-aftaler.”⁷⁷

Ud over deponeringsreglen sker den offentligretlige regulering af OPP-aftaler via kommunalfuldmagtens krav om økonomisk ansvarlighed, officialprincippet, Stabilitets- og vækstpagten, Finanspagten samt budgetloven.

Kommunalbestyrelsesmedlemmerne skal agere økonomisk ansvarlig i deres beslutninger vedrørende OPP-projekter. Ifølge Statsforvaltningens udtalelse i Randers Kommune-sagen skal kommunalbestyrelsesmedlemmerne for at agere økonomisk ansvarligt i forbindelse med store kompliceret projekter, herunder OPP-projekter, inddrage kyndige og uvildige eksperter, som skal vurdere og rådgive kommunalbestyrelsen i forhold til OPP-projektet, OPP-selskabets økonomi samt hjælpe med udformning af udbuddet og OPP-aftalen. Dermed vil der altid ske en objektiv vurdering af et kommende OPP-projekt. OPP-projekter, der ikke er rentable, er ulovlige, eller som økonomisk ikke hænger sammen, vil jo blive stoppet i selve beslutningsfasen.

Stabilitets- og vækstpagten samt finanspagtens krav om økonomisk balance har også indflydelse på reguleringen af offentlige-private partnerskaber. Indgås der for mange store og dyre OPP-projekter, vil det påvirke Danmarks årlige offentlige gældsopgørelse til EU.

I budgetloven, som er vedtaget på baggrund af finanspagten, er der indført et udgiftsloft for de kommunale driftsudgifter. Dette loft regulerer også OPP-aftaler. Henset hertil er det ikke ønskværdigt for kommunerne at indgå et ubegrænset antal OPP-projekter, da en stor del af kommunernes driftsudgifter i sådanne et tilfælde vil være bundet mange år frem.

På baggrund af den offentligretlige regulering af offentlige-private partnerskaber er vurderingen, at offentlige-private partnerskaber ikke behøver eller bør være omfattet af lånebekendtgørelsen og således heller ikke af deponeringsreglen. Det kan umiddelbart virke, som om lovgiver

57. Om det skal være en egentlig OPP-lov som vedtaget i f.eks. Frankrig eller Irland eller en revision af gældende regler, tager denne artikel ikke stilling til.

ikke stoler på, at kommunalbestyrelsen vil stoppe eventuelle urentable projekter, måske fordi der fra Finansministeriets side er en frygt for, at kommunalbestyrelsen vil tænke på kommunens mulighed for at få et nyt idrætsanlæg, svømmehal eller kulturhus, og derfor se lidt let på det økonomisk ansvarlige i projektet. Dette kan tolkes som en mistillid til kommunalbestyrelsens styring af kommunen - en mistillid, der formentlig kan trækkes tilbage til Farumsagen. Dermed spiller Farumsagen stadig en stor rolle for reguleringen af OPP-aftaler - trods forskelligheden mellem sale and lease back-modellen, der blev brugt i Farumsagen, og OPP-aftaler.

Gældende regulering af OPP-aftaler uden deponeringsreglen er tilstrækkelig regulering af samarbejdsformen. Danmark vil ikke, selvom kommunerne blev fritaget for at skulle deponere anlægssummen ved OPP-projekter, opleve en stor stigning i antallet af OPP-projekter, og der vil heller ikke pludselig skyde en masse urentable OPP-projekter op. Ved at fjerne deponeringsreglen for OPP-projekter vil der formentlig ske en stigning i antallet af projektet, hvor offentlige og private parter samarbejder om både finansiering, projektering og drift af større projekter, men det bør også være i Danmarks og EU's interesse. Ændres der ikke på gældende lovgivning, vil offentlige-private partnerskaber som defineret i denne artikel formentlig aldrig blive en attraktiv samarbejdsform i Danmark. I stedet vil det fremtidige samarbejde mellem offentlige og private parter, hvori finansiering er en del af projektet, indeholde en tredje part - nemlig KommuneKredit, og der vil være tale om offentlige-private samarbejder.

Konklusionen er derfor, at offentlige-private partnerskaber skal fritages fra deponeringsreglen, da der stadig vil være tilstrækkelig offentlig-retlig regulering af samarbejdsformen, hvorfor der ikke kan ske en gentagelse af Farumsagen.