

**Peter Arnt Nielsen
Peter Koerver Schmidt
Katja Dyppel Weber**

Erhvervsretlige emner

Juridisk Institut CBS



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2015

Peter Amt Nielsen, Peter Koerver Schmidt & Katja Dyppel Weber
Erhvervsretlige Emner - Juridisk Institut CBS

1. udgave, 1. oplag

© 2015 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Jurist- og Økonom forbundets Forlag/Djøf Forlag er godkendt af Uddannelses- og Forskningsministeriet som pointgivende forlag i den bibliometriske forskningsindikator. For at en publikation kan opnå point, er kravet herfor, at forlaget skal benytte fagfællebedømmelse, hvilket vil sige, at en ekstem forsker har bedømt forskningens kvalitet inden værkets publicering.

Publikationen er fagfællebedømt

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: Bo Helsted

Tryk: Ecograf, Højbjerg

Printed in Denmark 2015

ISBN 978-87-574-3524-5

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.....	9
Skatteretlig omgåelse.....	11
<i>Professor Jane Bolander</i>	
What is an »Undertaking« in EU Competition Law?.....	33
<i>Professor Emeritus Jens Fejø</i>	
Action Research and Efficient Maritime Transport Contract Negotiation.....	49
<i>PhD Fellow Jonatan Echebarria Fernndez</i>	
Offentlighed omkring identiteten af deltagerne i person- selskaber efter dansk ret.....	65
<i>Professor Søren Friis Hansen</i>	
Remedying Political Risk in Public-Private Contracts - From a Perspective of Danish and French Administrative Contract Law	81
<i>Assistant Professor Marie-Louise Holle</i>	
New EU Logo for Online Pharmacies - Is it geared to serve its Purpose?.....	101
<i>PhD Fellow Vishv Priya Kohli</i>	
Rules of Misrepresentation in Insurance Contract Law	115
<i>Professor Henrik Lando</i>	

The Rome I Club - Law Applicable to the Contract in Swiss Law and in the Law of the European Union, China, Japan and Russia.....	131
<i>Professor emeritus Ole Lando</i>	
Principperne i konkurslovens § 137 uden for konkurs - Hallo, er der nogen hjemme(l)?	153
<i>Lektor Troels Michael Lilja</i>	
Separation af pant i konkurs.....	169
<i>Lektor Patrik Lindskoug</i>	
The Interface between Competition Law and Standard Essential Patents - Some Early Comments on the Huawei Case	183
<i>Associate Professor Björn Lundqvist</i>	
Modelloven om voldgift og foreløbige retsmidler.....	195
<i>Institutleder, professor Peter Amt Nielsen</i>	
Ryanair-sagen - som eksempel på retskildeudviklingen i dansk arbejdsret i EU-kontekst.....	211
<i>Professor Ruth Nielsen</i>	
German versus Danish Corporate Law - A Comparative Study of Corporate Board Structure	231
<i>Professor Georg Ringe</i>	
Profiling in the Present and New EU Data Protection Frameworks	249
<i>Associate Professor Andrej Savin</i>	
Begrænsning af aftalefriheden i offentlige K03-aftaler - En analyse af det dobbelthaltende retsforhold.....	271
<i>Ph.d.-stipendiat Henriette S.G.T. Schleimann</i>	
Den skatteretlige behandling af stiftere af trusts - En analyse af ligningslovens § 16 K.....	291
<i>Adjunkt Peter Koerger Schmidt</i>	

Skatteret og det EU-retlige forbud mod statsstøtte.....	307
--	------------

Lektor Michael Tell

Danish Public-Private Partnerships in a Comparative Perspective.....	325
---	------------

Professor Christina D. Toamø

Tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed eller ej? - Fradrag for fysiske personers tab på finansielle kontrakter.....	349
---	------------

Lektor Katja Dyppel Weber

Endnu en omgang i ringen for voldgiftsundtagelsen i Domsforordningen.....	371
--	------------

Ph.d.-stipendiat Louise Hauberg Wilhelmsen

Forord

Erhvervsretlige emner er udgivet af Juridisk Institut, Copenhagen Business School (CBS). Antologien skal præsentere Instituttet og give eksempler på artikler og working papers mv. 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. selskabsret, iværksætteri og skatteret.

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. 32 ansatte fordelt på 18 forskere, otte ph.d.-studerende, tre administrative medarbejdere og tre studentermedhjælpere. Hertil kommer to professorer emeriti, en adjungeret professor og ca. 100 eksterne undervisere.

Frederiksberg, 28. november 2015

Katja Dyppel Weber Peter Koerver Schmidt Peter Amt Nielsen

Skatteretlig omgåelse

Professor Jane Bolander

Danmark har hidtil afstået fra at indføre generelle omgåelsesklausuler inden for skatteretten, men en sådan blev indført i april 2015 for visse internationale forhold. Artiklen gennemgår denne nye omgåelsesklausul og giver afslutningsvis nogle indikationer på, hvorledes der skal forholdes uden for bestemmelsens anvendelsesområde.

1. Dansk skatteretlig omgåelsesklausul

Ved L 540 af 29. april 2015 fik Danmark sin første generelle skatteretlige omgåelsesklausul med indførelsen af ligningslovens § 3.¹ Ligningslovens § 3 er alene et af elementerne i lovforslaget, som udgør en større »skatteleypakke«. Lovforslaget indeholder en udmøntning af en aftale fra december 2014 om en styrket indsats mod skattely mellem den dagældende regering (Socialdemokraterne og Radikale Venstre), Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten. Det fremføres i bemærkningerne til lovforslaget, at aftaleparterne er enige om, at grænseoverskridende skatteunddragelse og brugen af skattelykonstruktioner er en betydelig udfordring for det internationale samfund. Globaliseringen og den elektroniske samhandel på tværs af landegrænserne giver anledning til nye skattelykonstruktioner, og skattespekulanter er kreative i deres forsøg på at undgå at betale skat i Danmark.² Noget sådant må bekæmpes med ny lovgivning.

Bestemmelsen er i sit anvendelsesområde begrænset til at alene at finde anvendelse på internationale forhold, således at rent nationale forhold stadig er underlagt den hidtidige domstolsskabte praksis. Det er endvidere ikke alle internationale forhold, som er omfattet af bestemmelsen. Det fremgår af ligningslovens § 3, at den alene finder anvendelse på EU-

1. L 167 af 20. marts 2015.

2. Jf. de almindelige bemærkninger til L 167.

retlige forhold som omstruktureringer omfattet af fusionsskattedirektivet,³ udbytteudlodninger omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet⁴ og renter og royalty omfattet af rente-/royaltydirektivet⁵ samt endvidere forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

De nævnte EU-direktiver indeholder hjemmel til, at skatteyderne kan opnå skattefrie fordele. Fusionsskattedirektivet hjemler, at en ellers skattepligtig omstrukturering bliver skattefri. Moder-/datterselskabsdirektivet hjemler, at udbytteudlodninger bliver skattefrie, mens rente-/royaltydirektivet hjemler skattefrihed for rente- og royaltybetalinger. En dobbeltbeskatningsoverenskomst er tilsvarende gunstig for skatteyderne, da den foretager en fordeling af beskatningsretten til forskellige indtægter, således at disse indtægter ikke bliver dobbeltbeskattet. Den nyindførte ligningslovs § 3 bestemmer nu, at i tilfælde af omgåelse vil den skattepligtige ikke kunne opnå de fordele, som ellers følger af direktiverne eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

2. Baggrund

I Danmark har man hidtil været afvisende over for, at der skulle være et behov for lovgivningsmæssigt at indføre en generel skatteretlig omgælsesklausul. Det har været holdningen, at domstolene er bedre til at håndtere omgælesspørgsmål ved deres generelle fortolkningsvirksomhed løst fra de begrænsninger, som en konkret lovhjemmel måtte opstille. Det har været opfattelsen, at en konkret lovhjemmel nødvendigvis måtte være enten meget abstrakt formuleret og derved ikke særlig anvendelig eller mere konkret formuleret med samtidig risiko for ikke at omfatte samtlige ønskelige situationer.⁶ Begge situationer er ikke optimale.

Ligningslovens § 3 bryder derved afgørende med den hidtidige skatteretlige tradition, men umiddelbart fremkom der ikke forud for bestemmelsens vedtagelse så stor politisk eller juridiske diskussion om dens indførelse, som man ellers kunne forvente. Når indførelsen skete så for-

3. Direktiv 2009/133/EF.

4. Direktiv 2011/96/EU.

5. Direktiv 2003/49/EF.

6. Se nærmere om omgåelse bl.a. Lærebog om indkomstskat, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, 16. udg., s. 149 et seq samt Skatteretten 1, Kamov Group Denmark A/S, 2015, 7. udg., s. 111 et seq.

holdsvis let, skyldes det at bestemmelsen om udbytteudlodninger i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet er indsat efter et krav fra EU. EU har indsat en tilsvarende omgåelsesklausul i moder-/datterselskabsdirektivet, som Danmark er forpligtet til at implementere i dansk lovgivning.⁷ Danmark var således forpligtet til at indføre en omgåelsesbestemmelse vedrørende forhold omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, men valgte så at udstrække anvendelsesområdet til at omfatte forhold omfattet af fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet.⁸

Danske Advokater opfordrer i sit høringssvar til, at den internationale omgåelsesklausul, bortset fra den del af lovforslaget, som vedrører moder-/datterselskabsdirektivet, udsættes, indtil der er foretaget en nærmere analyse af hele problemstillingen, hvilket blev afvist, da det ville medføre en unødvendig udsættelse af indgrebet.⁹ Skatteministeriets svar til Dansk Erhvervs høringssvar oplyses endvidere, at det forventes, at EU snart vil udvide omgåelsesbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet til at omfatte fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet.¹⁰ I givet fald vil Danmark være på forkant med udviklingen, da man allerede har indført bestemmelsen.

Ud over de EU-retlige forhold finder ligningslovens § 3 også anvendelse på forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst. OECD arbejder i øjeblikket med et større projekt benævnt BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), som helt overordnet har som mål at bekæmpe uønsket international skatteplanlægning.¹¹ Projektet er delt op i forskellige »actionsplans«, hvor Action 6 vedrører *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, som udgør inspirationskilden for den del af ligningslovens § 3, som vedrører dobbeltbeskatningsoverenskomster. OECD arbejder hen imod, at der dels skal indsættes en omgåelsesklausul i fremtidige dobbeltbeskatningsoverenskomster, dels indsættes en omgåelsesklausul i national lovgivning. Ligningslovens § 3 er ment til at skulle dække den nationale omgåelsesklausul. OECD's arbejde med

7. Jf. art. 1 i direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

8. Hjemlen til at undlade at anvende direktivet i tilfælde af svig eller misbrug findes i relation til fusionsskattedirektivet i art. 15, og i relation til rente-/royaltydirektivet findes den i art. 5.

9. Jf. høringsskemaet, s. 6.

10. Jf. høringsskemaet, s. 13.

11. Jf. f.eks. OECD's rapport: Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 12/02/2013.

BEPS, herunder også Action 6, er imidlertid ikke tilendebragt, og så sent som den 22. maj 2015 blev der udsendt et *Revised discussion draft on BEPS Action 6*, og den danske lovbestemmelse blev vedtaget den 21. april 2015.¹²

3. Omgåelsesklausul og retssikkerhed

Under lovforslagets behandling blev der fra flere sider utrykt bekymring for, at omgåelsesklausulen vil skade skatteyderens retssikkerhed. Kritikken gik i vidt omfang på, at værnereglerne er meget generelt formuleret, og at lovforslaget kun i meget begrænset omfang giver fortolkningsstøtte i forhold til anvendelsen af de nye og yderst komplekse væmsregler.¹³

Således udtaler FSR bl.a. i sit høringssvar, at formuleringen af den foreslåede bestemmelse er meget bred og generel, samt at ordlyden af bestemmelsen og bemærkningerne til udkastet til lovforslaget kun giver begrænset støtte til fortolkning og anvendelse af reglerne i praksis. SKAT tillægges derigennem en meget bred fortolkningsmulighed og vidtgående kompetencer til at se bort fra ellers juridisk gyldige transaktioner og strukturer. Det er FSR's bekymring, at omgåelsesklausulen vil give anledning til usikkerhed ved fortolkning og anvendelse af bestemmelsen, hvilket vil skade virksomhedernes retssikkerhed væsentligt. Der er således risiko for, at SKAT grundet den brede formulering vil føle sig nødsaget til at prøve grænser for bestemmelserne af, hvilket vil føre til en lang række sager.¹⁴ Denne bekymring afvises af Skatteministeriet, som i stedet mener, at indførelse af de foreslåede omgåelsesklausuler giver en højere grad af retssikkerhed, idet der er tale om internationale standarder, hvorved man undgår forskellige standarder i landene.

Tilsvarende bekymring for retssikkerheden udtrykker Advokatrådet i sit høringssvar. Advokatrådet er af den opfattelse, at den internationale omgåelsesklausul medfører betydelig retsusikkerhed, idet bestemmelsen er for bredt formuleret. Advokatrådet henstiller, at formuleringen gen-

12. Skatteministeriet bekræfter i svar til FRS's høringssvar, at en eventuel ændring af OECD's formulering af omgåelsesklausulen vil blive indarbejdet i ligningslovens § 3, stk. 3, jf. høringsskemaet, s. 24.

13. Jf. Martin Poulsen i SR-Skat 2015, nr. 3, s. 97.

14. Jf. høringsskemaet, s. 22 og tillige Skatteministeriets svar til Folketingets Skatteudvalg, spørgsmål 1 til L 167.

overvejes, særligt på grund af frygten for, at SKAT vil nægte et stort antal selskaber fordele efter direktiverne og dobbeltbeskatningsoverenskomsteme.¹⁵ Både Advokatrådet og Danske Advokater henleder også opmærksomheden på, at bestemmelsens abstrakte formulering indebærer, at der går adskillige år, før domstolene vil kunne give nogle fortolkningsanvisninger på bestemmelsens anvendelsesområde.¹⁶

Det er således lovgivers bevidste valg, at omgåelsesklausulen skal være meget abstrakt formuleret, således at den omfatter så mange situationer som muligt, men denne lovgivningsteknik vanskeliggør en præcis fortolkning af, hvornår et forhold er omfattet, og overlader det i vidt omfang til domstolene at fastlægge dens anvendelsesområde. En domstolskabt afgrænsning vil imidlertid tage mange år, hvilket særligt gælder, hvis og når EU-Domstolen skal inddrages. Selv om bekymringen og kritikken måtte være berettiget, så er det imidlertid vanskeligt at komme igennem med den, da bestemmelsens ordlyd fuldstændig svarer til formuleringen af ændringen til selve moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2 og 3, som Danmark er forpligtet til at implementere. Samtidig er det også hensigtsmæssigt, at omgåelsesklausulen vedrørende forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst svarer til den formulering, som måtte blive anbefalet af OECD.

4. Omgåelsesklausulen vedrørende de EU-retlige forhold

Det er i ligningslovens § 3, stk. 1, bestemt, at den skattepligtige ikke opnår de fordele, som ellers følger af direktiverne, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele. I ligningslovens § 3, stk. 2, er det uddybet, hvornår et arrangement eller serier af arrangementer ikke er reelle. Dette er tilfældet, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

15. Høringsskemaet, s. 2.

16. Jf. høringssvarene fra Advokatrådet og Danske Advokater.

I høringssvarene efterlyses en nærmere redegørelse for indholdet af de skønsmæssige elementer i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2.¹⁷ FSR giver i sit høringssvar bl.a. udtryk for bekymring for retssikkerheden på grund af den manglende klarhed. Skatteministeren henviser i sit svar til, at de begreber i lovændringen, som er mere skønsmæssige og normative som »velbegrundede kommercielle årsager« og »der afspejler den økonomiske virkelighed«, i et vist omfang er inspireret af EU-Domstolens praksis. Samtidig henvises til dommen C-126/10 (Foggia) som et eksempel, hvor EU-Domstolen har fortolket disse begreber.¹⁸

Selv om ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, er identisk med omgåelsesklau-sulen i moder-/datterselskabsdirektivet, som igen i vidt omfang alene er en kodificering af gældende EU-praksis, så giver det imidlertid ikke nogen klar vejledning til fortolkningen. Den foreliggende praksis fra EU-Domstolen er på ingen måde klar og koncis. Domstolens praksis er dynamisk og udvikler sig i takt med udviklingen i det indre marked i EU, hvilket også tydeligt ses på de afgørelser fra EU-Domstolen, som vedrører de direkte skatter. Samtidig er selve området og holdning til skattemisbrug og -omgåelse under udvikling i tiden, så det er umuligt at foretage en fuldstændig analyse af EU's holdning til misbrug, og det er derfor heller ikke muligt at foretage en præcis angivelse af ligningslovens § 3, stk. 1's anvendelsesområde.”

I høringssvaret fremføres tillige af Danske Advokater, at det ikke er nødvendigt at indføre et yderligere lag af væmsregler i relation til rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet, da dette endnu ikke er påkrævet af EU. Til dette svarer Skatteministeriet, at alle tre EU-direktiver indeholder hjemmel til at nægte fordelene ved direktiverne, såfremt der foreligger en omgåessituation, men som det fremgår af Kofoeddommen fra EU-Domstolen, C-321/05, så er det ikke tilstrækkeligt med hjemmel i direktiverne, der skal tillige være national hjemmel til en sådan tilsidesættelse. Danmark har hidtil ikke haft omgåelse reguleret i lovgivning. Den påkrævede nationale hjemmel kan dog godt være baseret på fast praksis eller grundsætninger. Der har imidlertid været rejst tvivl om,

17. Jf. bl.a. høringssvarene fra FSR, Advokatrådet og Danske Advokater. Høringssvarene og Skatteministeriets svar på disse er offentliggjort i Høringsskemaet til L 167.

18. Se skatteministerens svar til Folketingets Skatteudvalg på spørgsmål 1 vedrørende L 167 den 7. april 2015.

19. Jf. tillige Martin Poulsen, SR-Skat 2015, nr. 3, s. 97 og 101.

hvorvidt der er tilstrækkelig hjemmel i disse i Danmark.²⁰ Med indsættelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 sker der en implementering af en generel omgåelsesklausul i forhold til alle tre selskabsskattedirektiver, som ikke har eksisteret tidligere, og derved er man sikker på at have tilstrækkelig national hjemmel.

Da der er tale om forhold, som er reguleret af EU-direktiver, vil fortolkningen af den EU-retlige del af ligningslovens § 3 skulle baseres på EU-Domstolens praksis, ligesom det er EU-Domstolen, som har den endelige fortolkningskompetence. Vedrørende den del af bestemmelsen som omhandler moder-/datterselskabsdirektivet, svarer bestemmelsen helt til den tilsvarende bestemmelse i direktivet, og der vil derfor ikke være noget problem med uoverensstemmelse mellem den danske bestemmelse og direktivets bestemmelse. Den del af ligningslovens § 3, som relaterer sig til fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet, er imidlertid ikke enslydende med direktivernes misbrugsbestemmelser. EU-Domstolen vil dog formentlig fortolke misbrugsbestemmelserne i disse direktiver i samme retning som misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet.

Når skatteministeren i sit svar angiver, at begreberne alene »i et vist omfang« er inspireret af EU-Domstolens praksis, må det herved ikke være et udtryk for, at EU-Domstolens praksis alene vil skulle indgå »i et vist omfang« ved fortolkningen af den danske bestemmelse i ligningslovens § 3. Det er EU-Domstolens praksis som fuldt og endeligt fastlægger bestemmelsens indhold. Formuleringen må henvise til, at omgåelsesbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet er udformet således, at den i et vist omfang er inspireret af EU-Domstolens hidtidige praksis - uden at der dog er muligt konkret at angive, hvor den afviger fra den hidtidige praksis.

Umiddelbar er der ikke noget, som tyder på, at indsættelse af bestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet har til formål at skærpe det EU-retlige misbrugsbegreb.²¹ Samtidig må det dog erkendes, at der internationalt for tiden er stor fokus på at bekæmpe skattemisbrug, og at mange væsentlige initiativer er iværksat til at imødegå dette. Disse holdninger og

20. Jf. således Søren Friis Hansen i bl.a. SO 2007, s. 265 ff. I SKM 2012.26.LSR fandt Landsskatteretten dog, at der i dansk ret var hjemmel i almindelige retsgrundsætninger, herunder retspraksis, til at tilsidesætte moder-/datterselskabsdirektivet ved misbrug.

21. Jf. Martin Poulsen, SR-Skat 2015, nr. 3, s. 101.

initiativer vil formentlig påvirke EU-Domstolen, og derved vil vi formentlig også se en drejning af EU-praksis. Samtidig er der dog også mulighed for, at der opstår en modreaktion til den store fokus på bekæmpelse af skatteundgåelse, og hvor der bliver mere opmærksomhed på den skattepligtiges retssikkerhed og de forretningsmæssige overvejelser.

Tilsyneladende er det Skatteministeriets opfattelse, at indsættelse af omgåelsesklausulen i moder-/datterselskabsdirektivet og den efterfølgende indsættelse af ligningslovens § 3 vil medføre en udvidelse af, hvad der har været dansk praksis for i relation til indgreb over for skatteomgåelse. Det anføres i forarbejderne, at dansk (rets)praksis har været på linje med internationalt gældende principper om »substance over form«, således at tomme og kunstige skattebetingede dispositioner har kunnet tilsidesættes, hvorefter beskatningen i stedet foretages i forhold til den modstående realitet. Herefter:²²

»Den vedtagne ændring af moder-/datterselskabsdirektivet indebærer, at der skal indsættes en generelt formuleret bestemmelse om bekæmpelse af misbrug af moder-/ datterselskabsdirektivet i skattelovgivningen. Det vurderes, at den nye bestemmelse i direktivet vil kunne have et bredere anvendelsesområde end den nuværende (rets)praksis.«

I flere af høringssvarene til lovforslaget blev der efterlyst nærmere retningslinjer for fortolkningen af bestemmelsen, og der blev samtidig opstillet forskellige eksempler, som ønskedes vurderet i forhold til omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3.²³ Skatteministeriet afviser at vurdere de opstillede eksempler, idet en besvarelse vil forudsætte, at alle relevante faktiske forhold og omstændigheder er oplyst.²⁴ Bemærkningerne til lovforslaget er der dog medtaget et eksempel, hvor omgåelsesklausulen vil kunne finde anvendelse.²⁵ Eksemplet stammer fra et offentliggjort memo fra EU-Kommissionen. Det er dog ikke et særligt velvalgt eksempel, da situationen i eksemplet ifølge Skatteministeriets opfattelse allerede vil blive ramt af det ulovhjemlet princip om retmæssige ejer (beneficial owner). Der gives derfor ikke meget vejledning til fortolkningen af det særlige anvendelsesområde for omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3.²⁶

22. Jf. bemærkningerne til L 167, punkt 3.3.4.

23. Jf. FSR's høringssvar til L 167.

24. Jf. høringsskema, s. 29.

25. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2 til L 167.

26. Tilsvarende Martin Poulsen, SR-Skat 2015, nr. 3, s. 100.

Det påhviler skattemyndighederne at foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurdering af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør et misbrug, dvs. virker mod indholdet eller formålet med direktivet. Det er endvidere skattemyndighederne, som har bevisbyrden for, at der er tale om et arrangement med det hovedformål, eller at et af hovedformålene er, at opnå en skattefordel, der virker mod indholdet eller formålet med direktiverne. Hvis denne bevisbyrde løftes, påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.²⁷

5. Omgåelsesklausulen om forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst

Ligningslovens § 3, stk. 3, indeholder omgåelsesbestemmelsen for forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Heraf fremgår, at den skattepligtige ikke opnår fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.²⁹

Der er ikke anvendt samme formulering af omgåelsesklausuleme vedrørende hhv. de EU-retlige forhold og forhold vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Dette skyldes, at man lovgivningsmæssigt ønsker at lægge sig så tæt på formuleringen fra hhv. EU og OECD som muligt. I den forbindelse er det uheldigt, at bestemmelsen vedrørende forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst er indført, før der er kommet endelig udmelding fra OECD om, hvilken formulering der anbefales i henhold til Action 6, og at der efter vedtagelsen af ligningslovens § 3 foreligger et ændret udkast fra OECD om Action 6, som er gen-

27. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2 til L 167.

28. Bestemmelsens ordlyd svarer i vidt omfang til OECD's forslag til en PPT-regel (Principal Purpose Test), jf. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2014 Deliverable Section A, s. 66 ff.

stand for yderligere drøftelse i OECD-regi. Der er derfor risiko for, at det bliver nødvendigt at ændre på formuleringen i ligningslovens § 3, hvis man ønsker at opretholde et tæt link til formuleringerne fra OECD.

Vedrørende den forskellige formulering af omgåelsesklausuleme bemærker skatteministeren under lovforslagets behandling, at det er vurderingen, at der ikke er væsentlig forskel på de to omgåelsesklausuler.²⁹ I bemærkningerne er det om fortolkningen af den forskellige formulering angivet, at den af EU vedtagne omgåelsesklausul ikke gælder, hvis transaktionen eller arrangementet er udtryk for reel økonomisk aktivitet. Dette kan formentlig også indfortolkes i den af OECD foreslåede omgåelsesklausul i kraft af henvisningen til hensigten og indholdet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. En sådan hensigt og formål omfatter tilvejebringelse af traktatmæssig beskyttelse for at undgå dobbeltbeskatning i tilfælde af personer, som reelt er engageret i god tro i grænseoverskridende handel og investeringer.

I tilfælde af tvivl om, hvorvidt de to bestemmelser skal fortolkes ens, og hvor der evt. er uenighed, må det være den EU-retlige fortolkning, som har fortrinsret, hvis der er tale om et forhold, som har relation til EU-retten. Dette skyldes flere forhold. Dels er det direkte foreskrevet i ligningslovens § 3, stk. 4, at hvis et forhold både er omfattet af et af EU-direktiverne og af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil det være omgåelsesklausulen relateret til EU-direktivene, som vil finde anvendelse, dels og altafgørende er dog, at omgåelsesklausulen vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet kommer fra EU, som medfører at EU-Domstolen har den endelige fortolkningskompetence. Det er derfor misvisende, når Skatteministeriet i svar til Folketingets Skatteudvalg angiver, at man ved fortolkningen med rette vil kunne skele til de bemærkninger, der er knyttet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, ved fortolkningen af omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne.³⁰ Dette er da også modificeret i bemærkningerne til lovforslaget, hvor det er angivet, at hvorvidt der eventuelt måtte være forskel på de to omgåelsesklausuler, er et spørgsmål, der må afklares i domspraksis, herunder ved forelægelse for EU-Domstolen.³¹

I forarbejderne er der i et vist omfang givet anvisninger på fortolkningen af de enkelte elementer i ligningslovens § 3, stk. 3. Det er således an-

29. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2 i L 167.

30. Jf. Skatteministeriets svar på spørgsmål 1 til Folketingets Skatteudvalg til L 167.

31. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2 i L 167.

givet, at »fordele« omfatter alle fordele forbundet med overenskomsten, såsom skattefritagelse, skatteudskydelse eller andre godtgørelser. Vendingen »ethvert arrangement eller enhver transaktion« skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan støtte ret på dem eller ej. Dette omfatter særligt enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstska-belsen. Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etable-ring og kvalifikation.³² Disse fortolkningsbidrag illustrerer glimrende, at anvendelsesområdet er bredt, men er ikke så informative til brug for af-grænsningen af bestemmelsen.³³

I høringssvarene blev der også for så vidt angår omgåelsesklausulen for forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst efterlyst nærmere retningslinjer for fortolkningen af bestemmelsen og efterlyst svar på konkrete eksempler.³⁴ Forarbejderne til ligningslovens § 3, stk. 3, er angivet et eksempel på anvendelse af omgåelsesklausulen.³⁵ Eksemplet svarer til et af eksemplerne, som OECD foreslår at indsætte i kommenta-erne til den foreslåede nye PPT-regel i Modeloverenskomsten.³⁶

Det er skattemyndighederne, som under hensyn til alle relevante fak-tiske forhold og omstændigheder, har bevisbyrden for at opnåelse af forde-len er et af de væsentligste formål med arrangementet eller transaktionen, som direkte eller indirekte medfører fordelene. Skulle dette være tilfældet, påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at indrømmelsen af fordelene er i overensstemmelse med indholdet og formålet med overenskomsten.³⁷

Det forhold at den danske ligningslovs § 3, stk. 3 har en så tæt sam-menhæng til den foreslåede ændring af OECD's Modeloverenskomst, gi-ver nogle interessante fortolkningsmæssige aspekter. Til den foreslåede bestemmelse i Modeloverenskomsten er der tillige en del forslag til æn-drede kommentarer. Vil disse kommentarer kunne indgå ved fortolknin-

32. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2 i L 167.

33. Fortolkningsbidragene er hentet fra OECD's forslag i Action 6, hvor disse to for-tolkningsbidrag er behandlet i de foreslåede kommentarer pkt. 7 og 9 til den fore-slåede PPT-regel i Modeloverenskomsten, jf. Preventing the Granting of Treaty Be-nefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2014 Deliverable, s. 68 og 69.

34. Jf. FRS's høringssvar til L 167.

35. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2 i L 167.

36. Jf. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Ac-tion 6: 2014 Deliverable, section A, pkt. 14, s. 71.

37. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2 i L 167.

gen af ligningslovens § 3, stk. 3? I disse kommentarer er tillige indsat forskellige eksempler på anvendelsen af § 7. Vil disse eksempler tillige finde anvendelse ved fortolkningen af den danske ligningslovs § 3, stk. 3? Umiddelbart er der ikke henvist direkte til disse fortolkningsbidrag i forarbejderne til ligningslovens § 3, stk. 3, selv om det dog er angivet, at reglen i ligningslovens § 3, stk. 3, er udformet efter inspiration fra Action 6 i BEPS-projektet. Samtidig har Skatteministeriet i dets svar til FSR angivet, at fortolkningen af omgåelsesklausulen, der vedrører overenskomster vil være en dansk vurdering, som fortolkes efter danske regler.³⁸ De danske domstole har dog vist, at de tillægger kommentarerne stor vægt ved fortolkningen.³⁹

6. Ikrafttrædelsestidspunktet i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomster

Under lovforslagets behandling fremkom der også en del kritik af ikrafttrædelsestidspunktet for ligningslovens § 3, stk. 3 i relation til ældre dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁴⁰ Ligningslovens § 3 har virkning fra og med den 1. maj 2015 for arrangementer og transaktioner vedrørende fordele i dobbeltbeskatningsoverenskomster, uanset hvornår overenskomsterne er trådt i kraft.

En dobbeltbeskatningsoverenskomst er en aftale indgået mellem to eller flere lande, og kritikken har gået på, at Danmark ikke ensidigt kan ændre på en gensidig aftale ved at fastsætte, at ligningslovens § 3, stk. 3, tillige skal finde anvendelse på dobbeltbeskatningsoverenskomster, som allerede er indgået på tidspunktet for bestemmelsens indførelse. Det har været holdningen, at ligningslovens § 3, stk. 3, alene vil kunne finde anvendelse på dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået efter lovens ikrafttræden, og at i disse tilfælde bør bestemmelsen indgå som en del af overenskomsten.

Kritikken afvises af Skatteministeriet.⁴¹ Det er ministeriets opfattelse, at den foreslåede misbrugsklausul nøje reflekterer de almindelige princip-

38. Jf. høringskema, s. 26.

39. Jf. bl.a. Lærebog om indkomstskat, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 16. udg., 2015, s. 1117 f. samt Skatteretten 3, Forlaget Thomson A/S, 5. udg., 2013, s. 49 ff.

40. Jf. bl.a. høringsvarene fra Advokatrådet, Danske Advokater og FSR.

41. Jf. bemærkningerne i punkt 3.3.5. i L 167.

per, der allerede er udtrykt dels i kommentarerne til OECD's Modeloverenskomsts art. 1, pkt. 9.5, dels i kommentarerne til FN-modellen, dels i Wienerkonventionens artikel 31 for, i hvilket omfang et land kan imødegå misbrug af allerede eksisterende dobbeltbeskatningsoverenskomster. Derfor skal lovændringen finde anvendelse på fordele i dobbeltbeskatningsoverenskomster, uanset hvornår disse er indgået og med hvem. Den vil derfor finde anvendelse på alle eksisterende og fremtidige danske dobbeltbeskatningsoverenskomster. OECD er på linje med Skatteministeriet i relation til, at misbrugsklausulen allerede er en del af retsgrundlaget for dobbeltbeskatningsoverenskomster udarbejdet med udgangspunkt i OECD's Modeloverenskomst, da indholdet af misbrugsklausulen fremgår af kommentarerne til Modeloverenskomsten.⁴²

Danske Advokater foreslår ligeledes i sit høringssvar, at omgåelses-klausulen ikke bør indsættes i national ret, men derimod implementeres i forbindelse med genforhandling af de enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dette afvises af Skatteministeriet, da en sådan genforhandling vil tage meget lang tid, og derved ikke være rettidig indgriben over for misbrug.⁴³

7. Forhold omfattet af både en dobbeltbeskatningsoverenskomst og EU-retten

Selv om det fremgår af lovens forarbejder, at de to omgåelsesklausuler trods deres forskellige formulering, formentlig vil skulle fortolkes ens, så vil der kunne forekomme tilfælde, hvor det ikke er tilfældet. Ligningslovens § 3, stk. 4, fastlægger prioriteringsordenen, såfremt et forhold er omfattet af både et direktiv og en dobbeltbeskatningsoverenskomst. I henhold til denne bestemmelse, skal omgåelsesklausulen til direktiverne i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, anvendes ved vurderingen af, om en skattepligtig skal udelukkes fra en fordel i en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land, der er medlem af EU, hvis den skattepligtige alternativt kunne påberåbe sig en fordel i et af direktiverne.

Det fastslås således, at hvis en skatteyder både kan påberåbe sig fordelene efter direktiverne og efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, så

42. Jf. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2014 Deliverable, s. 22 og 66.

43. Jf. høringsskemaet til L 167, s. 8.

skal den foreslåede omgåelsesklausul vedrørende direktiverne anvendes dl at nægte fordelene. Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne har med andre ord forrang.⁴⁴

Selv om et forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke tillige er omfattet af et af direktiverne, så vil EU-retten alligevel kunne udgøre en hindring for at anvende omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 3. Danmark er som medlem af EU forpligtet til at overholde EU-retten, herunder også de traktatsikrede frihedsrettigheder i TEUF artikel 49 og 63.⁴⁵ Et forhold kan falde uden for direktiverne, men alligevel være beskyttet af traktaten. I disse tilfælde vil omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ikke kunne anvendes, selv om indholdet i bestemmelsen i princippet er opfyldt.

Det har været fremført, at EU-praksis for omgåelse og misbrug tillige vil skulle indgå, når omgåelsesklausulen for dobbeltbeskatningsoverenskomsterne i ligningslovens § 3, stk. 3, skal fortolkes.⁴⁶ Dette begrundes dels med udtalelserne i forarbejderne om, at der formentlig ikke er væsentlig forskel på de to omgåelsesklausuler,⁴⁷ dels med, at EU-Domstolen har udtalt, at det er hensigtsmæssigt med samme fortolkning på bestemmelser, som omhandler ensartede forhold.⁴⁸ Det er vanskeligt at forudsige, om EU-praksis får bestemmende indflydelse på fortolkningen af hele ligningslovens § 3, men det vil nok også afhænge af, hvor meget EU-Domstolen lader sig inspirere af OECD's arbejde med omgåelsesklausulen, da det må forventes, at OECD vil fremkomme med fyldige fortolkningsbidrag i kommentarerne, mens noget tilsvarende ikke kan forventes fra EU.

8. Konsekvenserne af anvendelsen af omgåelsesklausulen

Såfremt omgåelsesklausulen finder anvendelse, medfører dette, at den skattepligtige nægtes fordelene efter et direktiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det indebærer således f.eks., at en skattefri omstrukturering bliver skattepligtig eller at udbytte bliver skattepligtigt. Omgåel-

44. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2 i L 167.

45. Jf. Martin Poulsen, SR-Skat 2015, nr. 3, s. 101 f.

46. Således Martin Poulsen, SR-Skat 2015, nr. 3, s. 102.

47. Jf. Skatteministeriets svar på spørgsmål 1 til Folketingets Skatteudvalg til L 167.

48. Leur-Bloem-dommen, C-28/95.

sesklausulen medfører imidlertid ikke, at der sker tilsidesættelse af den pågældende transaktion/arrangement.⁴⁹ Noget sådan er dog evt. muligt efter de almindelige fortolkningsregler, som f.eks. »substance over form«.

Omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 3, indebærer, at de danske skattemyndigheder kun kan tilsidesætte/nægte en skatteyder en fordel, der opnås i Danmark. Andre stater, som er involveret, har selv mulighed for at tilsidesætte/nægte en skatteyder en fordel i den pågældende anden stat, men dette reguleres ikke af ligningslovens § 3.

Det vil være muligt at opnå bindende svar vedrørende fortolkningen af omgåelsesklausuleme, men som det anføres af Skatteministeriet, vil en stillingtagen hertil dog forudsætte en tilstrækkelig mængde oplysninger om alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, for at Skatterådet vil være i stand at give et brugbart svar. Alternativt vil man være nødsaget til at lægge en række forudsætninger og forbehold ind i svaret, således at det bindende svar reelt er uden den store værdi for spørgeren. Hertil bemærkes, at Skatterådet vil kunne afvise at behandle en anmodning om bindende svar, hvis det viser sig, at der alene er tale om at teste reglerne, og at der således ikke er tale om en reel påtænkt disposition.⁵⁰

9. Andre forhold

I forbindelse med lovforslagets behandling udtales:⁵¹

»Indførelsen af en omgåelsesklausul begrænser ikke de gældende muligheder for at tilsidesætte eller omkvalificere på andet grundlag.«

Dansk retspraksis tillader i et vist omfang, at der sker tilsidesættelse eller omkvalificering, hvis der foreligger en situation, hvor reglerne er misbrugt i et skattearrangement, jf. afsnit 10. Med bemærkningerne søger man at hindre, at indførelsen af ligningslovens § 3 medfører en indskrænkning af den hidtidige praksis.

Når det imidlertid særligt er fremhævet i forarbejderne til omgåelsesbestemmelserne i ligningslovens § 3, at bestemmelsen ikke skal medføre indskrænkninger i den gældende praksis, skyldes det formentlig det for-

49. Dette bekræftes også af Skatteministeriet i dets svar til FSR, jf. høringskemaet, s. 28.

50. Jf. høringskemaet til L 167, s. 26.

51. Jf. bemærkningerne punkt 3.3.5 i L 167.

hold, at der allerede verserer flere sager vedrørende direktiverne, hvor spørgsmålet om fortolkning og misbrug er relevant. Sagerne omhandler, hvem der er retmæssig ejer (beneficial owner) af modtagne udbytter og renter.

Efter både moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet vil betalinger være skattefri for modtageren, hvis modtageren er omfattet af direktivet. Hvis en betaling fra en skatteyder A i Danmark til en skatteyder B i et skattelyland vil være skattepligtig, er det spørgsmålet, om betalingen vil være skattefri, hvis en skatteyder C fra et EU-land i stedet modtager betalingen fra A, og denne herefter videregiver betalingen til B. Direktiverne fastslår, at betalingen er skattefri, hvis C ellers er den retmæssige ejer (beneficial owner) af beløbet. Tilsvarende problemstilling findes i relation til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. I forarbejderne til ligningslovens § 3 fremhæves det, at bestemmelsen ikke får indflydelse på de verserende sager ved domstolene/²

10. Omgåelse uden for ligningslovens § 3

I et svar fra skatteministeren til Advokatfirmaet Kromann Reumert præciseres det, at ligningslovens § 3, stk. 1, alene finder anvendelse på forhold omfattet af direktiverne, herunder fusionsskattedirektivet.⁵³ Det indebærer, at det alene er grænseoverskridende omstruktureringer, der er omfattet af omgåelsesklausulen, ikke nationale. Omstruktureringer med udenlandske selskaber, som ikke er omfattet af fusionsskattedirektivet, er heller ikke omfattet af omgåelsesklausulen. Der kan dog være tale om, at forholdet er omfattet af omgåelsesklausulen vedrørende den dobbeltbeskatningsoverenskomst, som finder anvendelse.

Ligningslovens § 3 er således begrænset til alene at finde anvendelse på de konkret opregnede tilfælde. Forhold, som ikke er omfattet af bestemmelsen, må som udgangspunkt vurderes i forhold til den allerede eksisterende retspraksis, der imidlertid på ingen måde er klar.

En retsstat er sædvanligvis karakteriseret ved, at der er en vis form for forudberegnelighed, således at der er retsregler, som fastlægger, hvorle-

52. Bemærkningerne, punkt 3.3.4 til L 167.

53. Se skatteministerens svar til Folketingets Skatteudvalg på spørgsmål 3 og 4 vedrørende henvendelse fra Advokatfirmaet Kromann Reumert til L 167 den 21. april 2015.

des borgerne skal agere, og således at borgerne kan stole på, at hvis de blot handler i overensstemmelse med reglerne, så vil de kunne få den ret, som fremgår af reglerne. Sådan er det naturligvis også inden for skatteretten, men der er set afgørelser, som tilsyneladende foretager en vidtgående fortolkning og frakender skatteyderen en ret, som ellers burde følge af reglerne, hvis der synes at foreligge et misbrug. I det følgende omtales tre nyere afgørelser fra Højesteret, som viser, at billedet er nuanceret. I alle sager var der et element af skatteudnyttelse eller mulighed for skatteudnyttelse.

Højesteret frakendte i SKM 2014.422.HR (Topdanmark A/S) skatteyderen ret til at lægge summen af en kapitalforhøjelse til nogle aktier/ anparters anskaffelsessum, selv om kapitalforhøjelsen var reel og foretaget i overensstemmelse med reglerne.⁵⁴ I henhold til reglerne havde skatteyderen således et ret til at tillægge kapitalforhøjelsen til anskaffelsessummen og derved opføre et tab, som burde være fradragsberettiget. Højesteret fandt imidlertid, at tabet alene var konstrueret til at frembringe et skattemæssigt fradrag. Sagen omhandler en koncern, som i samarbejde med en bank havde tilrettelagt nogle forskellige modsatrettede valuta-terminsforretninger, således at to af fire datterselskaber som følge heraf led tab, mens de to andre søsterselskaber havde en næsten tilsvarende gevinst. Arrangementet var tilrettelagt således, at der var en nøje sammenhæng mellem de to datterselskabers tab og de to datterselskabers gevinst. Tabene i de tablidende datterselskaber blev dækket via en kapitalforhøjelse fra moderselskabet. Moderselskabet solgte efterfølgende aktierne i datterselskaberne. Efter de dagældende regler skulle gevinst/tab på aktier alene indgå i moderselskabets indkomstopgørelse, hvis aktierne havde været ejet i mindre end tre år, mens gevinst/tab var skattefri, hvis disse havde været ejet i mindst tre år. Moderselskabet solgte derfor de tabgivende datterselskabsaktier inden de havde været ejet i tre år, mens de gevinstgivende datterselskabsaktier først blev solgt efter tre års ejertid." Skattemyndighederne ville ikke godkende det opgjorte tabsfradrag.

54. For en mere uddybende gennemgang af denne dom henvises til Jane Bolander i SR-Skat 2014, s. 192 et seq.

55. Forholdene i sagen var reguleret efter de tidligere gældende bestemmelser i aktieavancebeskatningsloven, hvorefter selskaber alene skulle medregne gevinst/tab ved afståelse af aktier/anparter, såfremt disse var ejet i mindre end 3 år, mens gevinst/tab ikke kunne påvirke indkomstopgørelse, hvis aktierne/anpartene var ejet i mindst 3 år.

Højesteret fandt bl.a., at valutaterminsforretningerne i relation til den samlede koncern var uden nævneværdig økonomisk risiko og ikke havde nogen forretningsmæssig begrundelse. Terminalsforretningerne fandtes at være tilrettelagt på en sådan måde, at dispositionernes eneste formål og virkning var at skabe et fradragsberettiget tab. Den del af tabet på aktierne/anparterne, som modsvarede af kapitalforhøjelserne som følge af terminalsforretningerne, kunne derfor ud fra en helhedsvurdering ikke anses for reelle tab, men måtte anses for konstruerede tab.⁵⁶ Højesteret fandt derfor, at der ved opgørelsen af tabet ved salg af aktierne/anparterne skulle ses bort fra den del af anskaffelsessummerne, der hidrørte fra de pågældende kapitalforhøjelser.⁵⁷

Højesteret har ligeledes i en anden nyere sag foretaget en omkvalificering baseret på omgængelsesbetragtninger. Denne dom er afsagt af Højesteret den 31. marts 2015, Færø-sagen (Sag 196/2013). Sagen vedrører egentlig den færøske skattelovgivning, og derfor er det forbundet med nogen usikkerhed, om afgørelsen direkte kan overføres til danske forhold, men afgørelsen er afsagt af den danske Højesteret, og der er intet, som tyder på, at der skulle være en anden forståelse af udbyttebegrebet på Færøerne end i Danmark.

I denne afgørelse havde aktionærerne i et holdingselskab etableret et nyt holdingselskab med samme ejerforhold som i det gamle holdingselskab, hvortil de overdrog alle deres aktier i det gamle holdingselskab. Efter de dagældende færøske regler var aktieavance skattefri, mens udbytte var skattepligtigt. Avancen på aktierne i det gamle holdingselskab var derfor efter de dagældende færøske regler skattefri. For en del af købesummen blev der stiftet et gældsforhold mellem det nye holdingselskab og aktionærerne. Inden der blev betalt afdrag på lånet, fusionerede de to holdingselskaber ved en skattepligtig fusion. Det var de færøske skattemyndigheders (TAKS) opfattelse, at gevinsten ved aktiesalget til det nye holdingselskab ikke skulle betragtes som en skattefri aktieavance, men derimod skulle beskattes som udbytte, da aktionærerne via den etablere-

56. Præmissen ligger på linje med den ene af præmisserne i Kame-dommen i SKM 2007.29.HR.

57. Både Landsskatteretten og landsretten havde fundet, at der var tale om konstruerede tab, men havde accepteret tabene med den begrundelse, at kapitalforhøjelserne var foretaget i overensstemmelse med de selskabsretlige regler. Landsskatteretten og landsrettens afgørelser synes at støtte sig meget på Finwill-dommen i SKM 2006.749.HR.

de konstruktion havde bevaret den samme ejerandel, men samtidig fået et beløb ud af det gamle holdingselskab og derved søgt at konvertere et skattepligtigt udbytte til en skattefri avance.

Højesteret fandt, at etableringen af det nye holdingselskab og overdragelse af aktierne dertil ikke havde nogen forretningsmæssig begrundelse. Formålet med transaktionerne fandtes derimod at være at tilvejebringe en ordning, hvor midlerne kunne overføres til aktionærerne uden udbyttebeskatning. Dette blev understøttet af den senere fusion af de to holdingselskaber, hvorved aktionærerne på ny kom til at eje samme andel i det gamle holdingselskab som tidligere, men nu således at det gamle holdingselskab havde overtaget forpligtelsen til at betale restkøbesummen til aktionærerne. På den baggrund fandt Højesteret efter en helhedsvurdering, at det beløb, som tilkom aktionærerne, ikke skulle bedømmes som en skattefri afståelsesavance, men skattemæssigt skulle anses for udbytte.

Højesteret har således både set bort fra nogle transaktioner og foretaget en omkvalificering, når der er tydelige elementer af misbrug og omgåelse, men der er også afsagt en afgørelse i modsat retning, så signalet er ikke entydigt.³⁸

Shell-dommen i SKM 2015.245.HR indeholder også påstande om selvkonstruerede tab, men udfaldet blev her imidlertid et andet end i Topdanmark-dommen.³⁹ Shell-dommen vedrørte et selskab, som var kulbrintebeskatet. Kulbrintebesattede selskaber betaler ud over selskabsskat en kulbrinteskate. Beregningsgrundlaget for kulbrinteskatten er afgrænset således, at det alene er driftsrelaterede indtægter og udgifter, som skal indgå i beskatningsgrundlaget. I den pågældende sag havde selskabet optaget et lån på USD 625 mio. hos et interesseforbundet selskab. Lånet blev oprindeligt anvendt som en kassekredit, hvor indtægter blev placeret på kontoen, således at der altid alene var en nettogæld på kontoen. På et tidspunkt ændrede selskabet anvendelse således, at lånet blev udnyttet fuldt ud, mens indtægter, herunder renteindtægter, blev placeret på en anden konto. Uenigheden i sagen var herefter, hvorvidt renteudgifterne vedrørende lånet kunne fradrages fuldt ud ved beregningen af kulbrinteskatten, mens renteindtægter fra de øvrige konti skulle holdes ude af be-

58. Jf. diskussionen mellem Lida Hulgaard i TfS 2014,132, Jan Pedersen i UfR 2014, B s. 251 ff. og Børge Dahl i TfS 2014, 185 om, hvorvidt domstolene er for venlige over for skattemyndighederne.

59. Dommen er nærmere omtalt af Katja Dyppel Weber i SkatUdland 2015, 202.

regningen.⁶⁰ Skattemyndighederne havde bl.a. gjort gældende, at hvis skatteyderen fik lov til at adskille renteindtægter og renteudgifter, så ville denne selv vilkårligt via koncerninterne lån kunne bestemme størrelsen på beskatningsgrundlaget for kulbrinteskatten.⁶¹

Højesteret fandt, at det var dokumenteret, at lånet var driftsrelateret, og at skatteyderen ikke havde en pligt til at benytte indtægter fra f.eks. salg af olie og gas til at nedbringe gælden og dermed renteudgiften på lånet på USD 625 mio. For så vidt angik muligheden for vilkårlig indkomstopvirkning via koncerninterne lån, konstaterede Højesteret først, at Skatteministeriet allerede havde anerkendt, at skatteyderen for tidligere indkomstår var berettiget til at adskille renteudgifterne og renteindtægterne, og at skatteyderens ændrede adfærd med lånet skyldtes et ønske om at lave en klar adskillelse mellem driftsrelateret pengestrømme og lånet. Samtidig fremhævedes det af Højesteret, at lovgiverne allerede ved lovens tilblivelse i 1982 var opmærksomme på problemet, og at regeringen i den forbindelse havde tilkendegivet, at den i de følgende kommende år nøje ville følge udviklingen i selskabernes anvendelse af fremmed finansiering og indvirkningen heraf på indkomsten ved kulbrinteindvindingen.

På baggrund af dette fandt Højesteret ikke, at der var grundlag for, at skatteyderen ikke skulle kunne fortsætte med at anvende samme fremgangsmåde ved indkomstopgørelsen til kulbrinteskatten, som hidtil var accepteret. Skatteyderen fik således medhold i, at renteudgifterne kunne fradrages i indkomstgrundlaget, mens indtægterne kunne holdes uden for.

Sammenfattende er det nok vanskeligt at konkludere noget klart og præcist om, hvorledes den ulovbestemte retspraksis er i omgængelstilfælde, men det kan måske forsigtigt antages, at domstolene er mere lydhøre over for skattemyndighederne påstand, såfremt omgængelssituationen ikke på forhånd kunne forudsiges af lovgivningsmagten, men skyldes et tilrettelagt skattearrangement, som alene har til formål at udnytte skattereglerne.

60. Samtidig var der i sagen også et spørgsmål om, hvorvidt en kursgevinst skulle medregnes ved opgørelsen af kulbrinteskatten, da lånet på 625 mio. var i USD. I relation til kursgevinst/-tab fandt Højesteret, at da selskabet havde valgt at anvende lagerprincippet på kursgevinster, så skulle både gevinst og tab medregnes ved kulbrinteopgørelsen.

61. Regleme er senere ændret til imødegåelse af problemstillingen.

Samtidig er det spørgsmålet, hvorledes den danske praksis om omgåelse kommer til at virke sammen med ligningslovens § 3. Er praksis for rent nationale forhold lempeligere end for grænseoverskridende transaktioner efter ligningslovens § 3, vil det give problemer i forhold til de økonomiske frihedsrettigheder i EU-traktaten, hvorved det tiltænkte anvendelsesområde for ligningslovens § 3 ikke vil kunne opretholdes. Muligvis vil det nødvendiggøre, at ligningslovens § 3 udvides til tillige at dække rent nationale forhold, såfremt formålet skal kunne opretholdes. Dette spørgsmål og mange andre spørgsmål vil formentlig komme til at fylde meget i den fremtidige skatteretlige debat.

11. Afslutning

Med indførelsen af ligningslovens § 3 har Danmark fået en generel omgåelsesklausul i visse internationale forhold. Den store udfordring bliver at fastlægge rammerne for bestemmelsen. Da en stor del af dens anvendelsesområde er EU-baseret, vil den endelige fortolkningskompetence høre under EU-Domstolen. Det må derfor forventes, at der går lang tid, før der foreligger væsentlige fortolkningsbidrag til bestemmelsen.

Ligningslovens § 3 har alene et anvendelsesområde, som er begrænset til forhold omfattet af tre selskabsskattedirektiver og forhold omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Selv inden for dens anvendelsesområde er det ikke alene ligningslovens § 3, som skal anvendes i tilfælde af evt. misbrug og omgåelse. De mange sager om Beneficial Owner vil f.eks. fortsætte i retssystemet, og forhåbentlig vil der udmønte sig nogle rammer vedrørende denne problemstilling, som kan være retningsgivende for fremtiden.

Praksis om misbrug og omgåelse uden for anvendelsesområdet for ligningslovens § 3 gælder fortsat, selv om den heller ikke er klar og forudsigelig. Også på dette område må det forventes, at det er vanskeligt at give konkrete fortolkningsanvisninger, og samtidig vil samspillet med ligningslovens § 3 give nye udfordringer.

Selv om det således er vanskeligt at udtale sig om, hvornår der foreligger omgåelse, og hvornår der kan forventes at ske indgreb over for et arrangement, er der ikke tvivl om, at den politiske situation både nationalt og internationalt er stærkt optaget af at bekæmpe skatteomgåelse.

What is an »Undertaking« in EU Competition Law?

Professor Emeritus Jens Fejø

In this contribution a discussion of the phenomenon »undertaking« in EU competition law (antitrust) context is held. The background for that is the Statement of Objection issued by the European Commission towards the Russian Gazprom's behaviour on the EU market.

1. Background

On the 22 April 2015 the European Commission sent a »Statement of Objections« to the Russian *Gazprom* alleging that some of *Gazprom*'s business practices in Central and Eastern European gas markets constitute an abuse of its dominant market position in breach of EU antitrust rules.¹ At the same time *Margrethe Vestager*, Commissioner and responsible for the competition policy of the European Commission, made a statement including a special remark in relation to *Gazprom*'s legal status². She thus spelled out the following:

»... if you dig into past case files, you will actually find other companies, which we have investigated under EU antitrust rules, which also concern state-owned companies or companies with strong governmental influences.«³

The Statement of Objections itself is not made public. The Commission, however, has sent out a limited amount of additional material explaining that on the basis of its investigations its preliminary view is that *Gazprom* is breaking EU antitrust rules by pursuing an overall strategy to partition

1. European Commission, Press Releases Database, 22/04/15, LP/15/4828.

2. Press release 22 April 2015, Statement 15/4834.

3. *ibid.*

Central and Eastern European gas markets, for example by reducing its customers' ability to resell the gas cross-border. In the information about the Statement of Objections Commissioner Vestager is further quoted for saying:

»Maintaining fair competition in European gas markets is therefore of utmost importance. All companies that operate in the European market - no matter if they are European or not - have to play by our EU rules,«⁴

This statement is as well trivial as interesting. It is trivial in the sense that there is no reasonable doubt that a partition of European markets may constitute a severe violation of the Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union.⁵ The following part of the quotation [*All companies that operate...*], however, is of a special interest and is what this article is about. Since the Articles 101 and 102 are directed towards »undertakings«. And this requirement of being an undertaking in the meaning of the Articles 101 and 102 - a requirement not directly addressed by the published parts of the »Statement of Objections« or of the supplementary facts and comments - is unavoidable and must be proven by the Commission. The Commission and the Commissioner, however, seem without further explanation to be of the opinion that Gazprom is an undertaking.⁶ Because the situation might seem to be that Gazprom is not to be characterized as an undertaking, but something else, there is an urgent need to explore this issue. The position of the Court of Justice of the European Union (CJEU) is here of special interest.

4. *ibid.*

5. All references to the Treaties and Articles of the Treaties are using the vocabulary and numbers being in force today. This is due to the fact that the relevant provisions of the relevant Treaty - being the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) - have the same wording as the previous corresponding provision in the earlier Treaties only with a very few cosmetic changes. Thus the Article 101 of the TFEU can easily be read as Article 81 in the previous Treaty establishing the Treaty on the European Community, etc. The expression »Community«, which has now been changed in favour of »European Union«, is upheld in the quotation a few of the judgments here.

6. As can be seen from the quotation »All companies« and furthermore indirectly by the fact that the Statement of Objections talks about the Articles 101 and 102 which include the wording »undertakings«.

2. The Approach of the Court of Justice of the European Union

Already in 1985, the Court of Justice of the European Union in a case between *Italy* and the European Commission, *the BT-case*,⁷ dealt with the question of what is an *undertaking* in the meaning of the competition provisions of the Treaty. The background for the case was that the Commission had taken a Decision relating to British Telecommunications [BT] whereby the Commission had found that it was entitled to intervene against BT on the basis of Article 102 of the Treaty. British Telecommunications was a statutory corporation established under the British Telecommunications Act 1981, that had taken over the functions of the United Kingdom Post Office set up under the Post Office Act 1969. Both of these nationalized undertakings were hereinafter referred to as »BT«.

As holder of the statutory monopoly on the running of telecommunications systems in the United Kingdom, BT had a duty to provide *inter alia* telex and telephone services. Pursuant to both the Post Office Act and the British Telecommunications Act, BT exercised rule-making powers in respect of telecommunications services in the United Kingdom for which it laid down charges and conditions by means of published schemes. Furthermore, BT had the international status of a recognized private operating agency having a seat on one of the permanent bodies of the International Telecommunications Union set up by the International Telecommunications Convention under the United Nations. BT started a campaign against the development on United Kingdom territory of private message-forwarding agencies. Those agencies offered the general public a new service whereby a large volume of messages could be received and forwarded on behalf of third parties at prices which were appreciably lower than those charged under the tariffs for the conventional use of telecommunication lines and systems.

Availing itself of the rule-making powers conferred on it by statute, BT adopted, in the first instance two »Schemes«. Those schemes, whilst leaving subscribers free to use their installations for forwarding or receiving messages on behalf of third parties, nevertheless provided that whenever a subscriber relayed a telex message which both originated from, and was intended for delivery in a foreign country he could not

7. Case 41/83 *Italy v. the Commission*, Judgment of 20 March 1985, ECR 873.

apply a scale of charges which would have the result of enabling the originator of the message to send it more cheaply than if he had forwarded it directly. BT subsequently supplemented those schemes by adopting a scheme which prohibited forwarding agencies from providing international services for their customers.

The European Commission held in its Decision that the aforesaid schemes constituted infringements of Article 102 of the Treaty, and it required BT to bring them to an end. In its statement of the reasons on which the Decision was based, the Commission claimed that the restrictions imposed by BT and the possible sanctions, namely the cutting-off or disconnection of the apparatus provided, prevented message-forwarding agencies from offering certain services. This would be to the detriment of their customers operating in other Member States, and, subjected the use of telephone and telex equipment to obligations unrelated to the provision of telephone or telex services. It thereby placed the agencies at a competitive disadvantage vis-à-vis the national telecommunications authorities and agencies in other Member States not bound by such rules.

In support of its claim that the Commission decision should be declared void, the Italian Republic in the first place denied that the disputed schemes were in law open to appraisal in relation to Article 102 of the Treaty. Italy argued that the rule-making activities of a body governed by public law may not be regarded as the activities of an »undertaking« for the purposes of Article 102. Secondly, Italy argued that, since BT held a statutory monopoly, it was exempted from the application of the European Union rules on competition by the [today] Treaty provision in Article 345 which states that: »*The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.*«' The Italian Republic further maintained that the schemes at issue should not in law be regarded as contrary to Article 102 inasmuch as, first, they were intended to counter unfair practices on the part of private forwarding agencies, second, the European Union rules on competition cannot apply, except within certain limits, to BT as a public undertaking.

On the basis of these facts and points of view, the CJEU made the following interesting statement:

8. At that time Article 345 was Article 222.

»It should be noted in the first place that the applicant [i.e. the Italian Republic] does not dispute that, despite BT's status as a nationalized industry, its management of public telecommunications equipment and its placing of such equipment at the disposal of users on payment of a fee do indeed amount to a business activity which as such is subject to the obligations imposed by Article 102 of the Treaty.

In the second place it should be observed that, by virtue of [...] the Post Office Act 1969 and then of [...] the British Telecommunications Act 1981, the power conferred on BT to introduce schemes has been strictly limited to laying down provisions relating to the scale of charges and other terms and conditions under which it provides services for users. In the light of the wording of those provisions it must further be acknowledged that the United Kingdom legislature in no way predetermined the content of the schemes, which is freely determined by BT.

In those circumstances, the schemes referred to by the contested decision must be regarded as an integral part of BT's business activity. The submission to the effect that it was not in law open to the Commission to appraise them for their compatibility with Article 102 of the Treaty must therefore be rejected.«

This statement clearly indicated that a possibility of avoiding the Commission's assessment of the behaviour under scrutiny might have been to come to the result that BT's behaviour had not amounted to a »business activity« [under Article 102]. But the United Kingdom legislature did in no way predetermine the content of the schemes. They were freely determined by BT.¹⁰

As to the statutory monopoly the Court held that it was apparent from the documents before it that, whilst BT had a statutory monopoly, subject to certain exceptions with regard to the management of telecommunication networks and to making them available to users, it held no monopoly over the provision of *ancillary services* such as the retransmission of messages on behalf of third parties. And the schemes adopted by BT were not designed to suppress any private agencies which may be created in contravention of its monopoly but sought solely to alter the conditions in which such agencies operate. Accordingly, Article 345 of the Treaty did not prevent the Commission from appraising the schemes in question for their compatibility with Article 102. So the application for a declaration - that the Commission's Decision relating to the proceeding against British Telecommunications under Article 102 of the Treaty, was void - was dismissed.

9. Case 41/83, Grounds 18 to 20.

10. A mild criticism of the arguments brought forward by Italy [»the applicant does not dispute that...«] may possibly be seen in the introducing wording, however.

The Commission may in this judgment find ground for the statement made by Commissioner Vestager and quoted about the Gazprom case in relation to »*companies with strong governmental influences*«. It was thus in the CJEU's BT judgment precisely explained that BT was not given an order to act as it did but that it instead had itself in breach of the competition rules.

Where thereby there was no exception due to state behaviour from the application of Article 102 in the BT-case the situation should present itself differently in later judgments of the CJEU. Thus in the *Ladbroke*-judgment from 1997 the CJEU found ground to give a more elaborated statement as to the interpretation of the Articles 101 and 102 of the Treaty in relation to the wording of these provisions."

The case started by a complaint under Article 101 and 102 of the Treaty to the European Commission lodged by Ladbroke Racing Ltd [Ladbroke]. It was raised against the French Republic and against the 10 main racing companies in France as well as against the Pari Mutuel Urbain (PMU), an economic interest grouping created by the 10 companies in France to manage their rights to organize off-course totalizator betting on horse racing. The complaint was directed principally against the method of organizing off-course totalizator betting in France. Various French laws and decrees thus regulated that method.

The complaint against the PMU and its member companies mainly concentrated on allegations that agreements or concerted practices between the racing companies authorized in France and between them and the PMU the object of which was, in breach of Article 101 of the Treaty, to grant the latter exclusive rights in the management and organization of off-course totalizator betting on races organized or controlled by those companies. The complaint also alleged that the grant of such exclusive rights to the PMU constituted an abuse of a dominant position on the part of the racing companies in breach of Article 102 of the Treaty.

In the complaint against the French Republic, Ladbroke claimed that the latter had infringed several provisions of the Treaty relating to the competition policy by enacting and maintaining in force legislation

11. Commission and France v Ladbroke Racing Ltd., Joined cases C-359/95 P and C-379/95 P, ECR 1997, I-6265. A »Full Court« judgment with 11 judges and the President presiding the Court; normally an indication of the importance of the judgment.

providing a legal basis for the agreements between the racing companies and between them and the PMU granting the latter exclusive rights to take off-course bets and prohibiting anyone else from placing or accepting off-course bets on horse-races organized in France otherwise than through the PMU. Secondly, Ladbroke claimed that France had further breached Treaty provisions by enacting and maintaining in force legislation prohibiting the placing in France of bets on races organized abroad save through authorized companies and/or the PMU.

The Commission, however, rejected the complaints against the 10 main racing companies and PMU. The rejection based itself on the grounds, first, that Articles 101 and 102 were not applicable and, second, the absence of a Community interest. The Commission did not take a position on the aspects of the complaint directed against the French Republic.

Ladbroke took this decision to the General Court which annulled the Commission's decision. The ground for this was that it had been a failure definitively to reject the part of the complaint directed against the PMU and its member companies on the ground that Articles 101 and 102 of the Treaty did not apply and there was no Community interest. It should first have completed its examination of the compatibility of the French legislation with the Treaty rules on competition. But the Commission had failed to fulfil its duty to examine carefully the factual and legal issues brought to its attention by Ladbroke so as to satisfy the requirement of certainty which a final decision determining whether an infringement exists must satisfy. The Commission's reasoning, in the view of the General Court, had thus been based on a misinterpretation of the conditions governing the definitive determination of the existence of alleged infringements. This judgment from the General Court led, however, the Commission and the French Republic to appeal to the CJEU.

In their pleas the Commission and the French Republic challenged the General Court's reasoning that it was necessary for the Commission to complete its examination of the compatibility of the French legislation with the Treaty rules on competition before it could definitively reject the complaint concerning Articles 101 and 102 of the Treaty.

The CJEU found it therefore necessary to consider the finding and the reasoning on which it was based. And the CJEU found that the reasoning of the General Court had been based on the premiss that the lawfulness, in terms of Articles 101 and 102, of conduct of undertakings complying with national legislation, and the action which should be taken against

them, depended on whether that legislation was compatible with the Treaty. But in contrast to this the Court of Justice firstly stated that the compatibility of national legislation with the Treaty rules on competition cannot be regarded as decisive in the context of an examination of the applicability of Articles 101 and 102 of the Treaty to the conduct of *undertakings* which are complying with that legislation.¹²

The CJEU pointed to an important fact being that Articles 101 and 102 of the Treaty apply only to anti-competitive conduct engaged in *by undertakings on their own initiative*,¹³ If anti-competitive conduct is required of undertakings by national legislation or if the latter creates a legal framework which itself eliminates any possibility of competitive activity on their part, Articles 101 and 102 do not apply. In such a situation, the restriction of competition is not attributable, as those provisions implicitly require, to the autonomous conduct of the undertakings.¹⁴

However, the CJEU put an important addition to this broad statement. The CJEU thus explained¹⁵ that Articles 101 and 102 may apply if it is found that the national legislation does not preclude undertakings from engaging in autonomous conduct which prevents, restricts or distorts competition.¹⁶

The General Court had therefore erred in law in holding that by definitively rejecting the complaint on the ground that Articles 101 and 102 did not apply, and that there was no Community interest, before having completed its examination of the compatibility of the French legislation with the Treaty rules on competition, the Commission was relying on an interpretation of the conditions governing the definitive determination of the existence of alleged infringements which was wrong in law. Consequently, the contested judgment was set aside, without it

12. Paragraph 31; my italics.

13. Paragraph 33; my italics. In this Paragraph the CJEU referred in relation to Article 102 of the Treaty to the above mentioned the BT case (Case 41/83, Italy v Commission, [1985] ECR 873, paragraphs 18 to 20). It furthermore referred to statements in a few other cases.

14. Ground 33 i.f. where a reference is made by the CJEU to the so called Sugar case, (Joined Cases 40/73 to 48/73, 50/73, 54/73 to 56/73, 111/73, 113/73 and 114/73 Suiker Unie and Others v Commission [1975] ECR 1663, paragraphs 36 to 72, and more particularly paragraphs 65, 66, 71 and 72).

15. In paragraph 34.

16. Also here the CJEU referred to earlier Judgments.

being necessary to examine the other arguments relied on by the appellants.

This judgment is important in connection with delimiting the boundaries of the EU competition rules in Articles 101 and 102. First of all it highlights the connection between the behaviour of the companies, the undertakings, and their freedom to take their own market decisions. It thus very clearly demonstrates that the Article 101 and 102 are only applicable when the entities being accused of violating them are free to take their own market decisions and are free to act with a possibility of choosing from various market possibilities. If, on the other hand, the entities are forced by the government of their state to act in a specific way without being able to avoid this way of behaviour they cannot act in violation of Articles 101 or 102.

The *Ladbroke* judgment was followed by the *CIF* judgment¹⁷ from 2003, also a »Full Court« judgment.¹⁸ Since 1923* Italian legislation had created a regime for the manufacture and sale of matches by establishing the Consorzio Industrie Fiammiferi, the Italian consortium of domestic match manufacturers, the CIF, and had awarded the CIF a commercial monopoly consisting of the exclusive right to manufacture and sell matches for consumption on the Italian domestic market.

An Italian court, Tribunale amministrativo regionale del Lazio, had referred two questions for a preliminary ruling on the interpretation of Article 101 to the CJEU. Those questions had arisen in proceedings by which the CIF had challenged a decision of the Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, the Italian national Competition Authority. The Competition Authority had *i.a.* declared the legislation establishing and governing the CIF contrary to *i.a.* Article 101 of the Treaty and had found that the CIF and its member undertakings had infringed Article 101 through allocation of production quotas. The Competition Authority had ordered them to terminate the infringements found.

The two questions referred to the CJEU by the Italian court were:

»1. Where an agreement between undertakings adversely affects Community trade, and where that agreement is required or facilitated by national legislation which legitimises or

17. Judgment of the Court of 9 September 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, Case C-198/01, ECR 2003 I-8055.

18. With 11 judges.

reinforces those effects, specifically with regard to the determination of prices or market-sharing arrangements, does Article 101 of the Treaty require or permit the national competition Authority to disapply that measure and to penalise the anti-competitive conduct of the undertakings or, in any event, to prohibit it for the future, and if so, with what legal consequences?

2. *For the purposes of applying Article 101 (1), is it possible to regard national legislation under which competence to fix the retail prices of a product is delegated to a ministry and power to allocate production between undertakings is entrusted to a consortium to which the relevant producers are obliged to belong, as precluding undertakings from engaging in autonomous conduct which prevents, restricts or distorts competition?»*

Relying mainly on the *Ladbroke* judgment the CIF submitted that by virtue of the CJEU's case-law Articles 101 and 102 of the Treaty apply only to anti-competitive conduct engaged in by undertakings on their own initiative. If anti-competitive conduct is required of undertakings by national legislation or if the national legislation creates a legal framework which itself eliminates any possibility of competitive activity on their part, Articles 101 and 102 do not apply. In such a situation, the restriction of competition is not attributable, as those provisions implicitly require to the autonomous conduct of the undertakings. Articles 101 and 102 may apply, however, if it is found that the national legislation does not preclude undertakings from engaging in autonomous conduct which prevents, restricts or distorts competition.¹⁹

The CJEU introduced its statement by saying:

»It [...] is appropriate to point out, first, that, although Articles 101 and 102 of the Treaty are, in themselves, concerned solely with the conduct of undertakings and not with laws or regulations emanating from Member States, those articles, [...], none the less require the Member States not to introduce or maintain in force measures, even of a legislative or regulatory nature, which may render ineffective the competition rules applicable to undertakings.«⁰

This introduction was followed by a reference to earlier judgments that had dealt with state intervention. The CJEU thus mentioned that it previously had held in particular that Article 101 of the Treaty is infringed where a Member State requires or favours the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to Article 101 or reinforces their effects, or where it divests its own rules of the character of legislation by delegating to private economic operators responsibility for

19. Referring to the *Ladbroke*-judgment paragraphs 33 and 34.

20. With reference to previous judgments.

taking decisions affecting the economic sphere.²¹ Furthermore, the Court focused on the fact that the present case was about the possibility of intervention from the side of the Italian Competition Authority in relation to EU competition rules. It thereby held that if a national law precludes undertakings from engaging in autonomous conduct which prevents, restricts or distorts competition, it must be found that, if the general Union-law principle of legal certainty is not to be violated, the duty of national competition authorities to disapply such an anti-competitive law cannot expose the undertakings concerned to any penalties, either criminal or administrative, in respect of past conduct where the conduct was required by the law concerned.

The decision to disapply the law concerned did not alter the fact that the law set the framework for the undertakings' past conduct. The law thus continues to constitute, for the period prior to the decision to disapply it, a justification which shields the undertakings concerned from all the consequences of an infringement of Articles 101 and 102 of the Treaty and does so *vis-à-vis* both public authorities and other economic operators.²²

But the CJEU made an interesting addition to this statement. It mentioned the fact that the undertakings involved might be informed of the violation of the national legislation of Union-law and thereby be warned against continuing its anti-competitive behaviour after that warning. The CJEU continued concerning the *future conduct*:

»As regards penalising the future conduct of undertakings which, prior to that time, were required by a national law to engage in anti-competitive conduct, it should be pointed out that, once the national competition authority's decision finding an infringement of Article 101 of the Treaty and disapplying such an anti-competitive national law becomes definitive in their regard, the decision becomes binding on the undertakings concerned. From that time onwards the undertakings can no longer claim that they are obliged by that law to act in breach of the Community competition rules. Their future conduct is therefore liable to be penalised.

Second, if a national law merely encourages, or makes it easier for undertakings to engage in autonomous anti-competitive conduct, those undertakings remain subject to Articles 101 and 102 of the Treaty and may incur penalties, including in respect of conduct prior to the decision to disapply that national law.«²³

21. Paragraphs 45-46.

22. Paragraphs 53-54.

23. Paragraphs 55-56.

And referring to the *Sugar* judgment, the CJEU reminded of that:²⁴

»It must none the less be made clear that, although such a situation cannot lead to acceptance of practices which are likely further to exacerbate the adverse effects on competition, it nevertheless means that when the level of the penalty is set the conduct of the undertakings concerned may be assessed in the light of the national legal framework, which is a mitigating factor.«'

As to the second question from the Italian Tribunale the ECJ gave the answer that it was for the referring court to make the assessment. It should hereby assess whether national legislation such as that at issue in the main proceedings, under which competence to fix the retail selling prices of a product is delegated to a ministry and power to allocate production between undertakings is entrusted to a consortium to which the relevant producers are obliged to belong, may be regarded, for the purposes of Article 101, as precluding those undertakings from engaging in autonomous conduct which remains capable of preventing, restricting or distorting competition.

It is obvious that the CJEU in the C/F-judgment very much investigated the actual situation where the national competition authority had to deal with national legislation violating the Treaty rules on competition, Article 101 and 102. And further on that the CJEU dealt with the consequences of the behaviour of the undertakings acting in accordance with that legislation but contrary to the Treaty provisions.

Only two days after the C/F-judgment the CJEU handed down another judgment connected with the issue discussed here. It was the *Altair Chimica-case*,²⁶ where the Italian Corte d'appello di Firenze had referred a question of interpretation of several provisions of the Treaty and of secondary EU legislation to the CJEU. The CJEU started by referring to the *Ladbroke* judgment paragraph 32 and 34 saying:²⁷

»As regards, first, the interpretation of the articles of the Treaty, it must be recalled that Articles 101 and 102 apply only to anti-competitive conduct engaged in by undertakings on their own initiative. If anti-competitive conduct is required of undertakings by national legislation or if the

24. *Sugar* judgment, Joined Cases 40/73 to 48/73, 50/73, 54/73 to 56/73, 111/73, 113/73 and 114/73 *Suiker Unie and Others v Commission* [1975] ECR 1663, paragraph 620.

25. Paragraph 57.

26. *Altair Chimica v. ENEL*, Case C-207/01, Judgment 11.9.2003, ECR 2003,1-8894.

27. Cited above.

latter creates a legal framework which itself eliminates any possibility of competitive activity on their part, Articles 101 and 102 do not apply. In such a situation the restriction of competition is not attributable, as those provisions implicitly require, to the autonomous conduct of the undertakings. [...]

Articles 101 and 102 may apply, however, if it is found that the national legislation does not preclude undertakings from engaging in autonomous conduct which prevents, restricts or distorts competition [...].»²⁸

In the *Altair Chimica*-case, however, the CJEU found that the dispute was not about anti-competitive behaviour but about tax measures. It thus spelled out:

»Articles 101 and 102 of the Treaty are intended to apply only to the anticompetitive conduct of undertakings and are not intended to eliminate differences which may exist between the tax regimes of the different Member States.«”

The *Altair Chimica*-case thus did not add to the previous development of the case law apart from confirming the main principles laid down in the *Ladbroke* judgment.

3. The Gazprom Case

The Commission's action towards Gazprom is put in perspective when looking at these EU judgments. Several observations may be aired. At the outset, however, it should be noted that it should be with some hesitation that a case being under scrutiny by a court or by an administrative body such as the European Commission is commented upon unless specific circumstances are present. In the actual situation one might argue that the Commission itself has invited to comments by publishing a press release and supplementary information on the case. On the other hand, Gazprom should also be subject to legal fairness by not being involved in »defending« itself not only towards the Commission and its allegations but also in front of the public. For that reason only some of the argument that could be broad forward in relation to the ongoing Gazprom case will be forwarded here. A full argumentation should be left for at future time.

28. Paragraph 30-31.

29. Paragraph 36.

Having said this, it seems fair to point to the fact that in the Commission's material made public there is no indication that the Commission has dealt with the fact that Gazprom might not only be a state-owned company but also be under instruction or order in one way or other by the Russian state with the consequence that Gazprom is not able to make its own market decisions. One thing is that Commissioner Vestager is mentioning that »companies with strong governmental influences« have been investigated under EU antitrust rules.³⁰ But the judgments mentioned above from the CJEU, especially the *Ladbroke*, the *CiF*, and the *Altair Chimica-csLses* have been focus on the direct control from the side of an EU Member State on the companies. And as a consequence the CJEU has made limitations on the application of the EU competition rules. So if the situation of state instructions or state orders in the Gazprom case comes up there must be reason to take under consideration the possible non-applicability of Article 101 or 102, totally or partly.

The learning from the *Ladbroke* judgment is thus that if Gazprom is under order from the Russian state to act as it has done without any possibility of acting otherwise the European Commission cannot apply Articles 101 or 102 towards Gazprom. This, however, requires Gazprom to be under a factual order as described in *Ladbroke* and subsequent cases.

Looking on the possible consequences of the *CiF*-judgment for the Gazprom-situation one might notice that in the *Gazprom* case the Commission and not a national competition authority is at hand. There can be no doubt that the Commission may intervene on the basis of Articles 101 and 102 towards the behaviour of a Russian company, enterprise, being active on the EU market. But, can it put fines or otherwise react under application of article 101 or 102 towards a Russian entity that might be acting on the basis of instruction or orders from the Russian state?

It is furthermore clear that the judgments that have dealt with the problem of not engaging in autonomous conduct because of state orders have all involved EU Member States. Is there a difference as to orders from non-Member States? One reason for that might be that in the latter situation the EU remedies such as bringing in the Member State for the EU Court are not available. The relationship to Russia may be regulated

30. See section 1.

by ordinary public international law including possible treaties or conventions.

A final word should be that state compulsion seems to have been acknowledged by the Commission in previous cases. Thus in the situation where Norway/the Norwegian gas system (the GFU) was accused of having violated Article 101 the Commission apparently abstained from pursue the case after having received proof of compellation in the form of a Royal decree³¹ and received commitments.³²

31. »Management of Norwegian gas resources - new marketing system, Royal Decree of 1 June 2001« from the Minister of Petroleum and Energy.

32. Case COMP/E-1/36.072, GFU, European Commission: XXXIInd Report on Competition Policy 2002,207.

Action Research and Efficient Maritime Transport Contract Negotiation

PhD Fellow Jonatan Echebarria Fernandez

The contracting parties have to balance the legal risks of the affreightment contracts considering their legitimate economic interests in a varied contractual framework set up in contract-types such as the charter parties and the Bills of Lading (B/L). The problem comprises the issue of reaching a consensus on how shipping contracts should be interpreted under the contract's freedom. Action Research may offer an improvement for effective negotiations by dialogical means.

1. Introduction

Successful negotiations are time and money saved. These are some of the benefits of reaching an agreement and solving contractual problems between carriers, ship-owners and third parties like cargo owners. In order to set out the research questions of this article must be considered the issue of reaching a consensus in the interpretation of maritime transport contracts. One example is found in the *The Channel Ranger* case¹. An incorrect incorporation of the charter party terms referred to *English Law and the exclusive jurisdiction of the High Court of Justice of England and Wales*, while the B/L terms drawn included a generic *law and arbitration clause*. The *MV Channel Ranger* vessel carried coal from the Netherlands to Morocco, and the cargo was damaged during the boat ride. In June 2011, the vessel owners started proceedings in England in order to not be declared liable of any cargo damage, while the cargo insurers commenced

1. *Caresse Navigation Ltd. v. Office National de l'Electricité & Ors* [2013] EWHC 3081.

proceedings against them alleging that there was no incorporation of the English law and jurisdiction in the B/L. The English High Court considered that the intention of the parties in the charter party clause prevailed over that of the B/L being applicable the Hague-Visby rules,² and did not consider the *prorogatio fori*. An anti-suit injunction was issued, taking down the possibility of the Moroccan courts being competent to solve it. The Court of Appeal confirmed it,³ but in each case the wording used for such law and jurisdiction clause incorporation of the B/L will be considered in every case.

This article presents a conceptual approach to relevant Action Research (AR) theories, methods and processes. Further, considering the intersection between Private International Maritime Law and AR, the question of how we can address and understand the major challenges and reflections regarding these topics. The aim is creating a successful negotiation, benefiting all parties involved through reaching an agreement that would address all parties' underlying needs. What has Action Research (AR) to offer in order to avoid an unsuccessful contractual terms bargaining? AR is an efficient tool in channelling affreightment contract negotiations through dialogical interaction during the bargaining process, when two or more parties are participating in communication for the purpose of influencing the other's decision, avoiding incompatible term clauses as in the aforementioned case.⁴

AR is defined as a participatory democratic process concerned with developing practical knowledge in the pursuit of worthwhile human purposes, grounded in a participatory worldview.³ It aims to solve pertinent problems in a given context through a democratic enquiry where professional researchers collaborate with participants in the effort to seek

2. International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (Brussels, 1924), and amended by the Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading in 1968 and the amendment of the SDR Protocol in 1979.
3. *Caresse Navigation Ltd. V. Zurich Assurances MAROC & Ors* [2014] EWCA Civ. 1366.
4. Fisher suggests that a negotiator needs to possess the knowledge about the people and interests involved, as well as the facts to strengthen his/her ability to exert influence, Roger Fisher, *Negotiating Power Getting and using Influence*, *American Behavioral Scientist* 27, no. 2 (1983), pp. 149-166.
5. Peter Reason and Hilary Bradbury, *Handbook of action research: Participative inquiry and practice*, 2001, pp. 1-14.

and enact solutions to problems of major importance to local people.⁶ AR can contribute to solve this question, constituting an orientation to enquiry of the business partners involved rather than a methodology⁷ or a method⁸ (the comparative legal one⁹ as the Private International conflict rules of the forum leading to the application of domestic substantive law rules may vary from one State to another). This article attempts to foster the relationship between AR, law, companies and the main business organizations in order to collaborately settle upon an agreement concerning the protection of the ship-owners' interests, as enhancers of international trade.

We have to consider the actors that develop the *Lex Mercatoria* (The Baltic and International Maritime Council (BIMCO), The International Association of Independent Tanker Owners (INTERTANKO), and The International Association of Dry Cargo Ship-owners known as INTER-CARGO, etc.), ship-owners, shipping companies, freight forwarders, carriers, and the public organizations such as national maritime administrations, in the decision-making process in the EU and international institutions in the development of Maritime Law.

The relevance of the customs and practices generated in the maritime environment has formed a specific *Lex Mercatoria* in this sector as a consequence of a *flexibilisation* process of the clauses that routinely appear in shipping documents and serve both to determine which court will become competent (arbitral or jurisdictional one), and to clarify which legal

6. Davydd J. Greenwood and Morten Levin, Introduction to action research: Social research for social change, 2006.
7. »The study of the direction and implications of empirical research, or of the suitability of the techniques employed in it« different from method, or more generally, »a method or body of methods used in a particular field of study or activity«.
8. According to the Oxford English Dictionary method is defined as »a special form of procedure or characteristic set of procedures employed (more or less systematically) in an intellectual discipline or field of study as a mode of investigation and inquiry, or of teaching and exposition«. It concerns »what you actually do to enhance your knowledge, test your thesis, or answer your research question«.
9. Samuel seeks to demonstrate that it is neither possible nor appropriate to draw a distinction between »method« and »perspective« in the field of Comparative Law. »Method is in fact central to comparative law but... in understanding what is meant by »method« in this domain one must have a commitment both to theory and to interdisciplinarity«. Chapter 6 (Comparative law and its methodology) by Geoffrey Samuel on »Governance Theory and Practice. A Cross-Disciplinary Approach, Vasudha Chhotray and Gerry Stoker (2008).

regime delimit the potential liabilities following the execution of international shipping contracts. It poses the same problems of validity and effectiveness, as invoked against third parties or against the contracting parties. These rules have been gradually accepted by participants in the maritime transport sector as well as by courts. The real challenge is the interpretation of the arbitration and jurisdiction clauses typically included in the shipping contracts or documents (both in liner and tramp traffic) as the *leit motiv* of lawsuits and claims. These contracts are subject to customs and practices, that clearly mark not only the resolution of such disputes whether by way of arbitration jurisdiction of national standard, but also the determination of the applicable law in this area.¹⁰

AR is presented as a potentially appropriate model for acquiring further knowledge during the negotiation process.¹¹ Merging the research process with language restructuring creates shared social meanings, helping to link and boosting the interaction between the people. This tool introduces communication to make the research socially significant while generating knowledge.¹² Negotiation¹³ is the action or process of conferring, discussing, or bargaining to reach agreement.¹⁴ It constitutes the

10. For instance, the article 9.6 of the Spanish Arbitration Act (Law 60/2003) has introduced a number of innovations that may have some relevance to the interpretation of maritime arbitration clauses. It refers to the validity of the agreement and the arbitrability of the dispute (rules applicable to the merits of the dispute) in a similar way to the article 178 of the Swiss Private International Law Act. Under this reference it refers to the set of uses and specific practices of the maritime sector including the B/L clauses, charter parties or other transport documents (forum and B/L clauses, Paramount clauses, *electio iuris*, etc.); Rosario Espinosa Calabuig, »Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico internacional«, *Revista electrónica de estudios internacionales* no. 13 (2007).
11. Mesut Akdere, *The Action Research Paradigm: An Alternative Approach in Negotiation*, *Systemic Practice and Action Research* 16, no. 5 (2003), pp. 339-354.
12. Language cannot be restructured without a parallel restructuring of practice. The construction of language (dialogues) takes place linked to understanding and practice, and mediates in every theory, which depends on every days meaning. There is a strategic collaboration, which turns in a continuous circle, between the changes in communication patterns, in the subject development depending on how the work is performed, in the work organization, and in the selection and configuration of technological elements. Björn Gustavsen, *Dialogue and Development: Theory of Communication, Action Research and the Restructuring of Working Life* (1992).
13. According to the American Heritage Dictionary of the English Language (2003).
14. Negotiation is also the process by which one deals with the opposing side in war, with terrorists, with labour or management, with buyers and sellers of goods, ser-

most pervasive and diverse approach to dispute resolution¹⁵. AR unifies inquiry, performance improvement, and the development of persons in their professional roles¹⁶. The negotiation is a process of producing wise agreements for the endless variety of disputes and efficiently improving the relationship between the parties.¹⁷ AR, which is usually participative, could be an applicable and helpful model to foster and enhance learning in the negotiation process through negotiators. Some challenges researchers face arises out of the maritime contract negotiation process due to the ethics required, e.g. the A.P. Moller - Maersk third-party code of conduct.¹⁸ These normally include the social acceptance of such agreements, the environmental implications derived, and how will benefit the development of the economy in a socially respectful way, considering the *ex ante* contract drafting and agreement, as well as the *ex post* performance of it. This is a reflection of the conventional separation between practice and ethics, reconciled by Aristotle's framework of politics and ethics.¹⁹ Politics

vices, and real estate, with governmental agencies, and with one's clients, acquaintances, and family. White, J.J. (1980). Machiavelli and the bar: Ethical limitations on lying in negotiations. *Am. Bar Found. Res. J.* 921(3), pp. 926-938.

15. Folberg, J., and Taylor, A. (1984). *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*.
16. Elliott, J. (1991). *Action Research for Educational Change*.
17. People may have interests that conflict, but their ability to deal with those conflicting interests at minimum risk and minimum cost is enhanced by a good working relationship. Fisher, R. (1983). *Negotiating power: Getting and using influence*. *Am. Behav. Sci.* 27(2), pp. 135-147.
18. This includes »The Maersk Group Policies«, the core values of the company, promoting responsible practices with their partners and the worldwide supply chain. They strive to continually improve within the areas of human rights, labour standards and the environment and to work against any form of corruption. It reflects their commitment to the UN Global Compact and the respect for universally recognized normative standards such as the United Nations Universal Declaration of Human Rights and the core labour conventions of the International Labour Organisation. For more information, visit www.maersk.com.
19. For Aristotle, human beings are not born ethical. They become ethical through interaction with other people, in other words, through practice, deliberation and negotiation. Aristotle (1976). *The Nichomachean ethics* (J.A.K. Thomson, trans.), pp. 1098b-1099a; An ethical state evolves from role-play to becoming »natural« that is, to becoming embodied. Aristotle named this ethical condition »phronesis«, which corresponds in modern English to prudence, or practical common sense. Aristotle (1976). *The Nichomachean ethics* (J.A.K. Thomson, trans.), pp. 1141a-1142b; The building of character (virtue) and the work of cooperative deliberation to enhance

for Aristotle is therefore not about devious strategies to impose one's will on or to dominate the other; an assumption sometimes played out in the research world by ethics committees striving to protect participants they see as vulnerable. Rather, politics is seen by Aristotle as the noble and character developing work of contributing to public life.

Through critical AR, that combines critical theory plus AR, I can analyse the challenges facing the negotiators, e.g. sea carriers and ship-owners, in order to give my opinion about the most effective solutions to ease the process. It is an unusual argument, as normally one would associate AR with contexts where dialogue has potential as a developmental tool. Positional bargaining and negotiations are normally not situations where dialogue has much of a role.²⁰ The aim of this paper is to shed light on the following issues, attempting to discuss and problematize them under the glasses of AR. The paper is structured as follows: the importance of AR in shipping bargaining, the AR traditions in use, how the shipping market is configured, and the participative and collaborative interventions, to finalize with the conclusions.

2. Interactions between AR and Shipping Contractual Bargaining

2.1 Why AR is relevant for Shipping Bargaining?

I consider the question relevant because the EU shipping industry contributed directly with € 56 billion to the EU GDP and 615,000 employees, while the indirect impact was € 61 billion to the EU with GDP and 1.1 million jobs during 2013. The total economic impact is estimated to € 147 billion during that year.²¹

How can AR complement this process? It is valuable thinking why AR in an interactive process balances both problem-solving actions implemented in a collaborative context, with a data-driven (such as case law)

the life of one's political community is one and the same process. Aristotle. (1981). *The politics*. Saunders (Ed.), and Sinclair, trans.

20. William N. Isaacs, *Taking flight: Dialogue, collective thinking, and organizational learning*. *Organizational dynamics* 22.2 (1993), pp. 24-39.

21. Oxford Economics, *The Economic Value of the EU Shipping Industry* (2014).

collaborative analysis.²² Moreover, the requirements of re-education and changing patterns of thinking as in individuals and in groups have also been considered as key elements in the process of AR.²³ But four ideas unify classic AR.²⁴ First, AR must rely on scientific methods.²³ Second, AR involves a cyclical research process beginning with joint problem identification and diagnosis. Next, guided by tentative hypotheses, the researcher designs the field study and collects and analyses the data. The final step of evaluation feeds into a new cycle of analysis and reflection. Both researchers and clients actively collaborate throughout this cyclical process. Clients offer practical knowledge forged through their struggle with real-world problems, and researchers contribute with theoretical knowledge.²⁶ Finally, the researcher and the client must forge a common understanding of the problem and its solution, and implement change in order to cope with the tentative design to put AR into practice in a retrospective and reflective account.

Along with the scientific underpinnings a distinction between realism and constructivism takes place. In an area in which bargaining and achievement of the optimal solution for the different agents involved in the process matter, Greenwood and Levin stress how AR privileges local knowledge unlike logical positivists and their qualitative techniques, and I agree in the need of contesting positive and rational choice models.²⁷

2.2. The AR Tradition in Use: What, When, Who

AR is a particularly risky focus on the acquisition of practical - rather than theoretical - knowledge.²⁸ The use of critical AR is a key element in the practice architectures that enable and constrain a practice through *cultural-discursive*, *material-economic* and *social-political arrangements* that are

22. Hilary Bradbury and Peter Reason, Action Research an Opportunity for Revitalizing Research Purpose and Practices, *Qualitative Social Work* 2, no. 2 (2003), pp. 155-175.
23. Chris Argyris, Robert Putnam and Diana McLain Smith, *Action Science* (1985).
24. Julie L. Ozanne and Bige Saatcioglu, Participatory Action Research, *Journal of Consumer Research* 35, no. 3 (2008), pp. 423-439.
25. Kurt Lewin, Action Research and Minority Problems, *Journal of Social Issues* 2, no. 4 (1946), pp. 34-46.
26. Argyris, Putnam and Smith, *Action Science* (1985).
27. Davydd J. Greenwood and Morten Levin, Introduction to Action Research: Social Research for Social Change, (2006), p. 110.
28. Argyris, Putnam and Smith, *Action Science* (1985).

found in or brought to the site for practice. Over time, moreover, the practice may change or evolve. It may be part of a practice tradition that is, at the local level, *the way we do things around here*, or perhaps, as in the case of many professional practices, a manifestation of a widespread way of doing things. The test for the effectiveness of critical AR is whether equity has been increased in a meaningful way.²⁹ The traditional AR requires involvement, a secure personality and creativity as well as an initial *pre-understanding* of business practices.

What is the role of an Action Researcher? AR is focused mainly on knowledge in action created through AR data interpretation and contextualisation. Action without reflection and understanding is blind, just as theory without action is meaningless.³⁰ The researcher is a change agent, who helps the client understand how he or she fits into a system, facing two goals or *imperatives*, solving a practical problem within an organization and generating new knowledge and understanding about other organizations.³¹ The performative stances³² engage the scholars in their critical management project rather than non-performative ones³³ in critical AR.

The questions in this context are: which values and patterns do the ship-owners and the sea-carriers use when they negotiate and conclude the contract? How is the relationship built between them *ex ante* and how can the contracts be tracked to avoid costly judicial proceedings *ex post*? Which cultural values are not acceptable during such process? How does the tracking system reflect socioeconomic realities in the maritime community in which they operate? How can the growth and development be placed in the centre of the decision-making process to achieve a positive solution for both parties?

29. Stephen Kemmis, Robin McTaggart and John Retallick, *The Action Research Planner*, (2004), p. 58.

30. Peter Reason and Hilary Bradbury, *Handbook of Action Research: Participative Inquiry and Practice* (2001).

31. Chad Perry and Evert Gummesson, *Action Research in Marketing*, *European Journal of Marketing* 38, no. 3/4 (2004), pp. 310-320.

32. André Spicer, Mats Alvesson and Dan Kärreman, *Critical Performativity: The Unfinished Business of Critical Management Studies*, *Human Relations* 62, no. 4 (2009), pp. 537-560.

33. Valerie Fournier and Chris Grey, *At the Critical Moment: Conditions and Prospects for Critical Management Studies*, *Human Relations* 53, no. 1 (2000), pp. 7-32.

3. How the Shipping Market is configured in order to let the Actors negotiate the Freight Rates?

Stability in maritime transport services can be achieved by *technical agreements, consortium and strategic alliances*. These cooperation arrangements between liner shipping lines that do not involve price fixing have increased in number and have an important share of the market in all major trades. Conferences operate alongside consortia, alliances and independent operators. Shippers must face different choices in order to negotiate the ocean freights. The biggest firms, covering 0.5% of the total consumers, shipped half of the overall industry volume by allocating a maximum of 40% of their capacity with a single carrier unlike the smallest ones. The key clients' predominant trend for the consolidation of supply chains has been slowed by the slow economy and the minimization of transportation costs. The major costs are represented by terminal costs, vessel costs, and fuel costs (considering the BAF).³⁴ The Strategic Alliances or Global Partnerships in container liner shipping have had an *impact on how the shipping services are structured*³⁵ since they started in 1994, to provide the worldwide services required under co-ordination and flexibility.³⁶ The major Strategic Alliances in 2015 are, in the following order: G6 (MOL, APL, Hyundai, Hapag-Lloyd, NYK, and OOCL), CKYH-The green alliance (COSCON, Hanjin, K Line, and Yang Ming), 2M alliance (Maersk Line and MSC), and Ocean Three Alliance (CMA-CGM, CSCL, and UASC).³⁷

A larger contractual framework can economize transaction and production costs to avoid contract writing and regularly adapting expenses.³⁸ An iterative project implements active governance forms, adapting to

34. Reinhardt, Forest, Ramon Casadesus-Masanell, and Frederik Nellesmann, Maersk Line and the Future of Container Shipping, Harvard Business School, no. Case 712-449 (2012).

35. Brian Slack, Claude Comtois and Robert McCalla, Strategic Alliances in the Container Shipping Industry: A Global Perspective, Maritime Policy & Management 29, no. 1 (01/01; 2014/10,2002), pp. 65-76.

36. Cariou Pierre and du Tertre, Chemin de la Censive, Strategic Alliances in Liner Shipping: An Analysis of operational Synergies (2000).

37. Pierre, C. Strategic alliances in Liner Shipping markets seminar, September 26, 2014, Copenhagen Business School.

38. Oliver E. Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, Journal of Law and Economics 22, no. 2 (Oct. 1979), pp. 233-261.

project that contains specification of the customer's business needs and related business processes, the frames and constraints of the project, ranging the contractual tools, and measuring the collaboration, flexibility, maturity levels and limitations of the parties.³⁹ In liner shipping the terms of the contract are traditionally printed on the Bill of Lading (B/L), which is a receipt for the goods issued by the carrier. A charter party may be the type of contract, which is most appropriate where shiploads of cargo are involved. These options include time charter parties for long-term contracts eliminating the adjustment rates, providing a better service with a high demand. However, market volatility might alter the benefits especially in the container market. Regarding the short-term contracts, voyage charters and the spot market may be beneficial due to the use of freight forwarders with lower market rates. Index-linked contracts divide prices during the bargaining process, selecting preferably the index that follows the spot market. The shipper needs a steady volume in this case because of the maximum and minimum adjustment limits as well as the seasonal peaks. The conflict of interests lies in shippers' reluctance to suffer higher rates and vice versa for the carriers that would be stuck with lower fixed rates. Both shippers and carriers must be content to ensure an optimal business relationship, in order to reach good faith deals with fair prices for both parties.

4. The participative and collaborative Intervention

Lewin's concept of AR focuses on a particular problem and seeks to provide assistance to the client system.⁴⁰ Moreover, it involves iterative cycles (to help improving them over the time) as well as identifying a problem, planning, acting and evaluating. Furthermore, typically involves re-

39. Proactive law constitutes under an innovative and interdisciplinary scope an approach to law in order to secure success to gain a competitive advantage, by aligning the contract design and the contract clauses with the attributes of the transaction through active clauses define certain actions that have to be taken, and passive clauses regulate what happens if a particular action is not taken, considering economic and management theories. It requires identifying the key business success factors through a deep understanding of the maritime transport business and materializing them as contractual tools in the form of a legal response. René Franz Henschel, *Iterative and Agile Contracts as Proactive Law Instruments* (2011).

40. Argyris, Putnam and Smith, *Action Science* (1985).

education that means changing patterns of thinking and action that are currently well established in individuals and groups. It challenges the status quo from a participative perspective, and it is intended to contribute simultaneously to basic knowledge in social science and to social action in everyday life. The AR process must be in harmony and linked with the purpose of making people aware of their potential to be agents of change and to create more-liberating social organizations.⁴¹

The AR process argues that AR is both a sequence of events and an approach to problem solving.⁴² AR requires practical negotiation and deliberation, as a *form of collective, self-reflective inquiry that participants in social situations undertake to improve: (1) the rationality and justice of their own social or educational practices; and (2) the participants' understanding of these practices and the situations in which they carry out these practices.*⁴³ There might be interesting alternatives to enact solutions to economic and commercial problems or improve some situations under a more democratic and participative process. Traditional methods of hedging the choice of contract during ship operation⁴⁴ with the new carriage of goods by sea contracts have to be weighted with the different actors in presence: the ship-owner, who charter the ship to the charterer for a trip or a concrete period, and the shipper or transferor, who agrees with the carrier or transferee the transport of goods. In the first case the charter party should be signed, and in the last one the B/L will serve as a transferable document with probatory force. Two types of contracts must be distinguished.

The *vessel oriented contracts* are defined as the usual for cargo vessels by which the ship-owner, in return for a sum of money, the freight, agrees to carry goods by sea, or to furnish the services of a vessel for the purpose of such carriage. These contracts encompass a heterogeneous mass of maritime agreements. An efficient communication and coordination between the different parties involved (chartering brokers, freight forwarders or liner agents) and the ports, the operations management during the af-freightment period, and all the other managing functions between the ship managers and the sale and purchase brokers. The *cargo oriented con-*

41. Ozanne and Saatcioglu, Participatory Action Research, Vol. 35, (2008), pp. 423-439.

42. Teresa Brannick and David Coghlan, Doing Action Research in Your Own Organization (2010).

43. Robin McTaggart and Stephen Kemmis, The Action Research Planner (1988).

44. James Whiteside Gray, Shipping Futures, Lloyd's of London Press (1990).

tracts are the ones in which the B/L is issued to the shipper when the goods have been loaded on board, either by the master as the owner's or the carrier's representative, or on the master's behalf of the vessel's agents. If the vessel is chartered, the shipper may be, but is not necessarily, identical with the charterer.⁴⁵

The role of intervention as an action researcher requires acquiring a strong role in the development work contacting different institutions such as BIMCO, INTERTANKO or INTERCARGO in a low and mid-term focusing on the acquisition of practical rather than theoretical knowledge⁴⁶ to analyse and understand the agreements for the endless variety of disputes and efficiently improving the relationship between the maritime parties, keeping in mind the interests that conflict and their ability to deal with those conflicting interests at minimum risk and minimum cost is enhanced by a good working relationship.⁴⁷ AR might improve the effectiveness of negotiations, since the systematic reflection is an effective way of learning in a participative process to foster and enhance learning in the negotiation process through negotiators. The reasons why a participative and collaborative intervention increases our understanding whereas a more traditional case study would not is because the communicative apparatuses of many business organizations and of organizations that rely on the specialist expertise of some participants for their operations, do not ordinarily qualify as public spheres. Participatory action researcher allows a mutual comprehension and allows participants to have a voice and play a part in reaching consensus about what to do.⁴⁸

5. Conclusions

AR aims to develop the self-help competencies of people facing problems and contributes to the practical improvement of problem solving among the parties. The process of problem solving along with the process of de-

45. UNCTAD, Charter Parties, report by the Secretariat of UNCTAD, 1974, New York, UN.

46. Argyris, Putnam and Smith, Action Science (1985).

47. Fisher, R. (1983). Negotiating power: Getting and using influence. *Am. Behav. Sei.* 27(2), pp. 135-147.

48. Norman K. Denzin and Yvonna S. Lincoln, *Collecting and Interpreting Qualitative Materials*, Vol. 3 Sage, 2008).

cision-making is vital to negotiation. Negotiators need to foster attentiveness and sensitivity to enhance their practices to read the difference between what the other people says and what the other really means through AR.⁴⁹ It is recommendable letting the parties search for an agreement rather than achieving a resolution, because there may be costs involved when breaking off the relationships without reaching an agreement.

Furthermore, the parties are led to negotiate through the existence of interdependence. There are two different models. The *AR model* of Cummings and Worley consists of eight steps: (1) problem identification, (2) consultation with a behavioural science expert, (3) data gathering and preliminary diagnosis, (4) feedback to key client or group, (5) joint diagnosis of problem, (6) joint action planning, (7) action, and (8) data gathering after action.⁵⁰ The *principled negotiation process model* of Fisher and Ury⁵¹ is a method of negotiation explicitly designed to produce wise outcomes efficiently and amicably. The four basic points of negotiation are: people (separate the people from the problem), interests (focus on interests, not positions), option (generate a variety of possibilities before deciding what to do), and criteria (insist that the result is based on some objective standard). But which are the desired changes that are being sought? The key dilemma is to maintain a close, high-trust relationship with actors in the field and on the other hand, to have sufficient distance or autonomy from them to be able to write critically about their engagement in the field. This means how to deal with collaborative relations and at the same time safeguard enough distance such that the generation of theoretical knowledge is not compromised.⁵² The collaboration enables mutual understanding and consensus, democratic decision-making, and common action.⁵³ AR fosters a democratic approach to the decision-making process while empowering negotiators through participation in a collaborative, socially re-

49. Rubin, J.Z. (1983). Negotiation: An Introduction to some issues and themes. *Am. Behav. Sci.* 27(2), pp. 135-147.

50. Cummings, T.G., and Worley, C.G. (2001). *Organization Development and Change* (7th ed.), pp. 24-26.

51. Fisher, R., and Ury, W. (1981). *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, pp. 10-11.

52. Tony Huzzard and Yvonne Johansson, *Critical Action Research, Critical Management Research-Reflections from the Field* (2014), pp. 81-100.

53. Oja, S., and Smulyan, L. (1989). *Collaborative Action Research: A Developmental Approach*.

sponsive research activity.⁵⁴ In the principled negotiation there is no place for a euphemism for cunning, self-serving manoeuvres that coerce other parties into unfair agreements. It aims at successful negotiation, which improves to the benefit of all parties involved, the terms of an agreement or relationship to effectively and maximally reach a profitable agreement addressing everyone's underlying needs. The negotiation process can benefit from these aspects of AR while aiming at achieving principled negotiation."

There is a counter-intuitive element with regards to positional bargaining and negotiations are not normally situations in which dialogue has a main role, as a sustained, collective inquiry, into the processes, assumptions, and certainties that compose everyday experience, embodied in a community of people.⁵⁶ Following Akdere⁵⁷, AR is normally suitable in situations of relative consensus rather than entrenched positions and clear conflicts of interest, having also potential in negotiation settings. Helping improve clients' problems takes the form of creating conditions in the behavioural world of the client system that are conducive to inquiry and learning. Lasting improvement requires that the participatory action researcher help clients to change themselves so that their interactions will create these conditions for inquiry and learning.⁵⁸ Despite there could be some conflicts between the parties it is important getting over the context-specific tensions that separate the involved actors and their activities, along with the relevance of cultural heritage that could reduce the tensions in the bargaining process as it happened in the case of the Nordic countries.⁵⁹

54. Akdere, *The Action Research Paradigm: An Alternative Approach in Negotiation*, Vol. 16 (2003), pp. 339-354.

55. Mesut Akdere, *The Action Research Paradigm: An Alternative Approach in Negotiation*, *Systemic Practice and Action Research* 16, no. 5 (2003), pp. 339-354.

56. William N. Isaacs, *Taking Flight: Dialogue, Collective Thinking, and Organizational Learning*, *Organizational Dynamics* 22, no. 2 (1993), pp. 24-39.

57. Akdere, *The Action Research Paradigm: An Alternative Approach in Negotiation*, Vol. 16(2003), pp. 339-354.

58. Argyris, Putnam, and Smith (1985). *Action Science*. Carson, and Sumara, (1997). *Action Research as a Living Practice* (1981). *Systems Thinking, Systems Practice*.

59. Lusiani and Luca Zan, Maria, Are Thorkildsen and Marianne Ekman, *The Complexity of Becoming: Collaborative Planning and Cultural Heritage*, *Journal of Cultural Heritage Management and Sustainable Development* 3, no. 2 (2013), pp. 148-162.

How the *give and take* principle takes place avoiding the one-way communication? It is possible to gain understanding by engaging ship-owners and sea-carriers in the dialogue process within the same status and sharing experiences of each participant. This pragmatic concept developed in Scandinavia leads to a discursive arena including debate, deliberation, agreement and action, that lets individuals express their opinion but through a free and open communication.⁶⁰

The remaining questions are, how can the problems be solved considering the different market power of the companies involved in the carriage of goods by sea and how to deal with the power structures to keep the democratic spirit of action or interactive research alive? How can the transparency in the bargaining process be achieved, considering the risks and secrecy imposed during negotiations and the imposed clause-types to the less powerful negotiating groups representing their clients or their own businesses? In the long run, the challenges that must be faced by companies like Maersk with an undoubtable Scandinavian origin in terms of equal treatment and consensus might change the perception of the market and innovate in the decision-making process during the contractual relations *ex ante* and specially *ex post* to avoid conflictive dispute resolution towards a more equitable and friendly alternative dispute settlement such as arbitration, mediation, or conciliation.

60. Bjørn Gustavsen, Innovation, Participation and »constructivist Society«, Learning Regional Innovation: Scandinavian Models (2011), pp. 1-14.

Offentlighed omkring identiteten af deltagerne i personselskaber efter dansk ret

Professor Søren Friis Hansen

Direktiv 2015/849/EU pålægger medlemsstaterne at forpligte selskaber og andre juridiske enheder at indsamle oplysninger om de fysiske personer, der er selskabets reelle ejere. Oplysninger om selskabers reelle ejere skal samles i et centralt register. I artiklen analyseres konsekvenserne for dansk personselskabsret af, at der oprettes et centralt register over reelle ejere.

1. Registrering af personselskaber

1.1. Baggrund

De danske regler for personselskaber adskiller sig fra reglerne i alle andre EU-stater, eftersom der i dansk ret ikke findes lovfæstede materielle selskabsretlige regler, der gælder for interessentskaber og kommanditselskaber. Dansk personselskabsret står imidlertid over for store omvæltninger. Dettets skyldes, at der ved direktiv 2015/849/EU om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme er indført et krav om, at *alle selskaber og juridiske enheder* skal indsamle og registrere oplysninger om deres reelle ejere. Medlemsstaterne pålægges således ved direktivet at indføre et centralt register for reelle ejere af selskaber og andre juridiske enheder, idet de heri indeholdte oplysninger herom skal gøres tilgængelige for offentlige myndigheder, finansielle institutter og rådgivere samt i øvrigt enhver, der har en legitim interesse.

Alle danske aktie- og anpartsselskaber skal anmeldes til registrering i Erhvervsstyrelsens register i henhold til lov om aktie- og anpartsselskaber.¹ I dansk ret har der hidtil ikke været en tilsvarende anmeldelsespligt for personselskaber. Interessentskaber og kommanditselskaber har således ikke i Danmark været underlagt en generel pligt til registrering.

En af konsekvenserne af den manglende registreringspligt har været, at offentligheden ikke generelt har krav på oplysninger om, hvem der er deltagere i et personselskab som interessenter, komplementarer og kommanditister. Når tredjemand² har særlig interesse i at kende identiteten på interessenterne i et interessentskab og komplementarerne i et kommanditselskab, skyldes dette naturligvis, at de pågældende selskabsdeltagere hæfter personligt for selskabets gæld. Efter fimaloven af 1889 havde offentligheden således krav på indsigt i identiteten på samtlige interessenter og komplementarer i handelsselskaber, idet andre interessentskaber (de civile interessentskaber) ikke var underlagt anmeldelsespligt.

Med direktiv 2015/849/EU kan den manglende pligt til at registrere interessentskaber og kommanditselskaber ikke længere opretholdes. Danmark er således nødsaget til at indføre en generel registreringspligt for samtlige danske interessentskaber og kommanditselskaber, der omfatter pligt for de enkelte selskaber til at indhente og opbevare oplysninger om det enkelte selskabs reelle ejerskab.

1.2. Registrerings- og oplysningspligter efter Fimaloven af 1889

Efter Fimaloven af 1889³, skulle alle personer, der drev »*Handel, Haandværksnæring eller Fabriksvirksomhed*« anmeldes til Handelsregisteret, jf. lovens § 8. For enkeltmandsvirksomheder var anmeldelse frivillig. For selskaber gjaldt, at disse skulle anmeldes til Handelsregisteret, forinden virksomheden påbegyndtes, jf. FL § 16. Omfattet af anmeldelsespligt var således alle danske *handelsinteressentskaber*. Ved anmeldelse af et interessentskab var der i henhold til FL § 18, stk. 1, nr. 1, pligt til at angive »*samtliges medlemmers* [dvs. interessenters] *fulde Navn og Bopæl*«.

Ved optagelsen i Handelsregisteret blev de registrerede oplysninger om et selskab og dets deltagere gjort tilgængelige for offentligheden, jf. FL § 7, stk. 1. De registrerede oplysninger blev desuden tillagt *selskabsretlig*

1. Jf. lov bekendtgørelse nr. 1089 af 14. september 2015, i det følgende »KSL«.

2. Se nærmere om begrebet »tredjemand« i selskabsretten Søren Friis Hansen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2013:3,1-23 (s. 11 f.).

3. Jf. lov nr. 23 af 1. marts 1889, i det følgende »FL«.

gyldighed, jf. FL § 7, stk. 2, hvilket indebærer, at oplysningerne kan gøres gældende af selskabet over for tredjemand og selskabsdeltagerne og af tredjemand over for selskabet og selskabsdeltagerne. Reglen om selskabsretlig gyldighed i FL § 7, stk. 2, kan føres tilbage til Code de Commerce fra 1807 og er i stort set uændret form videreført i lov om aktie- og anpartsselskaber, jf. lovens § 14, stk. 2 og 3. * En tilsvarende bestemmelse findes i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 15, stk. 2, og 3.⁵ Reglen er tillige gældende på EU-plan, jf. nærmere art. 3, stk. 3-7, i direktiv 2009/101/EF.

Efter firmaloven sondredes mellem »handelsinteressentskaber« og »civile Selskaber«, idet det kun var førstnævnte selskaber, der var underlagt en anmeldelsespligt. De civile interessentskaber kunne frivilligt lade sig anmelde til Handelsregisteret efter loven, men skulle i så fald give de samme oplysninger ved anmeldelsen som de anmeldelsespligtige selskaber/ Et kommanditselskab, jf. FL § 33, litra a, der drev handelsvirksomhed, skulle anmeldes til Handelsregisteret, men ikke nødvendigvis som sådant.⁷ Offentligheden havde dog under alle omstændigheder krav på oplysning om identiteten af komplementarerne. Der var efter firmaloven ingen pligt til at registrere eller offentliggøre oplysninger om kommanditisternes identitet.

1.3. Offentlighed om kapitalejerne i kapital-selskaber

I *kapital-selskaber* skal enhver kapitalejer give meddelelse til selskabet, når den pågældendes kapitalandele udgør mindst 5 % af selskabskapitalen, eller den til de pågældende kapitalandele hørende stemmeret udgør mindst 5 % af den til selskabskapitalen hørende stemmerettigheder, jf. hertil nærmere KSL § 55. Anmeldelsespligt indtræder tillige, såfremt en kapitalejers besiddelse indebærer, at vedkommendes ejerandel i selskabet overskrider en række tærskelværdier i opad- eller nedadgående retning.

Når selskabet har modtaget en anmeldelse efter KSL § 55, skal oplysningerne om kapitalejeren og denne besiddelse af kapitalandele hurtigst

4. Se nærmere om selskabsretlig gyldighed Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 1 (4. udg. 2014), s. 375-382 med henvisninger
5. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovbekendtgørelse nr. 1295 af 15. november 2013 (LEV)
6. Se hertil Sindballe, Dansk Selskabsret I (1928), s. 42 f.
7. Se Carl Torp, Den danske Selskabsret (1919), s. 144 f.

muligt registreres i det centrale ejerregister, hvor de er offentligt tilgængelige, jf. nærmere KSL § 58.

Et partnerselskab er et kommanditselskab, jf. LEV § 2, stk. 2, hvor kommanditisterne i selskabet har indskudt en kapital, der er fordelt på aktier, jf. KSL § 5, nr. 23. Partnerselskaber er underlagt de i lov om aktie- og anpartsselskaber gældende regler med de fornødne tilpasninger, jf. KSL § 358. Oplysningspligten efter KSL § 55 omfatter kommanditaktionærerne i partnerselskaber. Ved registrering af et partnerselskab, jf. KSL § 40, stk. 1, skal der oplyses om komplementarens identitet, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1, nr. 8.⁸ Reglerne om anmeldelsespligt vedrørende betydelige kapitalposter, jf. KSL § 55 og det centrale ejerregister, jf. KSL § 58, blev sat i kraft i december 2014, således at modtagne anmeldelser skulle være registreret i det centrale ejerregister senest den 15. juni 2015, jf. nærmere bekendtgørelse nr. 1322 af 10. december 2014.

Reglerne i KSL § 55 og 58 implementerer bestemmelser i direktiv 2004/109/EF, jf. direktivets art. 9-12, som ændret ved direktiv 2013/50/EU. Direktivet gælder kun for aktieselskaber, hvis aktier er optaget til handel på et reguleret marked. I Danmark er direktivets regler med lov om aktie- og anpartsselskaber gjort anvendelige på alle aktie- og anpartsselskaber, herunder iværksætterselskaber. For aktieselskaber, hvis aktier er noteret til handel på et reguleret marked, gælder særlige supplerende regler om flagning af storaktionærers aktiebesiddelser, jf. nærmere værdipapirhandelslovens § 29, som affattet ved lov nr. 532 af 29. april 2015.

2. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

2.1. Registreringspligtige personselskaber

Som udgangspunkt er der ikke pligt til at registrere et interessentskab eller kommanditselskab hos erhvervsstyrelsen efter dansk ret. Et interessentskab er dog underlagt pligt til registrering efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, såfremt samtlige interessenter er aktieselskaber, partnerselskaber, anpartsselskaber (herunder iværksætterselskaber), eller selskaber med en tilsvarende retsform, jf. LEV § 2, stk. 3, 2. pkt. Tilsvarende gælder, at et kommanditselskab, jf. LEV § 2, stk. 2, er registre-

8. Bekendtgørelse nr. 234 af 10. marts 2015.

ringspligtigt, såfremt komplementaren (hhv. samtlige komplementarer) er selskaber af de nævnte kategorier. Såfremt en deltager i et interessentskab eller kommanditselskab er et interessentskab eller kommanditselskab, hvor samtlige deltagere er selskaber af de nævnte kategorier, anses deltager-interessentskabet eller -kommanditselskabet som et kapitalsselskab ved konstateringen af, om der foreligger anmeldelsespligt.

De nævnte interessentskaber og kommanditselskaber betegnes om *registreringspligtige personselskaber*,⁹ Registreringspligten efter LEV § 2, stk. 3, har ikke betydning for personselskabets status som retssubjekt, jf. U 1968.150 V, men er indført af hensyn til at implementere reglerne om regnskabspligt for visse personselskaber, der blev indført med direktiv 90/605/EØF, jf. nu art. 1, stk. 1, litra b, og Bilag II i direktiv 2013/34/EU. De registreringspligtige personselskaber er således omfattet af regnskabspligt efter årsregnskabslovens regler for regnskabsklasse B eller C, jf. ÅRL § 3, stk. 1, nr. 2.

Ved anmeldelse af et registreringspligtigt personselskab til Erhvervsstyrelsen i henhold til LEV skal der gives oplysning om navn, adresse og CVR-nummer på samtlige interessenter (hhv. komplementarer) i selskabet, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 35, stk. 1, nr. 1. Når oplysningerne optages i Erhvervsstyrelsens it-system, er de herved kommet til tredjemands kundskab, jf. LEV § 15, stk. 2, og de tillægges herefter *selskabsretlig gyldighed*, jf. LEV § 15, stk. 3. Der stilles ikke efter LEV krav om registrering eller offentliggørelse vedrørende eventuelle kommanditisters identitet.

2.2. Ejerregister omfattende LEV-selskaber (LEV § 15 f)

Ved lov nr. 739 af 1. juni 2015 er det bestemt, at Erhvervsministeren kan fastsætte regler om, at bestemmelserne om kapitalejeres pligt til at anmelde sig til selskabet og ejerregisteret i KSL §§ 55, 56 og 58 (ovenfor afsnit 1.3) med de nødvendige tilpasninger skal finde tilsvarende anvendelse på en eller flere af de typer af virksomheder, der er omfattet af LEV, jf. LEV § 15 f, som affattet ved lov nr. 739 af 1. juni 2015. Sådanne regler vil blive fastsat ved bekendtgørelse. Det fremgår af bemærkningerne til ændringsloven, at det først og fremmest er kommanditselskaber, jf. LEV § 2, stk. 2, der forventes at blive omfattet af regler om offentliggørelse af op-

9. Se herom nærmere Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 3, Interessentskaber (3. udg. 2015), s. 78-85 med henvisninger.

lysninger om selskabsdeltagerne i ejerregisteret. Hjemlen i LEV § 15 f, omfatter imidlertid alle typer af virksomheder, der er underlagt LEV.

Når reglerne i lov om aktie- og anpartsselskaber om det centrale ejerregister er sat i kraft for kommanditselskaber, vil der således være pligt til at offentliggøre identiteten på alle deltagere i et kommanditselskab, der har en ejerandel på mere end 5 %.

3. Skatte- og afgiftsregistrering

3.1. Registrering i CVR-registeret

Virksomheder, der driver virksomhed omfattet af en af de skatte- og afgiftslove, der er optaget i bilag 1 og bilag 2 til bekendtgørelse nr. 223 af 3. marts 2012, har pligt til at lade sig registrere i det centrale virksomhedsregister (CVR-registeret). Pligten til at foretage skatte- og afgiftsregistrering påhviler f.eks. om virksomheder, der driver momspålagt virksomhed, eller som har ansatte, af hvis løn der skal trækkes kildeskat. I henhold til anmeldelsesbekendtgørelsens § 71, stk. 1, nr. 5, skal der ved anmeldelsen oplyses om virksomhedens grunddata, der bl.a. omfatter oplysning om navn, CVR-nummer eller CPR-nummer, samt indtrædelses- og udtrædelsesdato for samtlige ansvarlige deltagere i virksomheden. I det omfang et interessentskab eller kommanditselskab er omfattet af pligt til skatte- og afgiftsregistrering, skal der således oplyses om identiteten på samtlige interessenter og komplementarer. Der skal ikke oplyses om identiteten på eventuelle kommanditister.

De grunddata, der er indeholdt i CVR-registeret, er som udgangspunkt tilgængelige for offentligheden, jf. CVR-lovens § 18 samt § 11, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 932 af 21. august 2014. Såfremt et interessentskab eller kommanditselskab er omfattet af pligt til skatte- og afgiftsregistrering, kan offentligheden således ad denne vej få oplysning om interessenternes (hvv. komplementarens) identitet.

Den retlige værdi af CVR-registerets oplysninger om identiteten på de ansvarlige deltagere i personselskaber er imidlertid begrænset. For det første er mange selskaber ikke omfattet af pligt til skatte- og afgiftsregistrering. Dette gælder f.eks. et holdingselskab, der ikke aflønner medarbejdere.

For det andet findes der ingen regel om selskabsretlig gyldighed i CVR-loven, som svarer til bestemmelserne i KSL § 14 (hvv. LEV § 15). CVR-registeret er, i modsætning til de registre, der føres af Erhvervssty-

reisen i henhold til selskabslovgivningen, et rent administrativt register. Dette indebærer, at tredjemand ikke kan støtte ret på de oplysninger om interessenternes identitet, der måtte være indeholdt i CVR-registeret.¹⁰ En person, der er registreret som interessent i CVR-registeret, behøver således ikke at være interessent, og en person kan være interessent i et interessentskab, som er registreret i CVR-registeret, uden at være optaget i CVR-registeret som sådan. Et interessentskab består som et selvstændigt retssubjekt uafhængigt af registreringen i CVR-registeret, jf. hertil U 2014.1623 ØLK. Det er klart, at oplysning om, at en person er registreret som interessent i CVR-registeret, vil blive tillagt en vis bevismæssig værdi ved en eventuel tvist, men registreringen i CVR har altså i modsætning til registreringen efter LEV ingen retsvirkning i sig selv.

3.2. Ejerfortegnelse i henhold til Skattekontrolloven

Ved lov nr. 118 af 7. februar 2012 blev der indført særlige regler i skattekontrolloven, hvorefter visse typer af selskaber har pligt til at føre en fortegnelse over samtlige selskabets deltagere og medlemmer, jf. nærmere skattekontrollovens § 3 A.¹¹ Omfattet af pligten til at føre en fortegnelse over samtlige selskabsdeltagere er således *kommanditselskaber* som defineret i LEV § 2, stk. 2, jf. SKL § 3 A, stk. 2. Kravet gælder for alle kommanditselskaber, uanset om selskabet er registreringspligtigt eller ej. Pligten gælder tillige for partnerselskaber, jf. SKL § 3 A, stk. 3.

Ejerfortegnelsen skal indeholde oplysninger om samtlige selskabets komplementarer og kommanditister. Nye deltagere skal optages i registeret inden to uger fra deres indtræden i selskabet, jf. SKL § 3 A, stk. 2, 2. pkt., idet de pågældende har pligt til at meddele selskabet de oplysninger om deres identitet, der skal optages i fortegnelsen. *Interessentskaber* er ikke omfattet af kravet om at udarbejde en fortegnelse i henhold til SKL § 3 A. Fortegnelsen over selskabsdeltagere skal indeholde oplysninger om

10. Se hertil bemærkningerne til lov om erhvervsdrivende virksomheder, jf. Folketingstidende 1993-94, tillæg A, sp. 1665 (min fremhævelse): »Ved afgrænsningen af de registreringspligtige virksomheder har man også kunnet tage hensyn til de drøftelser, der for tiden pågår om at ændre Det Centrale Virksomhedsregister (CVR). Det Centrale Virksomhedsregister vil blive et administrativt register i modsætning til de registre, der føres af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Styrelsens registre er rettighedsskabende og rettighedsgivende, og indeholder oplysninger, som normalt først får retsvirkning efter en forudgående prøvelse«. Se tillige Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 1 (4. udg. 2014), s. 374 f.

11. Jf. lovbekendtgørelse nr. 1264 af 31. oktober 2013.

hver enkelt deltagers fulde navn, adresse, hjemland og cpr-nummer, jf. nærmere SKL § 3 A, stk. 5, og skal opbevares i mindst fem år fra udgangen af det indkomstår, som oplysningerne angår.

Mens der efter LEV og CVR-loven alene skal ske registrering af komplementarens identitet, indebærer pligten til at føre en deltagerfortegnelse i henhold til SKL § 3 A, en pligt for selskabet til at registrere oplysninger om samtlige kommanditister. Oplysningerne om de enkelte selskabsdeltagere, der i henhold til SKL § 3 A, optages i fortegnelsen, er tilgængelige for SKAT, men ikke offentligheden.

4. Oplysningspligt vedrørende selskabers »reelle ejerskab«

4.1. Direktiv 2015/849/EU

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2015/849/EU af 20. maj 2015 omhandler forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvask af penge og finansiering af terrorisme.¹² Direktivet skal være implementeret af medlemsstaterne senest den 26. juni 2017, jf. direktivets art. 66, stk. 1.

Direktivet foreskriver, at medlemsstaterne pålægger finansielle virksomheder og en række nærmere angivne rådgivere, en række pligter i bestemte situationer. Forpligtede ifølge direktivet er således, jf. art. 2, stk. 1, nr. 1 og 2, kreditinstitutter og finansieringsinstitutter. Forpligtede er tillige i henhold til art. 2, stk. 1, nr. 3, litra a, revisorer, regnskabskyndige og skatterådgivere, samt i henhold til litra b andre rådgivere, der bistår klienter med nærmere angivne finansielle transaktioner. Forpligtede er således i henhold til art. 2, stk. 1, litra b, v, rådgivere, der bistår klienter ved planlægningen eller udførelsen af transaktioner for en klient, der indbefatter »oprettelse og drift af truste, selskaber, fonde eller lignende strukturer«.

Medlemsstaterne har pligt til at sikre, at finansielle virksomheder og rådgivere, der er omfattet af de i direktivet indeholdte pligter, ved etablering af forretningsforbindelser foretager *kundekendskabsprocedurer*, jf. nærmere direktivets art. 11. En kundekendskabsprocedure skal i henhold til direktivets art. 13, stk. 1, litra a) og b), bl.a. omfatte identifikation af kunden og identifikation af kundens reelle ejer. Der skal i denne henseende gennemføres »rimelige foranstaltninger for at kontrollere identiteten af

12. Jf. EU-tidende L nr. 141 af 5. juni 2015, s. 73 ff. Direktivet afløser direktiv 2005/60/EF.

den reelle ejer, således at den forpligtede med sikkerhed ved, hvem den reelle ejer er«. For selskaber mv. skal der gennemføres »rimelige foranstaltninger for at undersøge kundens ejer- og kontrolstruktur«. Kontrollen af kundens identitet og den reelle ejers identitet skal som udgangspunkt gennemføres, forinden forretningsforbindelse etableres eller forinden udførelsen af en enkeltstående transaktion, jf. direktivets art. 14, stk. 1. Medlemsstaterne skal pålægge pligt til gennemførelse af kundekendskabsprocedurer over for eksisterende kunder på passende tidspunkter, jf. direktivets art. 14, stk. 5.

Ved en »reel ejer« forstås i direktivets forstand i henseende til selskaber, jf. direktivets art. 3, nr. 6, litra a:

»6) »reel ejer«: den eller de fysiske personer, der i sidste ende ejer eller kontrollerer kunden, eller den eller de fysiske personer, på hvis vegne en transaktion eller en aktivitet gennemføres, og omfatter mindst:

a) for selskaber:

i) den eller de fysiske personer, der i sidste ende ejer eller kontrollerer en juridisk enhed ved direkte eller indirekte ejerskab over en tilstrækkelig procentdel af aktierne eller stemmerettighederne eller ejerandelen i denne enhed, bl.a. ved hjælp af beholdninger af ihændeaveraktier eller kontrol ved hjælp af andre midler, bortset fra selskaber, der er noteret på et reguleret marked, og som er undergivet oplysningspligt i overensstemmelse med EU-retten eller tilsvarende standarder, der sikrer passende gennemsigtighed i forbindelse med oplysninger om ejerskab.

En aktiebesiddelse på 25 % plus én aktie eller ejerandel på over 25 % i kunden, som indehaves af en fysisk person, er tegn på direkte ejerskab. En aktiebesiddelse på 25 % plus én aktie eller ejerandel på over 25 % i kunden, som indehaves af et selskab, der kontrolleres af en eller flere fysiske personer, eller af flere selskaber, der kontrolleres af den eller de samme fysiske personer, er tegn på indirekte ejerskab. Dette berører ikke medlemsstaternes ret til at beslutte, at en lavere procentdel kan være et tegn på ejerskab eller kontrol. Kontrol ved hjælp af andre midler kan blxi. fastsættes i henhold til kriterierne i art. 22, stk. 1-5, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/34/EU

ii) den eller de fysiske personer, der udgør den øverste ledelse, hvis der, efter at alle muligheder er udtømt, og forudsat at der ikke er grund til mistanke, ikke er identificeret nogen person under nr. i), eller hvis der er tvivl om, hvorvidt den eller de personer, der er identificeret, er den eller de reelle ejere. De forpligtede enheder skal registrere de foranstaltninger, som de har truffet med henblik på at identificere den reelle ejer i henhold til nr. i) under dette punkt«.

4.2. Register over reelle ejere

I henhold til art. 30 i direktiv 2015/849/EU skal der i de enkelte medlemsstater oprettes et register indeholdende oplysninger om virksomheders reelle ejerskab. Bestemmelsen i direktivets art. 30 lyder som følger:

- »1. Medlemsstaterne sikrer, at selskaber og andre juridiske enheder på deres område pålægges at indhente og opbevare passende, nøjagtige og aktuelle oplysninger om deres reelle ejerskab, herunder oplysninger om den reelle ejers rettigheder.
- Medlemsstaterne sikrer, at disse enheder ud over oplysninger om deres retslige ejer pålægges at give forpligtede enheder oplysninger om den reelle ejer, når de forpligtede enheder iværksætter kundekendskabsprocedurer i overensstemmelse med kapitel II.
2. Medlemsstaterne kræver, at kompetente myndigheder og FIU'er kan få rettidig adgang til de i stk. 1 omhandlede oplysninger.
 3. Medlemsstaterne sikrer, at de i stk. 1 omhandlede oplysninger om reelt ejerskab opbevares i et centralt register i hver medlemsstat, f.eks. et handels- eller selskabsregister som omhandlet i art. 3 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/101/EF eller et offentligt register. Medlemsstaterne underretter Kommissionen om kendetegnene ved disse nationale mekanismer. De oplysninger om reelt ejerskab, som denne database indeholder, kan indsamles i overensstemmelse med nationale systemer.
 4. Medlemsstaterne sikrer, at de oplysninger, der opbevares i det centrale register, jf. stk. 3, er passende, nøjagtige og aktuelle.
 5. Medlemsstaterne sikrer, at oplysningerne om reelt ejerskab til enhver tid er tilgængelige i alle tilfælde for:
 - a) kompetente myndigheder og FIYer uden nogen begrænsning
 - b) forpligtede enheder inden for rammerne af iværksættelse af kundekendskab i overensstemmelse med kapitel II
 - c) enhver person eller organisation, der kan godtgøre at have en legitim interesse heri.«

Den danske direktivtekst til art. 30 pålægger medlemsstaterne pligt til at sikre, at »selskaber og andre juridiske enheder« indhenter og opbevarer oplysninger om deres reelle ejerskab. Den danske tekst synes her tilnærmest den franske direktivtekst, der taler om »les sociétés et autres entités juridiques«. Den tyske direktivtekst er mere præcis, idet medlemsstaterne her skal pålægge de på medlemsstatens territorium »eingetragenen Gesellschaften oder juristischen Personen« pligt til at føre et register over deres reelle ejerskab. Den engelske tekst anvender betegnelsen »corporate and other legal entities incorporated within their territory«. Et interessentskab udgør efter dansk ret utvivlsomt et selvstændigt retssubjekt, jf. U 1936.1007 0, og forudsætningsvis U 2012.884 H.¹³ Tilsvarende gælder for et kommanditselskab, jf. U 1921.959 H. Dette indebærer, at et dansk interessentskab eller kommanditselskab under alle omstændigheder

13. Se nærmere om interessentskabers status som selvstændigt retssubjekt Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 3, Interessentskaber (3. udg. 2015), s. 228-245 med henvisninger.

utvivlsomt må anses som et »selskab eller anden juridisk enhed« i henseende til art. 30 i direktiv 2015/849/EU.

Den reelle ejer er i den engelske tekst til art. 3, nr. 6, litra a), i), defineret som »the natural person who ultimately controls a legal entity through direct or indirect ownership of a sufficient percentage of the shares or voting rights or ownership interest in that entity«.

Direktivets art. 3, nr. 6, litra a) i), definerer, hvad der forstås ved den reelle ejer i henseende til selskaber. Efter dansk ret har enhver interessent (og komplementar) vetoret i forhold til dels beslutninger truffet på interessentmødet, dels dispositioner, der foretages af selskabets ledelsesorgan.¹⁴ En fysisk person, der er interessent eller en komplementar i et i dansk interessentskab eller kommanditselskab, vil således kontrollere det selskab, vedkommende er deltager i, og vil derfor skulle anses som selskabets reelle ejer i henseende til direktivets artikel 3, nr. 6, litra a), i). Heraf følger, at samtlige interessenter og komplementarer vil skulle optages i registeret over selskabets reelle ejerskab.

Hvis komplementaren i et dansk kommanditselskab er et iværksætter-selskab, vil den fysiske person, der kontrollerer iværksætterselskabet, blive anset for at være den reelle ejer af kommanditselskabet i henseende til direktivets artikel 3, nr. 6.¹⁵

5. Personelskabsretlige konsekvenser af direktiv 2015/849/EU

5.1. Problemer ved indførelse af registreringspligt for interessentskaber i dansk ret

Det faktum, at et interessentskab eller kommanditselskab stiftet efter dansk ret er et »selskab eller anden juridisk enhed« i henseende til direktivets art. 30. indebærer, at det bliver nødvendigt at pålægge samtlige danske interessentskaber og kommanditselskaber en pligt til at indhente og opbevare oplysninger om det enkelte selskabs reelle ejerskab, hvilket som hovedregel vil omfatte samtlige interessenter, der er fysiske perso-

14. Se nærmere interessenternes vetoret, Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 3, Interessentskaber (3. udg. 2015), s. 411-417 med henvisninger.

15. Se nærmere om iværksætterselskaber som komplementar, Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber (2015), s. 251-256 med henvisninger.

ner. Hermed bliver det som en følge af art. 30 i direktiv 2015/849/EU nødvendigt for den danske lovgiver, at også danske interessentskaber og kommanditselskaber, hvor der blandt interessenterne (hhv. komplementarerne) er fysiske personer, pålægges en pligt til at lade sig registrere.

Et spørgsmål, der melder sig i denne forbindelse, er, hvad der forstås ved et interessentskab. Mens definitionen af kommanditselskabet i LEV § 2, stk. 2, er generelt gældende i dansk ret, gælder lovens definition af interessentskabet, jf. LEV § 2, stk. 1, kun ved anvendelse af reglerne i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (»ved et interessentskab forstås i denne lov«).

Ved registrering af et »selskab eller anden juridisk enhed« i det danske centrale register over reelle ejere, bliver det nødvendigt at foretage en retlig kvalifikation af den pågældende juridiske enhed. Er der tale om et interessentskab, et kommanditselskab, et aktieselskab, et anpartsselskab eller en anden type selskab? Det faktum, at det bliver nødvendigt at stille dette spørgsmål, gør, at det selskab, der skal registreres, nødvendigvis må kvalificeres som en bestemt type selskab. I dansk ret har det hidtil været den herskende opfattelse, at den selskabsretlige aftalefrihed indebærer ret til at stifte et selskab, der ikke falder under en af de almindeligt anerkendte typer af selskaber.¹⁶ Ved lov nr. 616 af 12. juni 2013 blev adgangen til at stifte selskaber med begrænset ansvar (SMBA) afskaffet i dansk ret, jf. LEV § 1, stk. 3. Hermed er den selskabsretlige aftalefrihed i dansk ret afskaffet for så vidt angår selskaber, hvor ingen deltager hæfter personligt for selskabets gæld.¹⁷

Når bestemmelsen om pligt til oprettelse af et centralt register over reelle ejere af selskaber og juridiske enheder bliver implementeret i dansk ret, vil lovgiver være nødsaget til at indføre en selskabsretlig typetvang, som kendes fra mange andre EU-stater. Konsekvensen heraf er, at den, der ønsker at stifte et selskab, kun kan vælge mellem de typer af selskaber, der er stillet til rådighed af lovgiver. Det er i denne henseende vigtigt at understrege, at der inden for de enkelte selskabsformer består en betydelig frihed til at indrette selskabets vedtægter efter stifternes ønsker. Således er der i det indbyrdes forhold mellem interessenterne i et interessentskab stort set fuldstændig aftalefrihed.

16. Se eksempelvis Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber* (8. udg. 2015), s. 47 f.

17. Se hertil Søren Friis Hansen, *Skattepolitisk Oversigt 2015/4*, s. 227-247 (2400 med henvisninger).

Oplysningerne i det centrale register over reelle ejere skal være tilgængelige for kompetente offentlige myndigheder, forpligtede enheder (finansielle virksomheder og rådgivere), samt i øvrigt *»enhver person eller organisation, der kan godtgøre at have en legitim interesse heri«*, jf. direktivets art. 30, stk. 5, litra c. De i litra c nævnte personer skal mindst have adgang til den reelle ejers navn, fødselsdato, statsborgerskab, bopælsland, samt arten og omfanget af den reelle ejers rettigheder i selskabet. Selvom der kræves retlig interesse for at tredjemand kan få adgang til oplysningerne om et selskabs reelle ejere, er realiteten, at de oplysninger, der opbevares i det centrale register over reelle ejere, vil være tilgængelig for offentligheden. Enhver, der har et krav mod et interessentskab må antages at have en legitim interesse i at kende identiteten på selskabets reelle ejere, der jo hæfter personligt for kravet.

Det faktum, at Danmark er forpligtet til at indføre en generel registreringspligt for alle interessentskaber og kommanditselskaber, rejser en række yderligere principielle spørgsmål. Ved registrering af et registreringspligtigt interessentskab kan interessenterne vælge mellem at registrere selskabets vedtægter i deres helhed eller at registrere en ekstrakt indeholdende de oplysninger, der kræves i henhold til anmeldelsesbekendtgørelsens § 35, jf. § 34.¹⁸ Hvilke oplysningskrav vil der blive stillet i forbindelse med registreringen i det centrale register over reelle ejere? En mulighed kunne være at videreføre de nugældende regler, således at interessenterne kan vælge at nøjes med at registrere en ekstrakt. Det bliver tillige nødvendigt at overveje at give de registrerede oplysninger selskabsretlig gyldighed. Et register over reelle ejer af et selskab er ikke meget værd, hvis tredjemand ikke kan støtte ret på de i registeret indeholdte oplysninger.

Det følger af direktivets art. 30, stk. 4, at Danmark skal sikre, at de oplysninger, der opbevares i det centrale register over reelle ejere, er *»passende, nøjagtige og aktuelle«*. Et spørgsmål, som denne bestemmelse giver anledning til, er, hvilke sanktioner der skal pålægges for det tilfælde, at et interessentskab ikke efterkommer pligten til registrering af oplysninger om selskabets reelle ejerskab.

I svensk ret findes to typer af interessentskaber: det enkla bolag og handelsbolaget. Et handelsbolag, der svarer til det danske interessent-

18. Dette følger af bemærkningerne til LEV § 10, stk. 4, som affattet ved lov nr. 516 af

12. juni 2009, jf. hertil Søren Friis Hansen, Revision og Regnskabsvæsen 2015/ 6, s. 53-65 (s. 60 f).

skab, er defineret som et selskab, hvor to eller flere deltagere har aftalt at drive erhvervsvirksomhed i fællesskab, og selskabet er registreret i handelsregisteret, jf. Lagen om Handelsbolag och enkla bolag (1980:1102), 1 kap 1 §. Ved registreringen opnår handelsbolaget status som et selvstændigt retssubjekt, jf. lovens 1 kap 4 §. Det enkla bolag er defineret som et selskab, hvor to eller flere deltagere har aftalt at drive virksomhed i fællesskab, jf. lovens 1 kap 3 §. Et enkelt bolag skal ikke registreres i handelsregisteret og har ikke status som et selvstændigt retssubjekt.

En løsning på de problemer, som en registreringspligt for interessentskaber i det centrale register over reelle ejere medfører i dansk ret, kunne være, at der efter svensk forbillede indførtes en regel om, at et dansk interessentskab opnår retssubjektivitet ved registreringen i Erhvervsstyrelsens register. Der gælder allerede tilsvarende regler for kapitalselskaber, jf. KSL § 41, virksomheder med begrænset ansvar, jf. LEV § 9, samt erhvervsdrivende fonde, jf. § 30 stk. 1, i lov om erhvervsdrivende fonde. Et interessentskab, der ikke er registreret i Erhvervsstyrelsens register, kunne så efter svensk forbillede betragtes som et interessentskab uden selvstændig retssubjektivitet. En sådan regel ville indebære den fordel, at to eller flere personer, der driver fælles erhvervsvirksomhed, ikke ville kunne unddrage sig den personlige og solidariske hæftelse ved at undlade at lade deres interessentskab registrere. I henseende til det centrale register over reelle ejere ville det herefter være unødvendigt med yderligere sanktioner, eftersom et ikke-registreret interessentskab ikke ville kunne optræde som reel ejer af noget som helst. Hvis et ikke-registreret interessentskab f.eks. »ejede« majoriteten af kapitalandelene i et kapitalselskab, ville de reelle ejere af kapitalselskabet være interessenterne, der retligt ville eje kapitalandelene i sameje, og som derfor skulle registreres som de reelle ejere af kapitalselskabet idet centrale register.

De mange spørgsmål, som indførelse af en generel registreringspligt for alle interessentskaber og kommanditselskaber i dansk ret rejser, giver anledning til at overveje, om det ikke var på tide at indføre en egentlig lov om interessentskaber og kommanditselskaber i dansk ret. Herved ville dansk personselskabsret blive bragt i overensstemmelse med de regler, der gælder i alle andre EU-lande.

5.2. Sammenfatning

Reglerne i Direktiv 2015/849/EU om pligt til at oprette et centralt register over reelle ejere af selskaber og juridiske enheder giver anledning til

mange selskabsretlige problemstillinger. I denne artikel har fokus været på følgevirkningerne for dansk personselskabsret.

I Danmark har det hidtil været muligt at stifte et interessentskab og et kommanditselskab, uden at et sådant selskab har skullet registreres i et offentligt register. Hermed har offentligheden ikke haft krav på adgang til oplysninger om interessenternes identitet. Dette har været gældende dansk ret siden firmaloven af 1889. Bestemmelsen i art. 30 i direktiv 2015/849/EU, hvorefter Danmark senest fra juni 2017 skal pålægge selskaber og andre juridiske enheder en pligt til at indhente og opbevare oplysninger om deres reelle ejerskab, indebærer, at det bliver nødvendigt at indføre en generel pligt til at interessentskaber og kommanditselskaber, der er stiftet efter dansk ret, skal registreres i et offentligt register. Heraf følger en række problemstillinger, som angår bl.a. definitionen af interessentskabet, indførelse af selskabsretlig typetvang, karakteren af de oplysninger om det enkelte selskab, der skal registreres, retsvirkningen af de registrerede oplysninger i forhold til tredjemand samt den sanktion, der skal udløses ved manglende iagttagelse af registreringspligten. Tiden for at indføre en egentlig lovgivning om interessentskaber og kommanditselskaber er med vedtagelsen af direktiv 2015/849/EU rykket væsentligt nærmere.

Remedying Political Risk in Public-Private Contracts

- From a Perspective of Danish and French Administrative Contract Law

Assistant Professor Marie-Louise Holle

*The topic of this article is political risk in Public-Private Partnerships (P3) contracts in France and Denmark. P3 contracts regarding service provision are often long-term contracts. Policy and legal regulations may result in the P3 contract needing (important) modifications, which history shows is often the case. This article revolves around proactive contracting related to the central government's exercise of its regulatory authority. In a successful P3 contract, the interfaces between central government and local government, as well as long-term service needs, are identified. There are great variations in the influence that local authorities have on the regulations issued by the state and regional authorities. In France, the ability to make changes to a P3 contract is quite wide if made in the general interest of society. The challenge is to know the political framework and to create a contract that allows parties to navigate in that framework.'*¹

1. This article is based on a paper presented at a conference, which was jointly organized by CBS' Public-Private Platform, Sauder School of Business and Monash University, the CBS-Sauder-Monash Public-Private Partnership Conference Series, Melbourne 2014; the conference title was The Challenge of Governance (Long-Term Contracts as Governing Tools).

1. Introduction

Contracts on public-private partnerships are special in that they bridge the gap between private and public law. The private-public law divide and the legal effects thereof have traditionally been one of the more difficult legal issues in European law. This article deals with the difficulties stemming from a central government (not being one of the parties in the contract) issuing regulations that have consequences for public-private partnerships (hereinafter: P3).

A P3 contract may of course contain a clause stating that the provision of a service should at all times fill the conditions of the present regulations. However, this is a risk many private parties are not willing to take, as it is quite hard to predict the developments in the public regulation, the political debate and the changing winds of legal policy in the next two or three decades. A P3 will in practice have two parts; one being the construction part, and one being the service provision part. The focus of this article is on the provision of the service, which is a longer process than that of the construction.

As sources for this type of studies are scarce, especially in Danish law, one is obliged to adopt a simple and quite inclusive definition of P3: *Working arrangements based on a mutual commitment between a private party and a public sector organization with the purpose of organizing a public function.*² A more narrow definition would be: *A long-term contract concluded between a private party and a public authority targeting specific parts of a project.* Financing, as well as projecting and operation, are the responsibilities of the private party. The private party is furthermore in charge of managing risk.³ As in many jurisdictions, P3s are not defined in French or Danish law.⁴ The standard contract reflects the main terms, which govern most of the contracts in Danish P3 projects.³ P3s are so recent in Denmark that there have not yet been any court cases.⁶

2. See also Tony Bovaird, *Public-Private Partnerships*, *International Review of Administrative Sciences* 2004, 70:199, p. 3.

3. Christina Tvamø, *Offentligt-Privat Partnerskab (OPP) - Behov for en ny vejledning?*, Ufr 2010 B 190, p. 190.

4. Christina Tvamø, *Offentligt-privat partnerskab - lovregler eller politisk strategi?*, Ufr 2011 B 129, p. 129.

5. For an introduction to P3s in Denmark, see Christina Tvamø, *Public-Private partnerships from a Danish perspective*, *Public Procurement Law Review*, no. 3, 2006;

Christina Tvamø, *Offentligt-Privat Partnerskab (OPP) - Behov for en ny*

The biggest obstacles to this study include the lack of coherent theory and the fact that many auxiliary problems are understudied. The aim of this study will be to highlight the key issues needing further research, as it is not quite clear which approach should be taken in addressing P3s in contract law. The majority of traditional contract law rules and principles cannot be used, as public contracts are different from private contracts, given the distinction between market and state. The fact that the contracts differ is a known fact, but exactly how they differ is only partially known.

The article consists of two parts. Firstly, an analysis of the public law framework, with a focus on the interface between central and local government competences, will be carried out (2) and, secondly, an analysis of the possibilities of contract modifications and the instruments provided under French and Danish law will be made (3).

2. The Interface between Central and Local Government

2.1. European Law: The 1985 Charter

The Charter dates back to 1985 and was adopted by the European Council, emphasizing the importance of local government in a democracy. A prerequisite for autonomy is that the local governments can manage and make decisions regarding parts of public affairs. Denmark was among the first members to sign the European Charter of Local Self-Governments in

vejledning?, UfR 2010 B 190; Christina Tvamø, Offentlig-privat partnerskab - lovregler eller politisk strategi? U 2011B 129; Nikolaj Bukh & Torben Korsager, Det er så yndigt at følges ad - Danske erfaringer med offentligt privat partnerskab, 1. udg. 2006; Ole Helby Petersen, Forandringstendenser i reguleringen af offentligt og privat: Offentlig-private partnerskaber og udlicitering i de danske kommuner, in: Offentligt eller privat? Historiske og aktuelle udfordringer i politik og økonomi, ed. Lars Kaspersen, Joachim Lund, Ole Helby Petersen, 1. udg. 2010. s. 189-203; Tobias Indén & Karsten Naundrup Olesen, Offentlig-privat samarbejde, 2012; Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter, 2003; Bo Kobber Petersen, Perspektiver på fortolkning af OPP-aftaler, in: Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret, ed. Torsten Iversen, 1 udg. 2009. For an introduction to P3s and public-private cooperation in France, see François Bergère et al., Le guide opérationnel des PPP, 3ème éd. 2010; François Brenet & Fabrice Melleray, Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 - Une nouvelle espèce de contrat administratif, 1ère éd. 2005; Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 8ème éd. 2012.

6. Bo Kobber Petersen, Perspektiver på fortolkning af OPP-aftaler, in: Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret, ed. Torsten Iversen, 1. udg. 2009, s. 212.

1988. Under the Charter, the States are bound by the Charter's provisions, which commit the ratifying countries to guarantee the political, administrative and financial independence of local authorities. The Charter provides that the principle of local governance should be recognized in the States' national legislation.⁷ The Charter also states that only subsequent legal control is admitted (when controlling administrative deeds). Also, under the Treaty local government's autonomy is respected, as shown in Article 4(2) of the Lisbon Treaty.

2.2. National Legislation

Section 82 of the Danish Constitution states the municipalities' right to autonomy, protecting the municipality against the central government. The purpose of this section is to protect the local government, rather than to regulate details.⁸ This means that within the limits of the law, municipalities are able to regulate and manage a substantial share of public affairs, and are also responsible for the decisions and functions they carry out. Together with the aforementioned European Charter, Section 82 establishes a principle of subsidiarity, meaning that public functions should be exercised by the authorities closest to the citizens to the extent possible.⁹

Article 1 of the French Constitution states that the organisation of the Republic of France is decentralised:¹⁰ *»It shall be organised on a decentralised basis«* (a 2003 amendment).¹¹ In the French Constitution, an interpretation of Article 72 also establishes a principle of subsidiarity and autonomy.¹² The principle is inspired by European Union law. In spite of this being a constitutional right, the central government has wide powers in deciding the content of the municipal self-government.¹³

7. Virginie Donier, *Droit des collectivités locales*, lére éd. 2014, p. 18 f.; Dario Silic, *Kommunalret i praksis*, 1. udg. 2012, p. 14 f.; Karsten Revsbech, *Kommunernes opgaver*, 2. udg. 2010, s. 21 f.; Henrik Zahle, *Grundloven - med kommentarer*, 2. udg. 2006, s. 595.

8. Henrik Zahle, *Grundloven - med kommentarer*, 2. udg. 2006, s. 596.

9. Karsten Revsbech, *Kommunernes opgaver*, 2. udg. 2010, s. 19 f.

10. Christophe Guettier, *Institutions administratives*, 5ème éd. 2010, s. 17 ff.

11. Phillippe Tronquoy, *Cahiers français* 362, *Les collectivités territoriales*, 2011.

12. Virginie Donier, *Droit des collectivités locales*, lére éd. 2014, p. 39 f.; Christophe Guettier, *Institutions administratives*, 5ème éd. 2010, p. 21 f., 259 ff.

13. Jens Garde & Karsten Revsbech, *Kommunalret*, 3. udg. 2011, s. 6 ff.; Erik Harder, *De kommunale opgaver - kommunalfuldmagten*, 1. udg. 1965; Steen Rønsholdt,

Section 82 of the Danish Constitution is presumably more of a protection of the local governments against the state, than it is a protection of the citizens or the relationship between citizens and the local government.¹⁴ There have seemingly never been court cases on Section 82. However, since Section 82 concerns freedom and the responsiveness to human rights and freedom is increasing, one would assume that Section 82 may be successfully invoked as a supplement in a court case.¹⁵

Although protected and promoted by both constitutional, European and European Union law, local power remains secluded, being a residual competence.¹⁶ The »arm's length« principle plays a significant role in the division of competence between the local and the central government. The arm's length principle has much influence on local government's power to allocate money and decide on the number of public services and the quality hereof. The »arm's length« principle does not give much guidance, but it does have some material content. That means that if the content has been put into practice, this practice cannot be cancelled.¹⁷ It is the central government that decides on the content and on the extent of the local authority.¹⁸

2.3. Scope of Local Competence

2.3.2. Local Competence

Ministries, agencies and the government play an important role, when deciding the public service, both at regional and national level. Each and every public service and management has its own legal framework in administrative law, determining goals, means and funding. However, there is no comparable system in the private sector.¹⁹ This particularity al-

Kommunalret i grundtræk, 1. udg. 2008; Inger Mogensen & Dario Silic, Kommunalfuldmagtsreglement i praksis, 1. udg. 2004; Claus Haagen Jensen, Kommunalret - om afgrænsning af de kommunale opgaver og statslig styring af kommunernes forvaltning, 1. udg. 1972; Dario Silic, Kommunalret i praksis, 1. udg. 2012, s. 12 f.

14. Henrik Zahle, Grundloven - med kommentarer, 2. udg. 2006, s. 597; Peter Germer, Statsforfatningsret, 5. udg. 2012, s. 102.

15. Henrik Zahle, Grundloven - med kommentarer, 2. udg. 2006, s. 596.

16. Virginie Donier, Droit des collectivités locales, Léré éd. 2014, p. 23 f.

17. Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 2. udg. 2010 s. 19 f.

18. Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen & Michael Hansen Jensen, Dansk statsret, 2012, s. 314.

19. Jan Erik Lane, State Management - An Enquiry into Models of Public Administration & Management, 1st ed. 2009, p. 4.

so applies in tort law issues, where one can in fact speak of a standard (a qualitative level) - which should be the quality of a particular public service.

Municipalities have their own funds. They can dispose of their funds in a discretionary manner, while the central government on the other hand can only use funds as provided by the budget.²⁰

Under Section 82 of the Danish Constitution, the right to autonomous governing of municipal affairs is only limited in the sense that the central government can, and does, supervise the municipalities in carrying out their functions.²¹ As a rule of thumb (the principle of locality), municipalities can only carry out functions and undertake activities that somehow are connected to the interests of the specific municipality, not only in a geographical sense but also in a material sense.²²

The so-called municipal proxy (*»kommunalfuldmagt«* in Danish) has a rather small role in relation to P3s. The only requirements set forward by the municipal proxy is that 1) the P3 project must be in the municipality's interest, 2) the P3 project must not provide municipal subsidy to businesses, 3) the municipality must act in a financially responsible manner, and 4) the P3 project must not result in the functions implying public power (functions usually carried out by public authorities) being entrusted to private parties.²³

Municipalities can offer optional services as long as these services are in accordance with the local public interest and do not conflict with the principle of commercial and industrial freedom, see decision from the French Conseil d'État, CE 30 mai 1930, *Chambre Syndicale du commerce en détail en Nevers*, Rec. p. 583. Local public interest is interpreted in an extensive manner.²⁴

The French local governments' competences include financial promotion of the territory, job market, health and social sector, city planning, living environment (territory planning, environment, public transportation, security, public streets, housing), socio-cultural and education com-

20. Jens Garde & Karsten Revsbech, *Kommunalret*, 3. udg. 2011, s. 3.

21. Jens Garde & Karsten Revsbech, *Kommunalret*, 3. udg. 2011, s. 71 ff.; Dario Silic, *Kommunalret i praksis*, 1. udg. 2012, s. 110 ff.; Steen Rønsholdt, *Kommunalret i grundtrask*, 1. udg. 2008, s. 77 ff.

22. Jens Garde & Karsten Revsbech, *Kommunalret*, 3. udg. 2011, s. 23 f.

23. Karsten Revsbech, *Kommunernes opgaver*, 2. udg. 2010, s. 95.

24. Virginie Donier, *Droit des collectivités locales*, lére éd. 2014, p. 178.

petences and decentralized cooperation.²⁵ It is suggested that P3s are apt means of promoting specific policies.²⁶

Delegation means transferring some competences to another authority or private party. Delegating »downwards«, e.g. from state level to municipal level, requires no legal basis. External delegation to private parties from public authorities requires legal basis.²⁷ As a main rule, the Danish Administrative Act does not cover the service functions, which are public functions, and do not imply public authority prerogatives.²⁸ The access to delegating public authority prerogatives is generally narrower in French and Danish law than elsewhere, such as in the USA.

2.3.2. *Local Governments' Obligations to Enter into Public-Private Cooperations*

In principle, it is up to the local government whether it will enter into a P3 agreement, unless the local governments are obliged under statutory law.²⁹ Such an obligation exist for specific functions such as help with personal care and help in the home of the citizens, cf. the (Public) Service Act Section 83, cf. Sections 91-94 b, the Health Act Sections 3,³⁰ 87, 87 c and 87 g.³¹

25. Emmanuel Vital-Durand, *Les collectives territoriales*, 9ème éd. 2013, p. 7 ff., 39 ff.; Virginie Donier, *Droit des collectives locales*, lére éd. 2014, p. 150 ff. On the development in French local politics and legislation: Virginie Donier, *Droit des collectives locales*, lére éd. 2014, p. 8 ff.

26. Tony Bovaird, *Public-Private Partnerships*, *International Review of Administrative Sciences* 2004, 70:199, p. 202 f.

27. Carsten Henriksen, *Rammebetingelser for udlicitering af myndighedsudøvelse*, 1. udg. 2004, s. 16 f.; KL, *Ekstem delegation af forberedende opgaver i forbindelse med myndighedsudøvelse*, 1. udg. 2007, s. 7; Jens Garde, Carl Aage Nørgaard & Karsten Revsbech, *Forvaltningsret*, 7. udg. 2014, s. 63 f., 67; Helle Bødker Madsen, *Privatisering og patientrettigheder*, 1. udg. 2010, s. 265 ff.

28. Helle Tegner Anker, Birgitte Egelund Olsen, Bent Ole Gram Mortensen, *Kommunal miljøforvaltning i retlig belysning*, 1. udg. 2006, s. 55; Virginie Donier, *Droit des collectivités locales*, lére éd. 2014, p. 179 f., 183 f.

29. Ole Helby Petersen, *Forandringstendenser i reguleringen af offentligt og privat: Offentlig-private partnerskaber og udlicitering i de danske kommuner*, in: *Offentligt eller privat? Historiske og aktuelle udfordringer i politik og økonomi*, ed. Lars Kaspersen, Joachim Lund, Ole Helby Petersen, 1. udg. 2010, s. 189-203, p. 191 f.

30. Helle Bødker Madsen, *Privatisering og patientrettigheder*, 1. udg., 2010, s. 43 ff.

31. Tobias Indén & Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig-privat samarbejde*, 1. udg. 2012, s. 43 f.

Public authorities can only carry out functions if they have a legal basis. Such a legal basis may be quite general in the sense that a legal basis for an authority to carry out one function may implicate the legal basis to carry out auxiliary functions. This is either a specific legal basis in statutory law or the municipal »proxy«.³² However, in practice, the legal basis is not problematic as most of the functions that pertain to public-private co-operation and partnerships are attributed to the local authorities by law. This covers, for instance, ambulance transport, day care facilities and food delivery to elder citizens. However, as P3 contracts are long-term contracts, functions may evolve and somewhere down the line involve public authority prerogatives.³³

3. Contract Modification

3.1. Introduction

In recent years, public-private contracts have increased in number in both France and Denmark.³⁴ A contract is influenced by many factors; economical, technological and financial, and the changes in these factors might well be caused by political decisions (regulation). The value of public service and the prioritization thereof often tend to reflect the political preferences forthcoming in the democratic election process.³⁵

A fundamental characteristic of the P3 contract is risk, which is assumed by the party who is more apt to bear it, taking efficiency considerations into account. Risk assessment is difficult as it requires knowledge of time, quantity, quality requirements, tax, finances, operations and contract interpretation as well as knowledge about the surrounding legal framework (which may be modified). The ability to *influence* the risk is not the same as being able to *estimate* the risk. Traditionally, the solution in the UK and Denmark has been to let the public party bear the risk of quantity, whereas the private party is responsible for estimating risks related to the soil, functioning and operation, building site and contracting.

32. Erik Harder, *Dansk kommunestyre i grundtræk*, 3. udg. 1982, s. III ff.

33. Tobias Indén & Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig-privat samarbejde*, 1. udg. 2012, s. 49.

34. Christophe Guettier, *Droit des contrats administratif*, 3ème éd. 2011, p. 141 ff.

35. Jan Erik Lane, *State Management - An Enquiry into Models of Public Administration & Management*, 1st ed. 2009, p. 3.

This analysis will focus on adjusting the purpose of the contract in terms of the material purpose (the characteristic performance),³⁶ not the financial conditions. The duration of the contract is another possible modification, but does not fall within the scope of this study.³⁷ If the parties (the private party and the public authority) wish to change the actual purpose of the contract, the rules of contract modification become inapplicable, as modifying the purpose, as well as disrupting the financial contract conditions, is generally not permitted.³⁸ The latter case will cause the private party to terminate the contract.³⁹

The main principles of contract law also apply to administrative contracts.⁴⁰ These principles include the parties' autonomy, the freedom of contract, the binding force of a contract, conditions as to formation, and rules of avoidance. The long-term contract period influences the interpretation of the contract. The Danish standard contracts, while not compulsory, contribute to the interpretation in this legal area.

3.2.2. *Public Law Limiting the Contract Space*

The freedom of contract is by no means absolute when it comes to public-private contracts. First and foremost, the public sector is different because it must adhere to the rule of law. Private companies must of course also comply with the rules, because the rule of law also exists for private parties. However the rule is more elaborate for the public party, including:

- *Procedural accountability: Decisions must be taken in accordance with established procedures;*
- *Legality: Decisions must follow the laws of the country, either permitting or obliging the public authorities to act;*
- *Complaint and redress: Citizens must be able to complain and seek redress and/or compensation;*

36. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administrate*, lère éd. 2009, p. 182 ff., 151 f.

37. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, lère éd. 2009, p. 219 ff.

38. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, lère éd. 2009, p. 150 ff.

39. CE 17 July 1918, Baugé, Rec. 717; Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, lère éd. 2009, p. 187 ff.

40. Pierre-Laurent Frier & Jacques Petit, *Droit administratif*, 8ème éd. 2013, p. 385 ff.; Christophe Guettier, *Droit des contrats administratif*, 3ème éd. 2011.

- *Inquiry and responsibility of public agents.*^{1"}

The contract space is limited by rules stemming from several legal disciplines:⁴²

- *Administrative law: especially protecting the citizens, who constitute indirect parties to the P3 contracts without being actual parties to the contract strictu sensu; at least that is the case in Danish law, cf. infra 3.1.3.*
- *Public law: which contracts can the local government enter into, as discussed above, and which purposes are legitimate, meaning which are the purposes the local government can pursue as well as legality?;*⁴³
- *Competition law (both national and European Union law): preventing unfair competition,*
- *State aid, preventing national public authorities from granting unlawful advantages to undertakings;*
- *Procurement law: preventing protectionism, fraud etc. in public procurement, usually by requiring the procuring authority to issue public tenders once the value of the procurement exceeds a certain threshold. Some have argued that the national interpretation of European Union procurement may at times be more restrictive than needed.*¹⁴

The purpose of this analysis is not to discuss the limits of the parties' negotiations and agreement. Rather, its purpose is to analyse what can be done to modify the contract within the existing legal framework.

3.1.2. *The Moderating and Sanctioning Role of Tort Law*

While tort law does not limit contract space as such, the liability of public authorities does play a role in deciding on the service provision in the public sector. This applies both where the service provider is public and private. What happens if the service provision within the P3 framework

41. Jan Erik Lane, *State Management - An Enquiry into Models of Public Administration & Management*, 1st ed. 2009, p. 5 ff.; Jon Vonger & Britt Iversen, 1. udg. 2007, *Juridisk risikostyring i kommuner*, s. 112 f.

42. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, lére éd. 2009, p. 43 ff., 146; Christina Tvamø, *Offentligt-Privat Partnerskab (OPP) - Behov for en ny vejledning?* UfR 2010 B 190.

43. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8ème éd. 2012, p. 701 f.

44. Christina Tvamø, *Offentligt-Privat Partnerskab (OPP) - Behov for en ny vejledning?*, UfR 2010 B 190, s. 193.

leads to damage, whereby a citizen claims damages from the public authority in question? Should the parties decide, independently of the central government's regulations, to decrease the quality of the service received by the citizens? It is worth noting that Danish courts are likely to impose a sanction if the quality standard provided to the public is too low.

In both Danish and French law, the liability of public authorities is quite mild, meaning that courts generally impose a low standard of care on authorities.⁴⁵ This is due to two factors: the local authorities' autonomy and the limited public resources. As a main rule, Danish courts do not hold authorities liable for not allocating enough resources to a particular public service function.⁴⁶ In public tort law the standard is by no means *optimus vir*, »the best man«, that is the highest possible standard.⁴⁷ Courts abstain from examining the regional and local governments' prioritization of financial resources.⁴⁸ However, this is not entirely true, as judgments in these cases are two-sided. On one hand, decisions are objective in the sense that authorities must comply with a minimum quality standard. On the other hand, they are also subjective in deciding whether the conditions of liability are fulfilled within the financial framing decided by the local government.⁴⁹ Tort law also limits the contract space (or contract freedom) in P3 contracts.

3.1.3. *Privity of Contracts*

One must keep in mind that certain principles, despite being fundamental in traditional contract law, have a different scope in public contract law. Privity of contract is a principle that is, allegedly, recognized worldwide. It means that a contract confers rights and imposes obligations and liability only on its contracting parties. They, and not any third-party, can sue each other (or be sued) under the terms of the contracts. However, in French law, certain types of public-private contracts are considered to

45. Vibe Ulfbeck, Offentlige myndigheders erstatningsansvar, in: Forvaltningsretlige perspektiver, ed. Carsten Henrichsen, Steen Rønsholdt, Blume, 1st ed. 2006, p. 286.

46. Vibe Ulfbeck, Offentlige myndigheders erstatningsansvar, in: Forvaltningsretlige perspektiver, ed. Carsten Henrichsen, Steen Rønsholdt, Blume, 1st ed. 2006, p. 272.

47. Cf. In the health sector Danish Supreme Court cases U 2000.1196/2 H and U 2008.2813 H.

48. Niels Pontoppidan, Lægeansvar - offentlige myndigheders ansvar, UfR 1985 B 248.

49. Vibe Ulfbeck, Kommunalt erstatningsansvar for mangelfuld specialundervisning, Juristen, 2010, s. 266 ff.

have a nature of statute law. That means that third parties, citizens, can have rights under the P3 contracts. Though this has not been discussed in Danish law so far, it is possible that one could find a similar solution in Denmark in the future.

3.1.4. *Legal Sources*

There is some doubt concerning the legal sources in the modification of P3 contracts, due to several factors, many of which pertain to the lack of a theoretical foundation. First of all, P3s are quite recent and relatively scarce in both Denmark and France, thus an actual »P3 law« as a legal discipline is yet to be constructed. The second issue is that in Danish law it is not quite certain to what extent regular (»private«) contract law can be applied to public-private contracts. These contracts are particular, also in that citizens (thirds parties) derive rights from them, thus conflicting with the principle of the privity of contracts. Third, it is not certain to which extent regular contract law applies equally to long-term contracts, which are in focus in this article.⁵⁰ The fourth issue is to which extent public-private cooperation contracts in the wider sense can act as a legal source to P3s.

One may also draw attention to the fact that in France, some authors consider administrative contracts, at least in French law, to be intermediaries between a contract and a statute.⁵¹ In French law, there is a particular »ordonnance« on P3 contracts, Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat,⁵² whereas Danish law only provides standard contracts.⁵³

Certain reservations must be made when using standard contracts as a legal source mainly because standard contracts are drafted by only one of the parties, not both. This may result in an interpretation *contra stipulato-*

50. Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig opgave på kontrakt*, 1st ed. 2011, p. 25 ff.

51. Georges Péquignot, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, 1ère éd. 1945, p. 415; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8ème éd. 2012, p. 243 ff.; Héléne Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, 1ère éd. 2009, p. 154.

52. Available on the Legifrance website:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000438720>

53. Available on the web site of the Danish Consumer and Competition Authority, <http://en.kfst.dk/>.

*rem.** As for agreed documents, these are presumed to be more equitable.⁵⁵

Long-term contracts are not defined in Danish law.⁵⁶ This may seem as a theoretical observation, but it may be quite important in practice as well, as law works in the way that qualifications of facts have legal consequences.³⁷ From a law perspective, it does matter how legal arrangements are qualified.³⁸ In French law, it seems that long-term contracts are defined by employing several criteria from various disciplines, for instance accounting, technical and operational viewpoints, as well as a qualification of the contract's object(s).

3.2. Characteristics of Long-Term Contracts

As we know, contracts with public involvement are different than purely private contracts. In law, as a consequence of the New Public Management vague, there has been a split between the market and the state that is the public and the private. In other words, the century old legal dichotomy between public administration and the private market is hard to maintain. Traditionally, contracts are a major area of study in the field of law. Contracts form an integral part of private companies' profit making through the regulating of provision of goods and services. Public management is often, though not always, the accomplishment of social objectives, whereas private companies' contracts are not always profit maximizing for their owners. This article will abstain from the discussion of whether either motives (social objectives and gaining profit) are in fact equal in the maximization of selfish motives.³⁹ However, while traditional

54. Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig opgave på kontrakt*, 1st ed. 2011, p. 25 ff.; Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 30.

55. Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig opgave på kontrakt*, 1st ed. 2011, p. 30 f.

56. Steen Treumer, *Regulation of Contract Changes to a Duty to Retender in the New EU Public Procurement Directive*, in: ed. Ole Hansen, *Ændringsregler i længerevarende kontrakter*, 1. udg. 2014, s. 65 ff.

57. Ole Hansen, *Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret*, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011, no. 3-4, pp. 443-477.

58. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8ème éd. 2012, p. 685 f.; Tobias Indén & Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig-privat samarbejde*, 1. udg. 2012, s. 22.

59. Jan Erik Lane, *State Management - An Enquiry into Models of Public Administration & Management*, p. 2 f.

contracts may give us valuable insights into public contracts, the two forms should not be equalled.

From a general point of view, it is worth noting that the Nordic contracts are shorter, more concise, and of much less detail than for instance in the English legal contract tradition. This is the Nordic contract style because contracts in many cases are supplemented by agreed terms.⁶⁰ There is something to be said about both approaches: The English approach allows for the parties to find an individual solution and the high level of detail allows the parties to know their rights and obligations under the contract in an array of situations. Under the Nordic approach, however, parties do not spend as many resources on costly negotiations and the negotiations may seem opposed to the »partnership« idea.⁶¹

3.3. Changing the Contract Content

Contracts of private law can only be modified when the parties of the contract give their consent, which is stated in the French Civil code Article 1108, and in non-statutory law in Denmark. Both jurisdictions set forward the binding effect of contracts (the Civil code 1134, and the Danish Code of 1683, Article 5-1-1). This principle is however modified in public contracts, in which changes can be inferred by other means than the parties' autonomy and agreement. There are two ways of modifying long-term contracts; one being the parties agreeing to do so, which is the main rule, and the other being the public party deciding to change the contract unilaterally, which is the exception. The distinction between adjusting the purpose of the contract, and substituting the purpose as such is quite important, as only the first is admitted in the strict framework governing the modifications.⁶²

3.4. The Scope of Modifications

The purpose of the contract must be clear in the sense that the type of »object« is defined, even though the quota lot is not quite determined. This will of course facilitate the conclusion of P3 contracts, especially

60. Nikolaj Bukh & Torben Korsager, *Det er så yndigt at følges ad - Danske erfaringer med offentligt privat partnerskab*, 1. udg. 2006, s. 206 f.

61. Nikolaj Bukh & Torben Korsager, *Det er så yndigt at følges ad - Danske erfaringer med offentligt privat partnerskab*, 1. udg. 2006, s. 207 f.

62. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif* lére éd. 2009, p. 154 with note # 40.

those in which the private party also operates the facilities. For instance, it is hard to determine how many senior citizens there will be at a given time in a senior care facility, as well as how many prisoners there will in a penitentiary facility. So the purpose must, if not determined, be determinable.⁶³

The parties can decide to increase or decrease levels in the contract obligation (for instance increasing the provision of a specific service, which in the senior care facility example could be the number of weekly assisted showers or the number of hours of cleaning attributed to the elderly). However, if the objectives of the contract are the construction and running of a penitentiary facility this contract cannot be transformed into the construction of an elder care facility.

The ban on substituting the purpose of the contract is a very general principle that is applicable to the amendment of all administrative contracts, both in national and European Community law.⁶⁴

In contract law the theory of *»sujétions imprévues«* is the doctrine of unexpected circumstances. This is a doctrine by which unforeseen economic circumstances become apparent after the conclusion of a contract, thereby rendering the performance much more burdensome (costly).⁶⁵ This can cause a court to terminate the contract or put the execution of the performance in question. However, the doctrine is scarcely applied since it conflicts with the binding effect of contracts.⁶⁶ To the extent that it is extremely difficult for the private party to perform, the Danish Contract Act, Section 36, may be applied, though the act is usually applied to consumers and the like.⁶⁷

63. CE 24 May 1968, Min. Int c/ Chambrin, rec. 331; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8ème éd. 2012, p. 259.

64. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif* lère éd. 2009, p. 167 ff.; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8ème éd. 2012, p. 258 ff.

65. Ewoud Hondius & Christophe Grigoleit, *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, 1st ed. 2014, p. 144.

66. Further on *»bouleversement«*, see Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8ème éd. 2012, p. 260 f.

67. Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig opgave på kontrakt*, 1st ed. 2011, p. 70; Tobias Indén & Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig-privat samarbejde*, 1. udg. 2012, s. 215 f.

3.5. The Right to Adjust the Purpose of the Contract

Recognizing the freedom of contract,⁶⁸ the parties may modify their contract.⁶⁹ Consensus is the main rule. In civil law, this freedom is mainly confined by public order and *bonos mores*.⁷⁰ This principle is not codified, but follows from legal principles in both Danish and French law. However, the authorities are already limited in contracting because not all goals can be pursued by public authorities. For instance, the goals must be within the »general interest«, and the administration is bound by the principle of legality.

At least in recent years, both Danish and French authorities favour co-operation and dialogue with private partners. According to the French P3 act, Article 11 (h), P3 contracts should include a clause allowing for modifications based on the needs of the public authority.

In spite of competition law being applicable in this particular area of contracts, the parties still have an extensive right in adjusting the purpose. The parties can add supplementary or auxiliary services to the initial contract, but not completely new and »detachable« services, as this would constitute a new contract. This limitation is due to competition law and, in French law, to the condition of »cause«. This follows from French case law, inter alia *CE Commune de Petit-Bourg*.⁷¹

Compared to the unilateral modification of the contract,⁷² the ability to modify a contract is higher when done with consensus. This is illustrated by a recent decision, in which the parties that had concluded a contract on an architectural project changed the purpose from being the construction of a new building to the reconstruction of an old building.⁷³ Also, the *Conseil d'État* admitted a significant change to the Velib' contract (Velib' is a large-scale bicycle sharing scheme in Paris) in which the parties decided to extend the Velib' »territory« from merely including the municipality of Paris to also include the 30 municipalities adjacent to Paris.⁷⁴

68. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif* lère éd. 2009, p. 142;

Pierre-Laurent Frier & Jacques Petit, *Droit administratif*, 8ème éd. 2013, p. 385 f.

69. Pierre-Laurent Frier & Jacques Petit, *Droit administratif*, 8ème éd. 2013, p. 414 ff.

70. Mads Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, 4. udg. 2013, s. 406.

71. CE 8 March 1996.

72. Christophe Guettier, *Droit des contrats administratif*, 3ème éd. 2011, p. 434 ff.

73. CAA Bordeaux, 7 March 2006.

74. Sec. CE 11 July 2008, *Ville de Paris*; see also Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, lère éd. 2009, p. 160 f.

3.6. Contract Modification Instruments

The long-term nature of the P3 contract entails that the output-based specifications laid out in the contract should take into account the public procurer's short- and long-term requirements. However, the requirements may change during the duration of the contract, which are difficult to anticipate. Therefore, a framework for managing change requests must be agreed upon by the public procurer and the private partner.

3.6.2. Spontaneous Modifications

An amendment is any kind of post-contractual documents that are added to a contract. Therefore, any act gravitating around a contract can be characterized as an amendment.⁷⁵ In both administrative law and contract law, an amendment is defined as an agreement certifying the contracting parties' mutual will to modify one or more provisions of the initial contract.⁷⁶

The amendment's purpose is to modify, complete or correct the contract that is being carried out.⁷⁷ Clauses that are not part of the amendment are left untouched. A real amendment will change the rights and duties of the parties, and has a binding effect, cf. the *Conseil d'État* decision *Entreprise Ducassou*.⁷⁸ In a way, the amendment supports the initial purpose of the contract by adjusting it to the financial, technological, political, social and legal environment. From a legal point of view, the amendment can only exist by virtue of the initial contract. That means that if the initial contract is withdrawn, so is the amendment.⁷⁹

A contract must be written and signed by the parties. As for the procedural requirements, local governments must be approved by a deciding body (this also applies to the initial contract), as without the approval the amendment is void and cannot be regularized. The executing authority will sign the contract. Also there may be particular rules regarding the

75. On the development of amendments, see Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif* l  re   d. 2009, p. 277.

76. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif* l'ére éd. 2009, p. 277 with note # 14.

77. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8^{ème} éd. 2012, p. 258 ff.

78. 8 December 1982, cf. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, l  re   d. 2009, p. 279 f.

79. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, lère éd. 2009, p. 282 f.

transmission of the amended contract to the central government's representative.⁸⁰

3.6.2. *Anticipated Modifications*

Modifications of a contract can also be made at the stage when the initial contract is concluded. For instance, one can anticipate the various risks that have the potential to disrupt the financial balance of the contract. If the contracting authority has the ability to influence the regulatory authority it is better for the contracting authority to take on the risk than the private party. Also, the parties may provide for a particular negotiation procedure. This principle has existed for a long time in French contract law, as the court cannot modify the contract in case of unforeseen circumstances, and has gained importance in administrative contracts with procurement law rules and concessions.⁸¹ A distinction is made between unilateral and bilateral adjustments. Clauses may focus on reviewing or updating the contract, unforeseen circumstances affecting the contract, or hardship. The clauses either allow the parties to adjust their contract (clauses) directly, or to determine the conditions and the procedures for the review.

3.7. Legal Risk Management

Legal risk management essentially comprises identification, description, assessment, handling, reporting and communication of legal options and risks:

- *Identification:* Legal compliance and contract management are identified as key issues in legal risk management. Common external risk indicators are new legislation and decisions from supervisory authorities, as well as the general development in society. The municipality must be attentive to for example newsletters and various other media, and once the legislation is relevant to a specific area and implies changes the municipality must start thinking about its practical consequences. Traditionally, this was the role of the ministerial guidance, but new legislation is implemented much faster nowadays. Risks can also include liability claims and lack of securitization of the municipa-

80. Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif* lère éd. 2009, p. 307 ff.

81. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8ème éd. 2012, p. 262.

lity's assets.⁸² A problem, which P3s create, at least under Scandinavian law, is that liability is blurred.⁸³ This has to do with the defence of the independent contractor, as it is known in US American law.

- *Description of the legal options and risks:* A coherent and holistic view on risk in the municipality as a whole, as risks may be connected.
- *Assessment of the legal options and risks:* A matrix may be employed (PRIMO's risk guidance).⁸⁴ This exercise should be performed on a regular basis as risks may increase or diminish over time, new risks may appear, and other risks diminish.
- *Handling of the legal options and risks:* Risk may be eliminated if the municipality ceases a specific activity, which may be a possibility in cases of P3s. Risk can be lowered by using compliance programs, standard contacts and by implementing contract handling manuals.
- *Communication of legal options and risks:* This implies permanent measures such as communication, as sharing of information are critical.⁸⁵

As the contract framework for public-private cooperations is likely to evolve significantly over time, and all the more so for long-time contracts, these analyses show that risk assessment and distribution is crucial to successful P3s.

82. Jon Vonger & Britt Iversen, *Juridisk risikostyring i kommuner*, 1. udg. 2007, s. 59 ff.

83. Marie-Louise Holle, *Hæftelsesansvaret for selvstændigt virkende tredjemænd*, 1. udg. 2013, s. 163 ff.; Tony Bovaird, *Public-Private Partnerships*, *International Review of Administrative Sciences* 2004, 70:199, p. 203.

84. Jon Vonger & Britt Iversen, *Juridisk risikostyring i kommuner*, 1. udg. 2007, s. 71.

85. Jon Vonger & Britt Iversen, *Juridisk risikostyring i kommuner*, 1. udg. 2007, s. 74 ff.

New EU Logo for Online Pharmacies

- Is it geared to serve its Purpose?

PhD Fellow Vishv Priya Kohli

The aim of the article is to evaluate whether the requirement of displaying the new EU logo on all online pharmacies in the EU, is equipped to serve its purpose. It is argued that even though the new requirement is a step in the right direction, there are certain challenges such as ensuring authenticity of medicines being sold online by the pharmacies, which still need to be addressed.

1. Introduction

This article will explore the reasons behind the introduction of the new EU logo for online pharmacies, and will present the possible challenges in its implementation. Thereafter, some suggestions for dealing with the challenges of falsified medicines will be presented.

The main purpose of the introduction of the new EU logo for online pharmacies is in consonance with the general aim of the Directive 2011/62/EU (hereafter called »Falsified Medicines Directive«),¹ which is to safeguard the functioning of the internal market for medicinal products and at the same time ensuring a high level of protection of public health against falsified medicinal products.²

1. Directive 2011/62/EU amends Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use, as regards the prevention of the entry into the legal supply chain of falsified medicinal products.
2. Concept Paper on implementing Act on a common logo for legally operating online pharmacies/retailers offering medicinal products for human use for sale at a dis-

The implementation of the logo through Regulation (EU) no. 699/2014 is a turning point in the implementation of the Falsified Medicines Directive.³ It relates to the design of the common logo to identify persons offering medicinal products for sale at a distance to the public and the technical, electronic and cryptographic requirements for verification of its authenticity for online retailers and the establishment of registers of legitimate online retailers. The establishment of the EU wide logo for online retailers of medicines was introduced by the Directive 2001/83/EC⁴ amended by the Falsified Medicines Directive/ on the Community Code relating to medicinal products for human use, as regards the prevention of the entry into the legal supply chain of falsified medicinal products.

The aim of the Directive is to prevent falsified medicines from entering the legal supply chain and reaching the patients.⁶ Besides strengthening existing controls, the Falsified Medicines Directive provides for introducing new measures to realize its aim of safeguarding public health. For instance, Article 85c (3) of the Falsified Medicines Directive, provides that a common logo recognizable throughout the Union should be established.⁷

The purpose of the new EU logo for online pharmacies in the EU is to serve as a seal of authenticity and as a means of identifying a legitimate online pharmacy. All legitimate online pharmacies are required to have the new EU logo on their website where a link to the competent national authority's website of the Member State also needs to be established. This would mean that the online website is registered in that Member State. When a patient clicks on the logo, shown in Figure 1, the patients will be directed to the online register of the national competent authority. The competent authority is required to publish a list of all legally operating online retailers in that country. This system is being implemented throughout the EU, at the moment. At the top, European Medicines Agency (EMA) has a list of all registered online pharmacies in the EU.

tance to the public: http://ec.europa.eu/health/files/falsified_medicines/commonlogo_consult.pdf, last accessed on 31.8.2015.

3. Regulation (EU) No 699/2014 of 24 June 2014.

4. Directive 2001/83/EC.

5. Directive 2011/62/EU.

6. See Recital 3 of Directive 2011 /62/EU.

7. See Title VIIA, Sale at a Distance to the Public, Article 85c, Directive 2011 /62/EU.

Each Member State's competent national authority has a list of all registered online pharmacies in that Member State. All legitimate online pharmacies are registered with the competent national authority in the Member State, where they are located. A mere click on the logo would lead the patient or the buyer to the webpage of the competent national authority in that particular Member State. The detailed provisions are spelt out in the Regulation on the design of the common logo to identify persons offering medicinal products for sale at a distance to the public and the technical, electronic and cryptographic requirements for verification of its authenticity.⁸

Figure 1



**Click to verify
if this website
is operating
legally**

2. Reasons for Introduction of the new EU Logo for online pharmacies

2.1. Increase in Number of Falsified Medicines

The new EU logo for online pharmacies has been introduced as part of the measures being taken to counter the alarming increase of falsified medicinal products in the EU.⁹ Up until the last decade, the usual response to pharmaceutical counterfeiting was an »observe-and-react« ap-

8. Regulation No 699/2014 of 24 June 2014.

9. See Recital 2, Directive 2011 / 62/EU.

proach.¹⁰ Falsified medicinal products can be anything from unlicensed products to false representations pertaining to identity, history, or source of the products. These medicinal products have been described as spurious, falsely labeled, falsified or counterfeit.

The following Table 1 provides some examples of spurious/falsely-labeled /falsified¹ /counterfeit (SFFC) medicines.¹² Although attempts have been made to define the various related terms, consensus has not emerged on the definitions yet.¹³ These medicinal products, usually clubbed under the term, »counterfeit medicinal products«, may contain substandard or false ingredients, or ingredients that lack active substance, or contain the wrong dosage. These counterfeit medicinal products are perceived to be a major threat to the European patients and European industry.¹⁴ The threat to public health is also acknowledged by the World Health Organization (WHO), which has set up the International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce (»IMPACT«) with EU being an active member of IMPACT.¹⁵

10. See Mark Davison, *Pharmaceutical Anti-Counterfeiting: Combating the Real Danger from Fake Drugs*, 1st Ed 2011, p. 35.

11. Jennifer Brant with Rohit Malpani, *Eye on the Ball: Medicine regulation - not IP enforcement - can best deliver quality medicines*, Oxfam Briefing Paper, 2011, p 12-18.

12. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/en/index.html> last accessed on 30.8.2015.

13. Gillian J. Buckley and Lawrence O. Gostin, *Countering the Problem of Falsified and Substandard Drugs*, 1st Ed 2013, p. 29.

14. See Recital 4, Directive 2011/62/EU.

15. <http://www.who.int/impact/FinalBrochureWHA2008a.pdf?ua=1>, last accessed on 25.8.2015.

SFFC medicine	Country/Year	Report
1. Avastin (for cancer treatment)	United States of America, 2012	Affected 19 medical practices in the USA. The drug lacked active ingredient
2. Viagra and Cialis (for erectile dysfunction)	United Kingdom, 2012	Smuggled into the UK. Contained undeclared active ingredients with possible serious health risks to the consu-
3. Alii (weight-loss medicines)	United States of America, 2010	Smuggled into the USA. Contained undeclared active ingredients with possible serious health risks to the consumer
4. Anti-diabetic traditional medicine (used to lower blood sugar)	China, 2009	Contained six times the normal dose of glibenclamide. Two people died, nine people were hospitalized
5. Metakelfm (antimalarial)	United Republic of Tanzania, 2009	Discovered in 40 pharmacies. The drug lacked sufficient active ingredient

Table 1

2.2. Drugs entering the Legal Supply Chain

In April 2014, the European Medicines Agency (EMA) alerted EU healthcare professionals after vials of falsified Herceptin were identified.¹⁶ Herceptin - a cancer treatment drug was stolen from the Italian hospitals and ended up in the legal supply chain and found its way into Finland, UK, Germany, Austria and Sweden,¹⁷ according to Roche, the manufacturer of the drug Herceptin. Roche reported that counterfeit products, labelled as Italian make-up Herceptin 150 mg were found in the legal supply chain in the above mentioned countries, following a theft of some Herceptin vials in Italy. A chemical analysis of one of the suspected products revealed that the active ingredient was missing, thus rendering the drug ineffective.

16. http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/news_and_events/news/2014/04/news_detail_002077.jsp&mid=wc0b01ac058004d5cl last accessed on 31.8.2015.

17. <http://www.roche.com/de/media/store/statements/med-stat-2014-04-16.htm>, last accessed on 31.8.2015.

This is just one example of tampering with pharmaceutical products, which puts the health and well-being of patients at risk. Patients either get harmful products, or wrongful dosage of the correct ingredients. At times, the medicines contain a benign ingredient and do not contain the medicinal product that was intended and thus, the patients do not get the treatment they set out to get. Therefore, it is quite evident that counterfeit medicinal products are a threat to the health and safety of patients not only in the developing nations but also to those based in Europe.¹⁸

2.3. Link to Organized Crime''

Another reason for introduction of the measures to enable safety of patients with regard to online pharmacies is the link between organized crime and counterfeit products²⁰. In March 2006, the U.S. Attorney's Office indicted 18 people for a multi-million dollar international conspiracy to smuggle untaxed cigarettes, counterfeit Viagra and other goods to raise money for the Middle East terrorist group Hezbollah. The said group was based in Michigan and received counterfeit Viagra from China and Eastern Europe for distribution across the United States²¹. The PANGAEA operations under the auspices of INTERPOL have exposed the nexus between sale of counterfeit products online and organized crime on a global level, as shown in Table 2 below. The most recent PANGAEA operation revealed seizure of 20 million illicit medicines online.²²

18. Dale and Appelbe's Pharmacy and Medicines Law, Gordon E. Appelbe, Joy Wingfield, Pharmaceutical Press, 1st Ed 2013.

19. Wertheimer, A I Wang, P G, Counterfeit Medicines: Policy, economics, and countermeasures, 1st Ed 2012, p. 116.

20. http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmhansrd/vo060126/debtext/60126-40.htm#60126-40_head2, last accessed on 1.9.2015

21. <http://www.pfizer.com/files/products/CounterfeitBrochure.pdf>, p. 5, last accessed on 1.9.2015.

22. <http://www.interpol.int/News-and-media/News/2015/N2015-0821>, last accessed on 31.8.2015.

	Pangea II	Pangea III	Pangea IV	Pangea V	Pangea VI	Pangea VII	Pangea VIII
Participants	25	44	81	100	99	113	115
Websites shut down	153	267	13,495	18,629	13,763	11,800	-
Packages inspected	11,164	278,524	65,000	143,709	534,562	-	-
Packages seized	2,356	21,200	7,482	7,551	41,954	-	-
Number of arrests	12	87	92	169	213	434	156
Quantity of medicines seized		2,300,000	2,600,000	4,353,193	10,192,274	9,600,000	20,700,00

Table 2

3. Advantages of the new EU Logo for Online Pharmacies

3.1. User-friendly

The consumers are expected to, at first, identify if the EU logo appears on the homepage of the online pharmacy. If the logo is not present, it is not a trustworthy website. If the logo is present then the consumer should click on it and see if it directs the consumer to the competent national authorities' webpage. If the online retailer appears on the register of the national competent authority, then it is a legitimate outfit. If the name of the online seller does not appear on the competent national authority's website, then it is not a trustworthy website. These easy to follow steps to determine the authenticity of a website are fairly simple for an average consumer to grasp.

3.2. A functional »Stop« Sign

The new EU logo for online pharmacies functions as a traffic signal. It can be understood as a red light, a stop sign to stop and look. It may not stop all accidents from happening but it will serve as a preventive measure. It erects a visible barrier against inflow of falsified medicines.

4. Potential Challenges of the New EU Logo for Online Pharmacies

The main goal hoped to be achieved by the introduction of the new EU logo for online pharmacies is to make it easier for potential consumers or patients to identify legitimate online pharmacies. Just by a click, the patients can view whether the pharmacy is registered with the competent authority in the Member State.

Even though the introduction of the new EU logo for online pharmacies is a step in the right direction, there are some serious challenges that need to be addressed.

4.1. Protection against Fake Websites not in Place

Firstly, there is no protection against fake websites. Just like there are fake websites for other products where the authenticity of the website cannot be determined beforehand, there can be websites which link to a fake national website. In other words, even though the introduction of the logo is meant to enhance patient safety through verification of online pharmacies, there is a high likelihood of copying of the logo by illegal operators, who may find ways and means to copy the logo and link it to fake authentication pages. This eventuality can be anticipated and there should be mechanisms in place to help deal with the issue. Relying just on the logo may make the consumers complacent about checking for other »signs« indicative of a fake website, such as very low prices, bad google translations etc.

4.2. Practical Issues

With respect to non-prescription drugs, if a patient A is located in Denmark and buys a medicinal product from pharmacy B based in Italy, the patient A has to then check on the Italian website written in Italian, which patient A cannot read. Thus, there are practical difficulties arising from the introduction of this mechanism.

Another practical issue is that of different redressal mechanisms. Since there is no harmonization with regards to penalties at the EU level, each Member State has their own system in place, which is a challenge.

4.3. One Step Forward, Two Steps Backward

The purpose of the internet is to globalize and delocalize the market. One needs to question, is tying up online pharmacies with Member States surveillance leading to one step forward and two steps backward, in the pro-

cess. A step forward for patients' safety but backwards in the sense of defeating the purpose of the use of the internet, which was intended to be a borderless medium. Especially in light of the fact that the reason many patients use online pharmacies is to procure life style drugs or lifesaving drugs. In both cases, patients prefer to buy from online pharmacies based in another country for reasons of anonymity.

5. Suggestions for Improvement of the System

5.1. Awareness Campaigns are Imperative

Even though the legitimate online pharmacies will be distinguishable from illegal online pharmacies due to the implementation of the Directive,²³ these illegal online pharmacies may still continue to be accessed because they may be selling drugs, which may not be available through the proper legal channels or these pharmacies may be selling medicinal products at a cheaper price. Another reason for survival of online pharmacies is that they might be selling life-saving drugs, which may be unavailable in the legal supply chain. The logo will be useless against those, who no matter what, want a product. Therefore, it is imperative to carry out awareness campaigns, as introduction of the logo in itself is not sufficient to tackle the problem. As recommended in the Falsified Medicines Directive,²⁴ the Commission should, in cooperation with the Agency, run awareness campaigns to warn against risks of purchasing medicinal products from illegal sources via the internet. A similar effort has been made by LegitScript,²⁵ the leading internet pharmacy verification source, in the United States since 2007, whose aim is to cull out rogue online pharmacies.

5.2. Authenticity of Medicines

It needs to be ensured that the medicines being offered on the online pharmacy are authentic and not illegal medicines that have ended up in the legal supply chain. In other words, all that can be ensured by the linking of the online pharmacy with the national competent authority is that the online pharmacy is legitimate. Questions still may be raised as to the authenticity of the medicine being offered by the pharmacy. For instance, counter-

23. Directive 2011/62/EU.

24. See Recital 26, Directive 2011/62/EU.

25. <http://www.legitscript.coin/>, last accessed on 31.8.2015.

feit versions of Viagra (for erectile dysfunction) and Misoprostol (abortion tablets) perpetrated the legal supply chain in Britain.²⁶ In the light of this example, it is apparent that the challenge of ensuring the authenticity of the drugs being offered in the legal supply chain remains. Even though the Falsified Medicines Directive requires the Member States to keep track and issue market authorizations for distribution of medicinal products,²⁷ in practice, it has been a challenge. The most obvious indicator is the proliferation in the number of players besides the wholesale distributors and retailers in the legal supply chain. In the Falsified Medicines Directive, it has been clearly mentioned that all market players in the legal supply chain must be clearly stated, by an amendment to the previous Directive via insertion of Article 17a (discussed below in 5.3).²⁸ This is an attempt to ensure the authenticity of the medicines by keeping the supply chain clean. However, it appears to be a daunting task, especially exemplified by the escalation in the number of falsified medicines entering the market.

5.3. Proliferation in the Number of Market Players in the Legal Supply Chain

The Falsified Medicines Directive addresses the issue of diversity and proliferation in the number of market players in the supply chain besides the wholesale distributor, under Recital 6 of the Falsified Medicines Directive. The increase in the number of players leaves the legal supply chain vulnerable and susceptible to entry of falsified medicines through multiple points of entry and the probability of being detected becomes even less. The Member States are required by the Falsified Medicines Directive, to incorporate provisions concerning how to clearly define all market players in national laws.²⁹ The Falsified Medicines Directive also requires all Member States to issue market authorization for selling medical products irrespective of the fact whether the players are directly or indirectly involved in handling the medical product. It is, however, up to the Member States to transpose the requirements of the Directive into their National laws. In other words, the presence of strong requirements³⁰ at the EU level,

26. <https://www.gov.uk/government/news/medicines-watchdog-sentences-man-for-selling-abortion-tablets-and-counterfeit-viagra>, last accessed on 31.8.2015.

27. See Recital 6, Directive 2011/62/EU.

28. Directive 2011/62/EU.

29. Article 17a, Directive 2011/62/EU.

30. See Recitals 6,12-18, Directive 2011 /62/EU

for obtaining a license for running a pharmacy, do not guarantee consumer protection against falsified medicines. Even a few cases left undetected can have fatal consequences or put patients' health in jeopardy.

5.4. Complicated System of 27 Links instead of One Common Link

It would have been simpler to have one common website with EU-wide coverage. At the moment, patients have to look at websites of individual Member States to establish the legitimacy of the online pharmacies. It would have been wiser and more practical to have one umbrella website for all the 27 Member States, as recommended also by the European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA).³¹ With the current system, there are also greater possibilities for fraud.

5.5. Clear Sanctions in Case of Detection of Illegal Website

Just as the Falsified Medicines Directive enumerates that effective penalties³² should be imposed for acts involving falsified medicinal products taking into account the threat to public health posed by those products, there should be a clear common strategy to deal with the detection of illegal websites. As the penalties in case of breach of the rules have not been unanimously agreed upon, there are bound to be different penalties in different Member States and thus, no consonance in the area of penalties. Besides, another challenge that can arise is that the responsibility of imposing penalties lies in one Member State but the activity has taken place in another Member State. Thus, it is crucial to address this problem.

5.6. Harmonization of Specific Conditions pertaining to Retail Supply

In addition to having a uniform logo, due account should be taken of the fact that specific conditions for retail supply of medical products to the public have not been harmonized at Union level and therefore, Member States may impose conditions for supplying medicinal products to the public within the limits of the Treaty of the Functioning of the European Unions (TFEU), as stated in Recital 21 of the Falsified Medicines Directive. Therefore, it would be in tune with the general objective to have harmonized rules on this issue at the EU level instead of having rules at national level.

31. EFPIA response to Concept Paper submitted for Public Consultations: http://ec.europa.eu/health/files/falsified_medicines/2013_02_pc_logo/efpia.pdf, last accessed on 31.8.2015.

32. Directive 2011/62/EU.

6. The Way Forward

The main objective of the introduction of the new EU logo on online pharmacies is in tune with the general objective of the Falsified Medicines Directive, which is to ensure the smooth functioning of the internal market for medicinal products and the same time ensuring a high degree of protection of public health against falsified medicinal products. However, it needs to be acknowledged that it is one of several measures necessary to achieve the goal of patient safety. It is part of a concerted effort but not a self-sufficient or self-contained measure, as illustrated in the Table 3, where other measures envisioned by the Falsified Medicines Directive³³ are stated.

Implementation of measures by the Commission (Falsified Medicines Directive)	
Measure	Status
Medicinal products introduced into the Union	Adoption not mandatory ³⁴ , not being pursued at the moment
Common logo for websites of illegally - operating online pharmacies/retailers	Adopted on 24 June 2014 ³⁵
Safety features for medicinal products for human use	Concept Paper ³⁶ rolled out, waiting public consultation
Import of active substances	Information leaflet on new rules available for preparation of incoming rules ³⁷
'Good manufacturing practice ('GMP') for active substances	Regulation (EU) No. 1252/2014 ³⁸ published in principles and guidelines, applicable wef. 25 May 2015

Table 3

33. Directive 2011/62/EU.

34. http://ec.europa.eu/health/human-use/falsified_medicines/index_en.htm, last accessed 31.8.2015.

35. http://ec.europa.eu/health/human-use/eu-logo/index_en.htm, last accessed 31.8.2015.

36. http://ec.europa.eu/health/files/counterf_par_trade/safety_2011-11.pdf, last accessed on 31.8.2015.

37. http://ec.europa.eu/health/files/documents/active_pharmaceutical_ingredients_leaflet_en.pdf, last accessed on 31.8.2015.

38. Regulation (EU) No.1252/2014: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R1252&from=EN>, last accessed on 31.8.2015.

Therefore, in addition to the use of the new EU logo for online pharmacies, the Member States have to take necessary steps to prevent medicinal products that are introduced in the Union, but are not intended to be placed on the market of the Union, from entering into the circulation if there are sufficient grounds to suspect that those products are falsified, as proposed in the Falsified Medicines Directive. However, there is no agreed method/delegated act or commonly agreed upon steps to be put in place, in order to prevent falsified medicines from entering the legal supply chain. In other words, there will be diverse ways in which Member States will address this issue. Since the adoption of this measure is not mandatory, it is not being pursued at the moment³⁹.

Harmonization of safety features for medicinal products within the Union is already underway as recommended in the Falsified Medicines Directive, according to which verification of the authenticity of medicinal products for human use («unique identifier») should be obligatory. The European Commission has taken steps to realize this objective. A Concept Paper has been rolled out for public consultation. The idea behind it is to take into account new risk profiles. Some big players in the pharmaceutical industry have taken steps on their own initiative. For instance, Pfizer have begun using radio frequency identification (RFID) on some of the highly counterfeited products so as to ensure patient safety⁴⁰.

Furthermore, the Falsified Medicines Directive introduces EU wide rules for the importation of active substances, under article 46b (2) of the Directive 2001/83/EC. It states that the active substances may only be imported if, inter alia, the active substances are accompanied by a written confirmation. This confirmation should come from the competent authority of the exporting third country. In addition, this written document should confirm that the standards of good manufacturing practice and control of the plant manufacturing the active substance are equivalent to those in the Union. The European Commission has published a document⁴¹, which allows for preparation of the incoming rules.

39. http://ec.europa.eu/health/human-use/falsified_medicines/mdex_en.htm, last accessed on 30.8.2015.

40. <http://www.pfizer.com/files/products/CounterfeitBrochure.pdf>, last accessed on 31.8.2015.

41. http://ec.europa.eu/health/files/documents/active_pharmaceutical_ingredients_leaflet_en.pdf, last accessed on 31.8.2015.

Lastly, the Falsified Medicines Directive places an obligation on Member States to take appropriate measures to ensure that the manufacturers of active substances on their territory comply with good manufacturing practice (»GMP«). Now that the GMP is in place,⁴² focus needs to be on its correct implementation.

Thus, it can be safely concluded that the introduction of the new common logo for online pharmacies in the EU is one of the measures envisioned, in order to realize the objectives of the Falsified Medicines Directive of safeguarding public health. Certain challenges such as proliferation of fake websites, ensuring authenticity of the medicines being offered on the online pharmacies, and proliferation of players in the legal supply chain still need to be addressed.

42. Regulation No. 1252/2014, and applicable as of 25 May 2015.

Rules of Misrepresentation in Insurance Contract Law

Professor Henrik Lando

The article analyses rules of negligent misrepresentation in insurance contract law. A stringent rule of misrepresentation increases the incentive for the insured to represent truthfully but also exposes the insured to risk when the insured may misrepresent by mistake. The main insight is that there are circumstances under which the lenient civil law rules are more efficient than the stringent common law rule.

1. Introduction

According to a general rule of Danish contract law established through precedent, if one party to a contract has misrepresented a material fact prior to contracting, the other party can void the contract whether or not the misrepresentation was negligent.¹ The strictness of this rule probably reflects the experience of how important it is for contracting parties to be able to rely on each other's representations. If they cannot, they may abstain from mutually advantageous transactions, as argued also by the economic theories concerning the impact of asymmetries of information. However, in Denmark and in several other civil law countries, this rule is mitigated in the area of insurance contracts for which the buyer's negligent misrepresentation does not allow the seller to void the contract. The insurer can only lower the indemnity paid to the policyholder who, when she makes a claim, is discovered to have misrepresented pre-contract-

1. This requires that the misrepresenting party knew or ought to have known that the misrepresented fact was decisive for the other party's choice to enter into the contract, and also that the misrepresenting party misrepresentation occurred with the aim of securing a promise. See Andersen and Madsen, *Aftaler og Mellemænd*, 6th ed, 2012.

ually. In common law, by contrast, the rule of misrepresentation in insurance contract law is similar to the general rule of misrepresentation, which in common law also allows for avoidance in case of material misrepresentation.

Between these divergent rules, economic literature has tended to support the common law rule,² which the literature sees as providing a strong incentive for truthful representation necessary for a well-functioning market for insurance.³ The more lenient civil law rules, in particular the German rule, have been criticized for not sufficiently deterring insurance fraud.⁴

In this article, I shall argue that a rule more lenient (towards the insured) than the common law rule is optimal under certain circumstances, e.g. when the cost for the insurer of auditing the insured's type is low relative to the sums at stake. However, the analysis suggests that the rule should be stringent enough to deter a person from misrepresenting when auditing is certain, which again suggests that some existing and some proposed rules may be too lenient. In arguing this, I shall present and discuss analytical results derived from a formal model only the outline of which will be presented here.

The trade-off between a stringent and a lenient rule is found to be the following when the insured may inadvertently misrepresent.

On the one hand, a stringent rule provides a strong incentive for applicants to fill out the insurer's questionnaire correctly. This can enhance the

2. See Dixit, A., 2000, Adverse selection and insurance with *Uberima Fides*, in Hammond, P.J. and Myles, G.D. (Eds), *Incentives, Organization and Public Economics: Essays in Honor of Sir James Mirrlees*, Oxford; Dixit and Picard, 2003, On the role of good faith in insurance contracting, in Amott, R., Greenwald, B., Kanbur, R., and Nalebuff, B. (Eds), *Economics for an Imperfect World: Essays in Honor of Joseph Stiglitz*, Cambridge, MA, pp. 17-34; Gravelle, Insurance law and adverse selection, 1991 *International Review of Law and Economics*, Vol. 11, No. 1, pp. 23-45; Picard P., 2009, Costly risk auditing without commitment in competitive insurance markets, *Games and Economic Behavior*, 66, pp. 893-919. The analysis of the present paper builds mainly on Dixit and Picard (2003).
3. There exists legal literature more critical of the common law rule, see e.g. Bames, B., 2010, *Against Insurance Rescission*, 120 *Yale Law Journal* p. 328.
4. This is mentioned by Heiss H., *Proportionality in the New German Insurance Contract Act 2008* (January 31, 2013), 2013 *Erasmus Law Review*, Vol. 5, No. 2. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2209758>
On the importance of insurance fraud, see e.g. Derrig, R.A., *Insurance Fraud*, 2002 *Journal of Risk and Insurance*, 69: pp. 271-287.

efficiency of the insurance market for two distinct reasons. The insurer does not have to perform as many audits to deter insurance fraud when the rule is stringent, and the insurer does not have to separate the insured through a high deductible when the insured are separated effectively through the stringent rule. If the rule is lenient, the insurer may attempt to find out about the risks of the insured by offering a contract with a high deductible that will only be chosen by an insured whose risk is low.

On the other hand, a more stringent rule of misrepresentation entails a greater risk for the insured who may have misrepresented by mistake, e.g. through a lapse of memory. Since the insurer is less risk averse than the insured (which is why the two parties contract in the first place), the risk of inadvertent misrepresentation should, other things equal, be assumed by the insurer rather than by the insured. For this reason, civil law's exception to the general rule of contract law in the area of insurance can be justified by the fact that the misrepresenting party - the insured - is more risk averse than her counterpart in the context of insurance. This trade-off may suggest that the optimal rule of misrepresentation simply strikes a balance between the incentive effect and the risk imposed on those who might make a mistake when filling out the questionnaire. However, the trade-offs are in fact more complex when the insurer's incentive to perform audits is taken into account, because the insurer may respond to a stringent rule by lowering the level of auditing, since a lower level of auditing may be sufficient to deter misrepresentation when the rule is stringent. In this more complex trade-off, it turns out that a less stringent rule than that of common law tends to be optimal when the cost of auditing is low, but that the rule should be stringent enough to deter insurance fraud when auditing is certain. On the other hand, the common law rule is optimal when the cost of auditing is high, or inadvertent mistakes are very unlikely.

In the following, I first list the main rules of misrepresentation and describe the attempts at harmonization both in Europe and in the US. Then, I illustrate how the rules work in a simple example. In the main section, I introduce the basic assumptions of a model analysed in a forthcoming article/ and summarize the findings of that analysis. Finally, I discuss some

5. See Lando: http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531622. This paper is accepted subject to minor revisions by International Review of Law and Economics.

aspects of reality not included in the analysis, and draw up the main conclusions.

2. Rules of Misrepresentation in Insurance Contract Law

This section describes some of the rules of misrepresentation that exist in the insurance law of different countries/ and those that have been suggested in attempts at harmonizing insurance contract law. The following description will mainly concern negligent rather than non-negligent or intentional misrepresentation.

In decreasing strictness, the main rules are: the common law rule, the contribute-to-the-loss or causation rule, the pro rata rule, the pro rata rule requiring causation, the recovery rule, and the German rule. These will now be described in turn.

As indicated above, the common law rule allows rescission when a reasonable insurer would not have entered into the contract on its given terms if he had known the falsified or omitted fact, and if the actual insurer would (reasonably) not have done so. It should be noted that this rule is not universally applied in the US, as some States have e.g. statutorily limited reduction of coverage to cases of intentional or reckless misrepresentation/ And that it is no longer the rule applied in England for consumer insurance contracts, for which the Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012 now applies the pro rata rule to negligent (but not reckless) misrepresentation.⁸

The contribute-to-the-loss or causation rule covers fully if the unstated or misrepresented fact was irrelevant to the insurance event, but not at all when the fact caused the event. The concept of causation can take differ-

6. See also e.g. Tarr and Tarr, *The insured's non-disclosure in the formation of insurance contracts: A comparative perspective*, 2001 *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, No. 3, pp. 577-612.
7. See American Law Institute. May 2013. Tentative Draft No. 1 (Principles 2013): <https://www.ali.org/publications/show/liability-insurance/>
8. See <http://www.legislation.gov.Uk/ukpga/2012/6/contents>. See also Ruehl G., *Common law, civil law, and the single European market for insurances*, 2006 *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, No. 4, pp. 879-910, for how German and English rules differed less in reality than in the books even before the recent change of rules in England.

ent meanings. In German law, it is taken to mean that the misrepresented fact had some influence on (»contributed to«) the event, see Heiss (2013).⁹ According to the pro rata rule, which applies in several countries including Denmark, the insurer must cover that amount which the paid premium would have secured if there had been no misrepresentation. If the premium would have been twice as high, indemnification is reduced to 50%. If the insurer would have altered the terms in some other way, those altered terms apply; thus, if the insurer would have concluded the contract, but would have excluded accidents resulting from e.g. a nervous condition if the insured had admitted to suffering from this condition, the insurer is not obligated to paying anything in case of such accident.

The pro rata rule requiring causation, which is suggested in the Principles of European Insurance Contract Law for negligent misrepresentation, requires that the misrepresented fact influenced the insurance event, and then reduces indemnification according to the pro rata rule.¹⁰

The recovery rule allows full coverage except for a reduction equal to the difference between the premium that the insured should have paid and that which she actually paid. This rule was suggested by the American Law Institute in a recent draft proposal (American Law Institute, 2013) before its project on insurance contract law turned into a less normative and more descriptive Restatement project. While the ALI proposal is lenient on negligent misrepresentation, it allows the insurer to rescind the contract in case of reckless misrepresentation.

The German rule allows no reduction for negligent misrepresentation but allows for a reduction in case of grossly negligent misrepresentation according to the pro rata rule requiring causation rule.¹¹

It should be added that the strictness of any set of rules depends not only on the degree of indemnification in case of negligence, but also on the standard of proof for showing honest, negligent, grossly negligent, reckless misrepresentation,¹² intentional and fraudulent¹³ misrepresenta-

9. Ibid note 4.

10. Jürgen Basedow et al, Principles of European Insurance Contract Law, 2009.

11. German Insurance Contract Act (2008) in translation:

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_wg/englisch_wg.html.

12. Thus, in the ALI draft-proposal, recklessness applies according to § 7.4 not only to indifference concerning the truth of a statement but also to cases where proof of fraudulent misrepresentation is difficult. The standard of proof for proving recklessness is that applied to fraudulent misrepresentation under applicable state law, according to § 7.4.

tion,¹⁴ and on the extent to which the rules allow the insurer to terminate the contract prospectively in case of either innocent, negligent, or grossly negligent (reckless) misrepresentation. Indeed, one conclusion to be drawn from the analysis is that it may well be worthwhile to distinguish simple and gross negligence or recklessness, as done under the German rule and as suggested by the American Law Institute in a draft-proposal.¹⁵

3. An Illustration of the Rules and their Expected Payouts

The following example can illustrate the effects of the rules just described. In a famous case, *Henwood v. Prudential Insurance* (64 D.L.R. (2d) 715, S.C.C., 1967), a woman had seen a psychiatrist for emotional problems when she was a teenager, and later, before taking out life insurance, had denied having any »nervous or mental disorder«. Although her death in a car accident was unrelated to the misrepresented fact, the court rescinded the contract. This example can give us an impression of the relative strictness of the rules if we compare what the pay-out to her beneficiaries would be under the different rules, and if we make the following assumptions for the sake of illustration: That her report amounted to negligent misrepresentation; that the woman's emotional problems were in fact severe; and that her probability of dying before a certain age was 6%, whereas for other women resembling her in other respects, but without similar teenage emotional problems, the same probability was only 4%. If we, furthermore, set the indemnity at 100 and assume, once more for the purpose of illustration, that the insurers always audit the insured's type when the insured presents a claim, we can consider the possibility that insurers, whose profits are competed down to zero, offer two contracts: one at a premium of 4 for the women of low risk, and the other at a premium of 6 for the high risk; for this situation we can ask what the consequences would be for the woman and for the insurer under the different rules if

13. A misrepresentation may be intentional but may not serve the purpose of inducing a promise in which case it does not constitute fraud.

14. This article emphasizes the degree of indemnification because it is generally rare for courts (at least in Denmark) to convict of fraud when it cannot be established with near certainty; this practice seems due to the stigma attached to fraud.

15. The American Law Institute. May 2013. Tentative Draft No. 1 (Principles 2013). see: [https:// www.ali.org/publications/show/liability-insurance/](https://www.ali.org/publications/show/liability-insurance/)

she would choose the contract intended for the low risk although her risk was in fact high:

Under the pro rata rule, if discovered to have misrepresented, the woman would receive a pay-out based on what the premium of 4 would have purchased if the insurer would have known her to be a high risk. The insurer would then have offered to cover $2/3$ of the loss, since the premium would only be $2/3$ of what she should pay for full indemnification. This means that she would get an indemnification of 66.6. Note that this would deter the woman from intentionally misrepresenting, since she would effectively be buying insurance at a premium of 4 with an indemnification of 66.6, which would amount to under-insurance at an actuarially fair price, since the expected pay-out would be $66.6 \times 6\% = 4$, equal to the premium. She would prefer full insurance at the fair price.

Under the contribute-to-the-loss (or causation) rule, if the woman were to choose the contract for the low risk, she would receive zero indemnification in case of death caused by her emotional problems and a full pay-out otherwise, which means that she would receive full indemnification in the actual case where death was caused by a traffic accident. The misrepresented fact would be »causal« with a probability of $6 - 4 = 2\%$, since death would occur with a probability of 4%, even in the absence of emotional problems. So the effective contract would payout 100 with probability 4% and 0 with probability 2%. The expected payout would be 4, as under the pro rata rule. Again, this would deter the risk averse woman, from intentionally misrepresenting, since she would rather pay the difference in premium of 2 to be covered also in the event of causation, which occurs with a probability of 2%.

Note that under both rules, the insurer is compensated in a way that renders him indifferent as to whether or not the insured misrepresents her risk, if he is certain to discover it. The insurer then obtains the same effective contract that he might have entered into at the given premium of 4, if he had known about the true risk. For he might then have adjusted coverage to be $2/3$ of the full, reflecting that the premium is only $2/3$ of the full, which would replicate the result under the pro rata rule, or he might then have excluded the misrepresented risk which would replicate the result under the contribute-to-the-loss rule. Put differently, under the two rules the insurer obtains his »expectation interest« - the same expected utility that he would have obtained if there had been no misrepresentation. Note, however, that this is so only if he is certain to discover the truth when the insured presents a claim.

Under the pro rata rule that requires causation, the pay-out would be 100 with a probability of 4% (no causation) and then 66.6 with a probability of 2% (causation). This would yield an expected payout of 5.32, considerably larger than the premium of 4. The woman would not be deterred if nearly risk neutral, not even if auditing were certain, but may perhaps then be deterred if risk averse.

Under the recovery rule suggested by the ALI, the insured is required to pay the missing premium in case of honest or negligent misrepresentation. The payout would hence be $100 - 2 = 98$ with a probability of 6%, yielding an expected payout of 5.88. There is no incentive for truthful representation under this rule, since the insured can only win by paying part of the premium only when an accident occurs and she is audited.

Under the common law rule the payout in case of death would be only the premium paid; it must be repaid in case of rescission, since the performance of both parties must be reversed. This would yield an expected payout of $4 \times 0.06 = 0.24$. It goes without saying that the common law rule would deter the woman from misrepresenting when auditing is certain.

The expected payouts of the different rules are illustrated in the table below, which includes the expected payout also for other degrees of misrepresentation.

Expected pay-outs under different rules	Innocent misrepresentation	Negligent misrepresentation	Grossly negligent misrepresentation/ recklessness	Fraud
Common law	0,24	0,24	0,24	0,24
Danish Law	6	3,96	3,96	0,24
German Law	6	6	5,32	0,24
PEICL	6	5,32	5,32	0,24
Suggested ALI rule	5,88	5,88	0,24	0,24

4. How Stringent is the Optimal Rule?

This question can best be discussed with reference to a well-specified model.

4.1. The Model

Insurers are assumed to compete in the market for insurance by offering contracts to applicants who are either of high or of low risk, distinguished by the probability of the insurance event. Applicants receive signals about their risks, perhaps from their own memory, and those signals may be wrong such that some of those who receive a signal that they are low risk are in fact high risk. For simplicity, those who receive a signal that they are high risk are assumed to know this signal to be correct. Insurers compete by offering contracts that may vary with regard to their premium, their degree of indemnification (i.e. their deductible), and the likelihood with which the insurer audits when the insured presents a claim. The degree to which the insured is covered when found to have misrepresented is determined by the legal rule, which is assumed to be mandatory and hence not chosen by the insurer.

The insurers have an incentive to offer contracts that attract those who believe themselves to be low risk while not attracting those who know themselves to be high risk. Thus, if the insurers offer contracts that are chosen by both types, the premium will have to reflect that there are policyholders who suffer accidents with a high probability, while if an insurer could separate out those of low risk, he could lower the premium and still make a profit since the average risk would be lower. Therefore, the insurers will want to ask applicants to represent their risk; if the penalty for misrepresentation as set by the law is high enough, the high risks will not want to misrepresent, and so the insurer can in this way make an extra profit by in this way excluding or *separating out* the high risks. The applicants known to be high risk will then have to pay a premium reflecting their true risk; they will not, in a competitive equilibrium, be cross-subsidized by the low risk, as they will be when there is no separation of types.

Note that the insurers may also separate the types by requiring a substantial deductible. A high deductible is, namely, particularly unattractive to a high-risk applicant who is relatively more likely to pay the deductible

simply because his risk is higher.¹⁶ In competition, the insurers will separate types either through requiring representation or through requiring a deductible, or through both instruments. Moreover, competition between the insurers will lower the premium to the point where no insurer will wish to enter the market, i.e. to the point of zero (normal) profits.

In this model, when we compare the efficiency of the market equilibrium under the different rules, it turns out that one will always for given parameters Pareto-dominate the other in the sense that both the insurer and the insured will weakly prefer the equilibrium under one rule to the equilibrium under the other rule. This is so because, in any equilibrium of the model, both the high risks and the insurers are indifferent between rules: the high risks will always get the same contract regardless of the legal rule, and insurers' profits will always be competed down to zero. Hence, if those who believe themselves to be of low risk are better off in the one equilibrium than in the other, the one rule Pareto-dominates the other. This feature of the model allows us to derive when one rule is better than another.

Before analysing the rules by comparing the equilibria of the model, one may, however, take a step back by asking whether it is at all a good thing to make it easier for the insurers to separate types. Why not disallow misrepresentation altogether or make it ineffective by not allowing the insurer to lower the payout in case of misrepresentation? This question is worth addressing, for there are circumstances under which separation of types should be discouraged. For example, if people differ in terms of risk for reasons that are beyond their control, e.g. due to genetic factors, an insurance market equilibrium that does not separate risks (a pooling equilibrium) is desirable from the ex-ante perspective that it insures the high risk types against being high risk. Ideally, behind a veil of ignorance, everyone would for this reason want the equilibrium to be pooling, i.e. to not separate types of different risk. From this perspective, one can understand the existing rule that bars insurers from asking for information concerning people's genetic make-up. However, this reasoning relies on the assumption that insurers cannot separate types through other means, such as deductibles, and theory suggests that if insurers can set deducti-

16. This incentive for the insurers to separate through a deductible was established in a seminal article by Rothschild, M. and Stiglitz, *Equilibrium in competitive insurance markets: An Essay on the economics of imperfect information*, 1976 *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, No. 4, pp. 629-649.

bles, they will separate types through this instrument alone. If this is indeed so, the analysis cannot be cut short by the argument that separation should not be allowed at all, unless one wants to prohibit deductibles or other means for the insurer to separate types of different risk. In fact, allowing insurers to ask for private information concerning risk may even ensure the existence of a market equilibrium, which is not a certainty when insurers can only separate types through deductibles, as shown by Rothschild and Stiglitz (1976). Thus, as shown by Dixit (2000), allowing representation expands the set of parameters for which the market will settle down in equilibrium.

Hence, either because separation is efficient for incentive reasons, or because it is fair, or because other means of separation cannot be prohibited and these other means will be applied to separate types if representation is not allowed to do so, it is worth investigating which rule is optimal.

4.2. Comparison of Rules

To reiterate: a more stringent rule of misrepresentation makes it easier for the insurers to separate the two types of risk, which means that the insurers do not have to spend as much on auditing and may not have to use deductibles to the same extent in order to separate the types. These are advantages of a stringent rule. However, a more stringent rule exposes those who are high risks, but who honestly believe they are low risk, to the risk of being found to have misrepresented and to then receive a low compensation. The optimal rule balances these factors. To explore this trade-off further, it turns out to be worth distinguishing the situation in which the insurer can commit to a level of auditing from that where the insurer must simply set the level of auditing at the level that is optimal when the insured presents a claim. If the insurer can commit, i.e. if he can make his general policy known to »the market«, the following results emerge:

When the cost of auditing is sufficiently low, the rule should be lenient but not so lenient that it does not deter the high risks from misrepresenting when they are certain to be audited.

The logic is the following: a lenient rule means that a higher level of auditing is required to ensure the incentive for the high risk to not misrepresent. This incentive can be ensured through a sufficiently high level of auditing if the rule is not so lenient that there is no incentive when auditing is certain. A higher level of auditing combined with a low sanction in

case of misrepresentation is better for the person who has honestly reported to be of low risk, but who knows she may have made a mistake. Essentially, a harsh sanction exposes her to a disproportionate loss of expected utility when she is risk averse.¹⁷

It was noted above that both the pro rata rule and the contribute-to-the-loss rule are stringent enough to deter when auditing is certain.

Hence, the result indicates that a rule that is at least as lenient as the pro rata rule is optimal when the cost of auditing is much lower than the amounts at stake. The pro rata rule requiring causation, suggested by the PEICL, may qualify, although this rule perhaps does not deter when auditing is certain, as indicated above.

When the cost of auditing is sufficiently high, the more stringent of two rules is preferable.

This is not surprising; when it is costly to audit, a stringent rule can economize on this cost by making it possible for the insurer to induce truth telling without incurring too high costs of auditing.

When the risk of an inadvertent mistake is sufficiently small, the common law rule is optimal.

Thus, when the honest insured is almost certain not to have misrepresented, the cost to her of a stringent rule is minimal, while there is a benefit in terms of a lower premium due to a lower required level of auditing.¹⁸ Note that this result may justify distinguishing simple from gross negligence; when the optimal rule depends on the likelihood that a mistake is intentional rather than honest, the rule should be more stringent when the likelihood of intentional misrepresentation is higher.

When the insurer cannot commit to a level of auditing, but must choose it at the ex-post optimal level, it may be that a lenient rule leads to no auditing while a stringent rule leads to auditing occurring always. Auditing may occur under a stringent rule if the number of claims involv-

17. A full explanation is this: the high level of auditing, while inflicting a loss of income on the insured, provides a source of income to the insurer (when auditing is not costly), and thereby leads to a lower premium through competition. A harsh sanction for misrepresentation, on the other hand, inflicts a greater loss in expected utility loss to the insured who is risk-averse, and this utility-loss which is not due to a loss of income as such but due to the extent of the loss, i.e. due to the size of the risk, is not a corresponding gain to the insurer.

18. This result is also derived in Dixit and Picard (2003).

ing inadvertent misrepresentation is sufficiently high and the cost of auditing is sufficiently low, because then an audit is likely to be profitable in itself. Thus, it turns out that:

If the insurers cannot commit to an auditing probability, and auditing never occurs under the more lenient rule of two rules but always occurs under the more stringent rule, the lenient rule may be more efficient, if the insured is sufficiently risk averse in the relevant range of income.

The reason is that when there is a significant risk of inadvertent misrepresentation certain auditing imposes too great a risk on the insured, who may misrepresent by mistake. It is then better to forego auditing altogether through a lenient rule.

Thus, whether or not the insurer can commit to a level of auditing the cost of auditing plays a central role as does the likelihood for the insured of making a mistake and, in some cases, the extent of her risk aversion.

The following discussion expands the set of considerations that are relevant for choosing the rule.

5. Discussion

The following aspects of reality are left out of the model:

1. The model assumes that everyone knows the legal rules. This is of course not literally true, but may serve as an approximation if the actual rule exerts a significant influence on what people expect it to be, e.g. because people hear about legal cases, or if insurance agents can be instructed to inform applicants of the rules. However, if people rarely hear about legal cases and if insurance agents cannot be relied on to inform applicants properly, the strictness of a stringent rule may not matter for the degree to which people represent correctly. Naturally, there is then less reason to impose the risk inherent in a stringent rule on those who might misrepresent by mistake. However, if equilibrium arises in which some high risks masquerade as low risk, there may be a justification for a stringent rule in that it lowers the extent to which the low risks cross-subsidize those high risks. This is analysed in Gravelle (1991).

2. Applicants may be deterred for some other reason than the legal rule, e.g. because they only know the rule vaguely and are averse to ambiguity,¹⁹ or because they do not like to lie.²⁰ The more people can be trusted, the less reason for a stringent rule which imposes a risk on those who may inadvertently misrepresent.
3. The empirical evidence suggests that adverse selection does not always occur in insurance markets.²¹ It is not always the low risks who choose the contract with the high deductible; it may be that the low risks are of low risk, because they are apprehensive of future events, in which case they may also be more concerned with a high deductible. Be this as it may, if insurers do not attempt to separate types in the way suggested by the adverse selection literature, the analysis needs modification. However, if it is assumed that the deductible is exogenously fixed, it remains true that a lenient rule is optimal when the cost of auditing is low. This is so for the same reasons that were given for the case in which insurers do use deductibles to separate high from low risk.
4. The insurer may search for misrepresentation in several opportunistic manners. He may e.g. search among the sometimes many answers provided by the insured for one that is wrong and that can be construed as material, or he may benefit from a superior bargaining position e.g. when the insured is in urgent need of indemnification. Such forms of opportunism have allegedly occurred in the domain of life insurance (Goodman (1968)), and one would expect a stringent rule to raise the returns to such sharp business practices.
5. The insurer may audit ex-ante before approving the applicant (so called pre-claim underwriting) rather than ex-post (post-claim underwriting). The incentive to do so may be affected by the strictness of the rule, and although post-claim underwriting is cheaper in that it only occurs in the event of an accident, pre-claim underwriting may be

19. Hoogarth, Robin M. and Howard Kunreuther, Ambiguity and Insurance Decisions, 1985 *American Economic Review* 75: p. 386.

20. Lundquist, T. and Ellingsen T. and Gribbe E. and Johannesson M., The aversion to lying, 2009 *Journal of Economic Behavior & Organization* 70, pp. 81-92.

21. See Cohen, A. and Siegelman, P., Testing for Adverse Selection in Insurance Markets, 2010 *Journal of Risk and Insurance*, 77, pp. 39-84 for an overview of the literature.

22. This possibility is discussed in Hemenway, David, Propitious Selection, 1990 *Quarterly Journal of Economics* 105, pp. 1063-1069.

preferable, if the risk to the insured of inadvertent misrepresentation is significant (or if post-claim underwriting is subject to the form of abuse just mentioned).

6. The rules were assumed to be mandatory, but this not without exception. For example, the German Insurance Contract Act (2008) allows deviations that benefit the policyholder (Section 32), the ALI draft-proposal suggests that the rules should be enabling for commercial firms, and PEICL suggest the same for large commercial firms. It is not inconceivable that the market may devise efficient terms on its own. One example is the incontestability clause in life insurance. This clause, which some period of time after signature bars the company from a defence claiming misrepresentation, was invented in the mid-nineteenth century by an American insurance company in response to demand from customers who reacted to the uncertainty of life insurance policies that were sometimes contested by insurers.²³ The clause is common today in the US, in some cases, however, reserving the right of the insurer to rescind the contract in case of fraud. The clause then effectively allows full indemnification for innocent and negligent misrepresentation, much like the German rule. This example, and the general finding of this paper that the optimal rule may depend significantly on e.g. the cost of auditing, the likelihood of inadvertent error, and the degree of risk aversion of the insured, suggests that there should be some freedom of contracting.

6. Conclusion

The economic literature has tended to defend the stringent common law rule of misrepresentation in insurance contract law, because the rule allows the insurer to more easily separate insured of different risk. The present paper argues that civil law rules such as the pro rata rule or the contribute-to-the-loss rule (the causation rule) may in some circumstances be more efficient than the common law rule. For example, when the insurer can make his auditing strategy known to the market, the civil law rules will be more efficient than the common law rule if the cost of auditing is low relative to the sums at stake. Essentially, it is better to »sanction« of-

23. See Goodman, O., Public Policy and the Age of Incontestable Clauses in Life Insurance Contracts, 1968 *The Journal of Risk and Insurance* 35, pp. 515-535.

ten and lightly than rarely and heavily, when sanctioning (auditing) is inexpensive and the insured are risk averse. However, the analysis suggests that the rule should be stringent enough to deter insurance fraud when auditing is certain. This requirement is met by both the pro rata rule and the contribute-to-the-loss rule (the causation rule), but it is neither met by German rule for negligent misrepresentation nor by the recovery rule suggested in a draft proposal by the American Law Institute. It may also not be met by the rule suggested in the PEICL (2009) that requires causation and reduces the pay-out pro rata; it depends on the degree of risk aversion of the insured.

If the insurer cannot make his auditing strategy known to the market (cannot commit to an auditing probability), again a lenient rule is optimal when the cost of auditing is low while the common law rule is optimal when the cost of auditing is high. Moreover, the more lenient rule may be optimal under certain other circumstances, e.g. if the insured are ignorant of the rule (though that may be remedied partly by requiring insurance agents to inform people of the rules), if they are generally averse to lying, or if the insurers take advantage of a strong bargaining position or superior information in administering a stringent rule.

Finally, the analysis suggests that distinguishing simple and gross negligence according to the likelihood of an inadvertent mistake may be advisable, since this likelihood affects the fundamental trade-off between the incentive for truth-telling on the one hand and risk allocation on the other, and since it generally takes a high standard of proof to establish fraud. To the extent there is a stringent rule for grossly negligent misrepresentation and the standard for showing gross negligence is not too hard to meet, the rule concerning simple negligence can of course be relaxed. This should be kept in mind when evaluating the harmonization draft-proposals set forth in PEICL (2009) and by the American Law Institute (2013).

The Rome I Club

- Law Applicable to the Contract in Swiss Law and in the Law of the European Union, China, Japan and Russia

Professor emeritus Ole Lando

The author treats the main features of the choice of law rules for contracts of »the Rome I Club«. The subjects are the parties' choice of law, the application of the law of the country having the closest connection with the contract in the absence of the parties' choice of law, and rules of presumptions as manifestations of the closest connection.

1. Swiss Law and »the Rome I Club«

Until the last decades of the 20th century the choice of law rules for contracts were not codified, but laid down by the courts in most countries.

Most of them had recognized the contracting parties' right to choose the law applicable to the contract (party autonomy).¹ The Swiss and German courts adopted the application of the law of the country closest connected with the contract in the absence of the parties' choice of law. In addition, the Swiss Federal Court and the German Federal Supreme Court adopted presumptions, which were manifestations of the closest contact and among them the one in favour of the law of the habitual residence of the party providing the characteristic performance of the con-

1. See Symeon C. Symeonides. Codifying Choice of Law Around the World - an International Comparative Analysis, 2014, chapter 3.

tract.² This case law influenced legislators in several countries, and the drafters of the EU legislation.

Party autonomy, application of the law of the country closest connected with the contract and the presumptions, were later adopted in the Swiss Statute on Private International Law of 18 December 1987 (Swiss Law), in the Rome Convention of 19 June 1980³ (RC) and in the EC Regulation of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I),⁴ which replaced the RC in the EU countries except Denmark where the RC is maintained.

Several of the recent codifications have adopted the three principles⁵ or one or two of them, and Japan, the Peoples Republic of China and the Russian Federation have adopted them all, and have enacted statutes similar to Rome I and the RC. The statutes are the Japanese Act on the General Rules on the Application of Laws of 1898 as amended on 21 June 2006, (hereinafter *Japanese Act*), the Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations of 28 October 2010 (*Chinese Law*) and Division VI in the Third Part of the Civil Code of the Russian Federation of 16 November 2001, which was amended in 2013 (*Russian Code*). The total population of this 'Rome 1 Club', consisting of the European Union, China, Japan and the Russian Federation amounted in 2013 to about 2,1 billion, which was 30% of the World's population. Their total Gross National Product (GNP)⁶ was estimated at about 42% of the World's GNP.⁷

There are differences between the Swiss Law, the RC, Rome I and the statutes of the three countries both in the way in which they express the

2. BG 12 February 1952 BGE 78 II 74, 79, which also reinstated party autonomy, and BGH 1 February 1952, IZRspr 1945-53 no 402 b (vol. 2,125).

3. Convention 80/934/EEC, OJEC L 266 of 9 June 1980.

4. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJEU 2008 L 177/6-16. Rome I applies to contracts entered into on or after 17 December 2009, whereas the RC applies to contracts entered into before that date.

5. For example the Ukrainian Law of Private International Law of 23 June 2005.

6. GNP is an estimate of the total money value of all the final goods and services produced in a given one-year period by the factors of production owned by a particular country's residents. Final goods and services are goods and services sold or otherwise provided to their final consumers.

7. The IMF estimates the World's GNP at 101 trillion US \$ and the total GNP of the EU, China, Japan and the Russian Federation at 42 trillion US \$.

ideas and in the rules that carry them out. In this article I will try to describe the similarities and the differences.⁸

2. Party Autonomy

2.1. They All Agree

The Swiss Law, the RC, Rome I, the Japanese, the Russian and the Chinese statutes all agree. *A contract shall be governed by the law chosen by the parties* (Swiss Law Art 116(1),⁹ RC and Rome I Art 3(1). *The formation and effect of a juristic act*¹⁰ *shall be governed by the law of the place chosen by the parties at the time of the act* (Art 7 of the Japanese Act 2006). *The parties to a*

8. I have consulted an English translation of the Civil Code of the Russian Federation of 26 November 2001 by P. Maggs and A.N. Zhiltsov. I thank Dr. Eugenia Kurzynsky-Singerand who has sent me an article in German by Christel Mindach, Berlin dealing with the recent amendments of the Russian Civil Code's provisions on Private International Law and bringing a translation of the new text. As for the Japanese Act I have used an English translation by Kent Anderson and Yasuhiro Okuada, Asian-Pacific Law & Policy Journal, Vol. 8, issue I (Fall 2006), and a German translation in IPRACT, 2007, Issue 6, p. 560-564, which was kindly sent to me by Mr Hinz of the Max Planck Institute for Foreign and Private International Law in Hamburg. I thank Professor Harald Baum of the Max Planck Institute for sending me the chapter on Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (Japanese private and procedural international law) by Yuko Nishitani in Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht edited by Prof. Dr. Harald Baum and Prof. Dr. Moritz Bälz, LL.M. (Harvard), Köln 2011 (Nishitani). I thank Professor Knut Benjamin Pissler, for a German translation of the Chinese Private International Law and for access to his article in Max Planck Private Law Research Paper No. 11/14, Das neue Internationale Privatrecht der Volksrepublik China: Nach den Steinen tastend den Fluss überqueren (The New Private International Law of the People's Republic of China: Cross the River by Feeling the Stones, hereinafter Pissler 2014) and to Peter Leibkühler for his article "Erste Interpretation des Obersten Volksgerichts zum neuen Gesetz über das Internationale Privatrecht der VR China (The Supreme People's Court's Interpretation No. 1 on the Private International Law Act of the PRC) Zeitschrift für Chinesisches Recht 2013 89 ff. Max Planck Private Law Research Paper No. 13/25 (Leibkühler). I have also consulted an English translation of the Chinese Law published in the Chinese Journal of Comparative Law 2013 Vol. 1 Issue 1 pp. 185-193.
9. Swiss Law Art 116(2): »Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht.«
10. The Act's use of the term juristic act denotes that the rule covers both unilateral and bilateral declarations of intention.

contract may choose by agreement among themselves the law that is applicable to their rights and duties under the contract (Russian Code Art 1210). *The parties may choose the law applicable to contracts.* (Chinese Law Art 41, first sentence).

None of the statutes require that the parties or the contract has a connection to the country of the chosen law,¹¹ or that the parties disclose why they have chosen the law they wish to apply to their contract.

2.2. The Tacit Choice of Law

There must be a firm basis for the parties' intention. The instruments do not rely on the presumed or hypothetical intention of the parties.

2.2.1. Rome I, RC and the Russian Code

Under Art 116 (2) of the Swiss Law¹² and Art 3(1) of Rome I the choice shall be made expressly or *clearly demonstrated* by the terms of the contract or the circumstances of the case. Art 1210 (2) of the Russian Code lays down that an agreement of the parties on the choice of the applicable law must be directly expressed or *must definitely follow* from the terms of the contract or the totality of the circumstances of the case. Under Art 3(1) of the RC, the choice shall be made expressly or demonstrated *with reasonable certainty* by the terms of the contract or the circumstances of the case (italics supplied).

It seems as if the requirements for a tacit choice of law are more lenient under the RC than under Rome I, the Swiss Law and the Russian Code. However, the attitude of Rome I and the RC to a matter of great importance appears to be similar, namely whether the choice of a particular forum is a tacit choice of the law of the forum country. The Giuliano-Lagarde Report on the RC¹³, which is meant to serve as an official gloss to the RC, provides that »... in some cases the choice of a particular forum may show in no uncertain manner that the parties intend the contract to be governed by the law of that forum, but this must always be subject to the other terms of the contract and all the circumstances of the case.« Paragraph 12 of the Preamble to Rome I provides that an agreement between the parties to confer on one or more courts or tribunals of a Member

11. See on China Leibkühler, p. 93 and on Japan, Nishitani marginal no. 63.

12. Art 116(2): »Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben.«

13. Reproduced in the OJEC on 31 /10 1980 Nr C 282,1-50.

State exclusive jurisdiction to determine disputes under the contract should be one of the factors to be taken into account in determining whether a choice of law has been clearly demonstrated.

A court will follow the parties if in litigation they argue the case on the basis of the same legal system, for example when they plead on the basis of the *lex fori* although the contract in question otherwise would be governed by a foreign law.

2.2.2. *China and Japan*

Art 3 of the Chinese Law dealing with the parties' choice of law in general provides that the parties may *explicitly* choose the law applicable to their foreign-related civil relations in accordance with the provisions of this law (italics supplied). Also in the earlier law the choice had in principle to be express. However, in its interpretation of 2007 of the earlier law the Supreme Court of the Peoples Republic of China also allowed an implicit choice of law, when in litigation and without exceptions the parties referred to the rules of law of a certain country, and none of them objected to the application of this law. Chinese commentators of the 2010 statute maintain that this rule still applies.¹⁴

The Japanese Act does not address the issue. According to the commentators the courts will accept a tacit choice of law.¹⁵

2.3. **There are Limits to Party Autonomy**

2.3.1. *The Mandatory Rules of the Country where all Elements relevant to the Situation are located*

a) *Rome I and RC*

Art 3 (4) of Rome I and Art 3 (3) of the RC provide that:

»... where a choice of law is made and all other elements relevant to the situation are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of law should not prejudice the application of provisions of the law of that country which cannot be derogated from by agreement.«

Under art 3(4) of Rome I, this rule also applies to mandatory European Community law where all other elements relevant to the situation are located in one or more Member States of the EU. These rules apply whether

14. Pissler, 2014, p. 10, who refers to a work of 2011 by Jin Huang/Rujiao Jiang.

15. Nishitani marginal no. 64.

or not the choice of law was accompanied by a choice of a court or a tribunal. They should be seen in connection with Art 1 of Rome I and the RC, which provide that the RC and Rome I apply to situations involving conflict of laws. This includes domestic contracts where the parties have chosen a foreign law.

The Swiss law does not mention the problem in the section on contracts. It is however recognized that parties cannot evade the mandatory rules of the law of the country in which all elements relevant to the situation are located.¹⁶

b) Russia, China and Japan

The new version of Art 1210 (5) of the Russian Code provides that:

»... if at the time of the parties' choice of law all the elements related to the essence of the parties' relations are only connected with one country, the parties' choice of the law will not affect the operation of the mandatory provisions of the law of the country with which the essence of the parties' relations are connected.«

Art 1 of the Chinese Law provides that it only applies to contracts with foreign-related civil relations, and therefore not to entirely domestic Chinese relations.¹⁷ In an interpretation of 12 April 1988 of art 1 the Supreme Court has laid down that there is a foreign relation when:

- *one of the parties or both are foreigners, stateless or foreign legal persons, or*
- *the object of the relationship is situated in a foreign country, or*
- *the creation, the change or the termination of the relationship occurred abroad.*

In its First Interpretation of the Chinese Law of 2010, the Supreme Court has added the habitual residence of the parties. It is now sufficient that one of the parties lives permanently abroad, even if he or she is a Chinese citizen. The Supreme Court has also added »other circumstances« without mentioning which these circumstances are.

However, the parties' choice of a foreign law to a purely domestic contract would have no effect, but under domestic Chinese law the parties would probably be allowed to incorporate the rules of a foreign law into

16. Keller/Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich 1986 § 41, p. 525 ff.

17. Pissler, 2014 p. 8.

their contract with the effect that rules which do not violate mandatory Chinese rules of law would apply.¹⁸ The Japanese statute does not address the issue.

2.3.2. *Protection of a Weak Party*

a) Rome I

Rome I limits party autonomy in consumer contracts, in contracts for the carriage of passengers, insurance contracts and individual employment contracts. The rules aim at protecting the consumer, the passenger, the insured party and the employee. Thus the consumer cannot be deprived of a protection afforded to him by the mandatory rules of the law of his habitual residence, and the employee of the protection afforded by the law of the country in which he habitually carries out his work. The consumer, however, is protected only if the professional pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country, and the contract falls within the scope of such activities.

Party autonomy is also limited in insurance contracts covering risks which are situated inside the territory of a EU Member State and which are not large risks. The parties are only allowed to choose among a limited number of laws.¹⁹

b) Russia and Japan

Art 1212 of the Russian Code offers a protection to the consumer and the employee similar to the one of Rome I.

Art 11(2) of the Japanese Act provides that the law of the consumer's habitual residence governs the consumer contract in the absence of a choice of law by the parties. Art 11(1) and (3)-(5) lay down that if the parties have chosen a different law, and the consumer indicates to the professional his or her wish that a particular mandatory rule of the law of his or her habitual residence shall apply, this rule will then apply. Under

18. This follows from the General Principles of Contract Law 1999, Art 4. A party is entitled to enter into a contract voluntarily under the law, and no entity or individual may unlawfully interfere with such right.

19. See Rome I, Art 7. The RC sets similar limits on party autonomy in consumer contracts and individual employment contracts. It does not apply to insurance contracts covering risks situated within the territory of the EU.

Art 11(6) this provision shall not apply when a consumer who is not invited by the professional comes to his or her country to conclude the contract there, or when the consumer receives the performance of all the obligations in the country where the professional has his or her place of business, or where the professional did not know and had reasonable grounds for not knowing the consumer's habitual residence, or when he or she mistook the other party for not being a consumer and had reasonable grounds for his mistake.

Similarly, Art 12 on labour contracts provides that if the parties have chosen a law different from the law of the country where the work is carried out and the employee indicates to the employer his or her intention that a particular mandatory rule shall apply, this rule shall apply to the contract's formation and effect.²⁰

In the opinion of the Japanese commentator *Nishitani* these rules do not protect the consumer and the employee sufficiently. They will usually not understand the complicated choice of law mechanisms and will not know the contents of the chosen law and the law of his or her habitual residence or the law of the place of work. True enough, in litigation the judge may inform the consumer or the employee of his or her rights. Whether this will make the professional abide by the mandatory provisions of the law of the consumer's habitual residence or the law of the place of work is doubtful.²¹ It is only when the parties litigate that there is a judge to inform the weak party, and in Japan parties very seldom go to court.

The limits imposed by public policy and the overriding mandatory provisions under the RC, Rome I, the Japanese Act and the Russian Code will be dealt with below in section 5.4.

c) China

Art 42 of the Chinese Law provides that absent a choice of law by the parties the law of the habitual residence of the consumer applies to consumer contracts. Art 43 lays down that employment contracts are governed by the law of the place where the employee habitually carries out his work. Neither of these provisions says directly that the consumer and the employee are protected by the mandatory rules of these laws. However, ac-

20. Where the work is not carried out at a particular place the relevant law is the law of the place of business through which the employee is engaged, see Art 12(2).

21. *Nishitani*, marginal note 76.

According to the commentaries, a Chinese person working in China is protected by the Chinese mandatory rules. This follows from Art 4 on Chinese mandatory provisions and Art 5 on Chinese public policy. It looks as if under Chinese law all mandatory provisions are overriding, but according to the interpretation of the Supreme Court what are meant are the international mandatory provisions. The Supreme Court lists the areas where this applies: The rules protecting employees, rules on product safety and those ensuring public health, rules on environmental protection, financial regulations, including currency restrictions, and rules on cartels and monopolies. The list is not exhaustive since as an additional area is mentioned, »other circumstances which make rules mandatory«. The list does not include consumer protection, but this may be such a circumstance.

3. Applicable Law in the Absence of a Choice of Law by the Parties

3.1. The RC

Art 4(1) of the RC and Art 117(1) of the Swiss Law provide that in the absence of a choice of law by the parties, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Under Art 4(2) of the RC and Art 117(2) of the Swiss Law it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country, where the party who is to effect the performance, which is characteristic of the contract, has its habitual residence and in case of business enterprise its seat.

Art 4(3) provides a special presumption in favour of the *lex rei sitae* for contracts relating to rights in immovable property or a right to use immovable property, and art 4(4) another presumption for the carriage of goods.²² Under Art 4(5), paragraph 2 shall not apply if the characteristic

22. Art 4(4) provides: »A contract for the carriage of goods shall not be subject to the presumption in paragraph 2. In such a contract if the country in which, at the time the contract is concluded, the carrier has his principal place of business is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that country. In applying this paragraph single voyage charter-parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods shall be treated as contracts for the carriage of goods.«

performance cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country. In addition, Art 6 provides presumptions for individual employment contracts. The only hard and fast rule is Art 5(3) on consumer contracts, which shall be governed by the law of the habitual residence of the consumer.

3.2. China

Art 41, 2nd sentence of the Chinese Law provides that:

»Absent any choice by the parties, the law of the habitual residence of a party whose performance of the obligation is most characteristic of the contract or the law that is most closely connected with the contract shall be applied.«

Just like Art 4(2) of the RC this rule establishes a presumption in favour of the law of the habitual residence of the party whose performance characterizes the contract as a sale of goods, service, insurance, license etc. However, where the contract is more closely connected with another country the law of that country applies. Art 41 does not indicate how strong the connection must be in order to topple the presumption. But according to the commentators the connection must be an *obviously closer connection*.²³

Arts 42 and 43 provide hard and fast rules for consumer and employment contracts.

Under Art 42, a consumer contract is governed by the law of the consumer's habitual residence. Where the consumer chooses the law of the place where the commodity or the service is provided, or where the business operator does not engage in any business activity in the country of the habitual residence of the consumer, the law of the place where the commodity or service is provided, shall be applied.

Art 43 provides that an employment contract is governed by the law of the place where the employee works. Where the working place of the employee cannot be ascertained, the law of the principal place of business of the employer shall be applied. Labour service placement may be governed by the law of the place where the service placement is arranged.

23. Pissler, 2014, who refers to the work of Huang/Jiang.

3.3. Rome I and Russia

In practice, the relationship in the RC between the presumptions and Art 4(5) caused uncertainty. Among the courts of the EU Member states the strength of the presumption in RC Art 4(2) and 6(2) varied. In the *BOA* case decided by the Dutch Supreme court, *Hoge Raad*, a Dutch seller sold a machine to a French buyer. The negotiations took place in France. The price was in French francs. The seller delivered and installed the machine in France. There was hardly any doubt that the contract was more closely connected with France than with the Netherlands. Therefore, one might have expected the *Hoge Raad* to subject the contract to French law under Art 4(5). However, the *Hoge Raad* held that the contract was governed by Dutch law under the presumption in Art 4(2). By doing this, *Hoge Raad* emphasized the need for predictability by turning the presumption into an almost hard and fast rule.²⁴ Some Continental courts and the Scottish courts also put greater weight to the presumptions than to flexibility.²⁵ In contrast, courts of other Member States, for instance France and Denmark,²⁶ held the presumptions to be weak and to be disregarded if *on balance* there was a *closer* connection to another State. In England, the tendency was to make the presumptions stronger, but not as strong as in the Dutch *BOA* case.²⁷

The drafters of Rome I, Arts 4-8 decided to provide firm presumptions. Under items (a) to (h) of Art 4(1) sale of goods and provision of services shall be governed by the law of the country where the seller and the service provider has its habitual residence. Franchise and distribution contracts are to be governed by the law of the country where the franchisee and the distributor has its habitual residence. Contracts relating to im-

24. *Société Nouvelle des Papeteries v. BV Machinenfabriek BOA*, reported in Netherlands International Law Review Vol XLII (1995), 259.

25. See *Caledonia Subsea Ltd v Micoperi Sri*, 2003 S.C.70 (the presumption is quite strong in Scotland).

26. See the Danish judgments reported in U 1996.937 H, U 2001.713 O and U 2002.1370 O.

27. On English case law; see Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws, 14th ed. London, 2006, 1582-89. In *Touring Ltd v Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH* [2001] 2 Lloyd's Rep. 455, the English court held the presumption in Article 4(2) to be very soft. In *Ennstone Building Products Ltd. v. Stanger Ltd.* [2002] 2 All England Reports (Commercial Cases) (C.A.), 479 at 489 it was held to be strong. On French case law, see P Lagarde, *Revue critique de droit international privé* 1991, p. 745.

movables are subject to the *lex rei sitae*, but a tenancy contract for temporary private use for a period of not more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has its habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his or her habitual residence in the same country. A contract for sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place, provided this can be determined. Finally, a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Art 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law. In simple terms, contracts concluded in an organized financial market, typically a stock exchange shall be governed by the law of that market.

Arts 5-8 lay down special rules on contracts of carriage, consumer contracts, insurance contracts and individual employment contracts.

Art 5(1) provides that carriage of goods shall be governed by the law of the country of the habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery as agreed by the parties is situated shall apply.

Under Art 5(2), carriage of passengers are governed by the law of the country where the passenger has his or her habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country. If these requirements are not met, the law of the country where the carrier has its habitual residence shall apply.

Art 6 provides a hard and fast rule for consumer contracts, which are to be governed by the law of the habitual residence of the consumer if the professional supplier carries out his or her activities or directs his or her activities to the consumer's country. This rule does not apply to services that are to be supplied to the consumer exclusively in country other than that in which he or she has his or her habitual residence. Nor does it apply to certain consumer contracts of carriage and contracts relating to rights *in rem* in immovable property or a tenancy of immovable property and certain other consumer contracts.

Art 7(2) on insurance contracts lays down that insurance contracts covering large risks²⁸ shall be governed by the law of the country where the insurer has its habitual residence. Art 7(1) provides that Rome I only applies to other insurance contracts when they cover risks situated within the territory of the Member states. Under Art 7(3) these contracts shall be governed by the law of the Member State in which the risk is situated.

Art 8(2) provides that an individual employment contract shall be governed by the law of the country in which, or failing that, from which the employee habitually carries out his or her work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he or she is temporarily employed in another country.

Art 8(3) lays down that where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.

Art 4(3), 5(5) and 7(3) provide that where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is *manifestly* more closely connected with a country other than that indicated in Arts 4(2), 5(1) and (2) and 7(2) and (3) the law of that other country shall apply (italics supplied). Art 8(4) provides that where it is clear from all the circumstances of the case that an employment contract is more closely connected with a country other than that indicated by the rules in Art 8(2) or (3) the law of that country shall apply.²⁹

28. A large risk as defined in Article 5(d) of the First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance OJ L 228, 16 August 1973, p. 3 as last amended by Directive 2005/68/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 323, 9 December 2005, p. 1.

29. In a preliminary ruling of 12 September 2013 in Case C-64/12 the ECJ has decided that Art 6(2) of the RC, which corresponds to Art 8(2) and (4) of Rome I, is to be interpreted to the effect that a deviation from the application of the law of the place of work is possible when most of the contacts of the case point to another country. Decisive contacts in this respect are the country in which the employee pays taxes and social insurance premiums and in which he or she takes part in the pension, healthcare and workmen's compensation system, provided that he or she consents in taking part in that other taxation and social security system, and that he or she does not have his or her habitual residence in the country in which he or she works.

In addition, Art 4(2) lays down that where the contract is not covered by the list provided in paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has its habitual residence. Art 4(4) provides that where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

As amended in 2013, Art 2011 of the Russian Code have replaced the weaker presumptions of the former Art 1211 by firmer presumptions. In the new Art 1211(2) it has retained the list of contracts where the law applicable is that of the country »where the residence or the principal place of activity of the party that conducts the performance having the decisive significance for the content - i.e. the characteristic performance - of the contract is located.«

Art 12(3) lays down that contracts for work and materials shall be governed by the law of the country of the site and Art 12(6), (7) and (8) that concession, franchise and license contracts shall be governed by the law of the country where the concession, franchise or license is to be used. Art 1211(9) provides an exception similar to that laid down in Rome I, Art 4(3).

3.4. Japan

Art 8 of the Japanese Act provides that:

- »(1) *In the absence of a choice of applicable law by the parties the formation and effect of a juristic act shall be governed by the law of the place with which the act is most closely connected at the time of the act.*
- (2) *For the purpose of the preceding paragraph, where only one party is to effect the characteristic performance of the juristic act, it shall be presumed that the juristic act is most closely connected with the law of his or her habitual residence (i.e. the law of his or her place of business where that place of business is related to the act, or the law of his or her principal place of business where he or she has two or more places of business related to the act and where those laws differ).*
- (3) *For the purpose of the first paragraph of this Article, where the subject matter of the juristic act is immovables, notwithstanding the preceding paragraph, it shall be presumed that the act is most closely connected with the law of the place where the immovables are situated.«*

The drafters did not provide rules for contracts where there is no characteristic performance such as a joint venture or barter. They did not de-

cide what a court should do when in such cases it is impossible to ascertain which is the place most closely connected with the transaction³⁰

4. Application of Non-State Law

4.1. By State Courts

4.1.1. *To replace the Otherwise applicable National Law*

In commercial transactions non-state law is often called the *lex mercatoria* and may consist of international usages, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law or other soft law instruments.

Both the RC and Rome I refer to the *law* applicable, and it is clear from the context that the drafters had state law in mind. The question whether the parties can choose a non-state body of law was not addressed in the RC. The prevailing view is that only state law is applicable, and only few authors have claimed that under RC a choice of non-state law is admissible in cases decided by state courts.

Paragraphs 13 of the preamble to Rome I provides that:

«... this Regulation does not preclude parties from incorporating by reference³¹ into their contract a non-State body of law of an international convention.»

Paragraph 14 provides that:

«... should the Community adopt, in an appropriate legal instrument, rules of substantive contract law, including standard terms and conditions, such instrument may provide that the parties may choose to apply those rules.»

Paragraphs 13 and 14 precludes implicitly parties from choosing as non-state law as the law governing the contract, but under Paragraph 14 the parties may choose an instrument similar to the Common European Sales

30. See Nishitani marginal no. 68.

31. This means that the contract is governed by the State law applicable, but that the parties replace the non-mandatory provisions of that law by the rules of the chosen law.

Law, which was proposed by the EU Commission in 2011,³² if that instrument had been adopted by the Community.³³

The Japanese statute does not explicitly mention the problem. Art 7 provides that the formation and effect of a juristic act shall be governed by *the law of the place chosen by the parties*, and the prevailing opinion among the commentators is that the choice of the *lex mercatoria* is not allowed.

4.1.2. *To supplement the Applicable National Law*

It is widely accepted that courts may supplement the rules of the applicable State law with rules of non-state law when a state law has no provision covering an issue to be decided.³⁴ This is expressly stated in § 5 of the Supreme Court's Interpretation of the Chinese Law, which provides that international customs may be applied to supplement Chinese law or the law of international conventions, which China has adopted when these instruments do not have provisions covering the issue to be decided. Such customs include trade terms and model laws. The commentators mention the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, and the Principles of European Contract Law.³⁵

4.2. By Arbitral Tribunals

It is widely accepted that the parties to an international commercial arbitration may authorise the arbitral tribunal to apply *lex mercatoria*; see for instance Art 28 (1) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, which states that the tribunal shall decide the dispute

32. Brussels, 11 October 2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD), Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law.

33. On 16 December 2014 the EU Commission presented its Work Program for 2015 to the European Parliament. The general theme was a thinning down of initiatives and a concentration on those most likely to succeed and to have a positive impact. But the existing proposal for a Common European Sales Law (CESL) was listed as item 60 in the Annex of withdrawn proposals, which is sad given all the work which has gone into it and the positive and liberating effect it could have for small businesses trying to trade online across Europe. The CESL Proposal has now been withdrawn.

34. See Unilex Preamble to the Unidroit Principles on their application as supplement to the applicable domestic law (Decided cases listed under 2.3).

35. Leibkiichler, 93.

in accordance with such *rules of law* as are chosen by the parties as applicable to the dispute. The UNCITRAL Model Law has been used as a basis for modern legislation in international arbitration in 100 States or jurisdictions, including England and Wales, Scotland, Germany, Belgium, Norway and Denmark.³⁶ In addition, the application of non-state law has been permitted in France. International arbitration institutes, such as the International Chamber of Commerce and the London Court of International Arbitration, allow parties to choose *lex mercatoria*,³⁷ Finally, UNCITRAL's Arbitration Rules, designed for ad hoc arbitration, also provide for application of *lex mercatoria*

5. Overriding Mandatory Provisions and Public Policy (Ordre Public)

5.1. The Term Overriding Mandatory Provision

Rome I applies the term overriding mandatory provisions and distinguishes them from the broader concept, the provisions of law that cannot be derogated from by agreement, dealt with in Art 3(3). They are defined in Rome I, Art 9(1) as:

»... provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.«

Article 1192 of the Russian Code on Application of Imperative Norms is placed in chapter 66 on the General Provisions and therefore applies to all issues covered by Division VI on private international law. The English translation of paragraph 1 reads as follows:

36. See the list of Model Law States on UNCITRAL's homepage www.uncitral.org.

37. See Art 17 of the International Chamber of Commerce Rules of Arbitration and Art 22(2) of the London Court of International Arbitration Rules of Procedure.

38. See Art 33(1) of the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, Resolution 31/98 adopted by the General Assembly on 15 December 1976, and Art 35(1) of the revised version (2010) of these Arbitration Rules.

»The rules of the present Division do not affect the operation of those imperative norms of the legislation of the Russian Federation that, in view of an indication in the imperative norms themselves or in view of their special significance, including for ensuring the rights and interests protected by a statute of participants in civil commerce, regulate the respective relations regardless of the applicable law.«

This wording is close to the definition of overriding mandatory provisions in Art 9(1) of Rome I.

Art 4 of the Chinese Law is also one of its General Provisions. The English translation reads:

»Where a mandatory provision of the law of the People's Republic of China (»PRC«) exists with respect to a foreign-related civil relation, that mandatory provision shall be applied directly.«

The provision does not explain what is meant by »a mandatory provision of the law with respect to a foreign-related civil relation.« According to the Guideline of the Supreme Court, it covers rules that ensure important state and social interests such as competition laws, exchange regulations, product safety, other rules protecting public health and protection of workers acts.³⁹

5.2. Overriding Mandatory Rules of the Law of the Forum

The RC Art 7(2) and Rome I Art 9(2) provide that nothing in the Convention and the Regulation shall restrict the application of overriding mandatory rules of the law of the forum. Art 4 of the Chinese Law and Art 1192(1) of the Russian Code cited above are provisions to the same effect.

5.3. Overriding Mandatory Rules of another Law

RC Art 7(1) provides:

»When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.«

39. Leibkühler 95. See also Pissler 2014, p. 11, who refers to Huang/Jing.

Art 1192(2) in the new version of the Russian Code is similar:

»In the application of the law of any country according to the rules of the present Division, the court may take into account the directly applicable imperative norms of the law of another country having a close contact with the relation, if according to the law of that country such norms must regulate the respective relations regardless of the applicable law. In this case, the court must consider the purpose and nature of such norms as well as the consequences of their application or non-application.«

The RC Art 7(1) was a controversial provision, so Art 22 made it possible for Member States to reserve the right not to apply it. Among the States, which made use of the reservation, were Germany and the United Kingdom. The legislators of these countries were afraid that the term *close connection* might cause uncertainty.

When Rome I was made as a Regulation, which excluded reservations, the new Art 9(3) got the following wording:

»Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.«

The Chinese Law has no provision on overriding mandatory provisions of another country. Chinese law does not seem to give effect to such norms.

The Japanese Act is silent on the issue. According to Nishitani, such norms of the forum nevertheless have priority *vis-a-vis* Arts 11 and 12.⁴⁰ The drafters would not exclude that a court could apply the overriding mandatory rules of another country.

5.4. Public Policy (Ordre Public)

Rome I art 21 and RC art 16 provide that the application of a provision of the law of any country specified by Rome I or the RC may only be refused if such application is manifestly incompatible with the *ordre public* of the forum.

40. See Nishitani, marginal nos 82 and 83.

It is the application of the foreign provision that is refused. That the *ordre public* is only to be invoked in exceptional cases is emphasized by the words *only* and *manifestly*.

The Japanese Act provides in Art 42:

»Where a case should be governed by a foreign law, but application of those provisions would contravene public policy (ordre public), those provisions shall not apply.«

The commentators point out that the *ordre public* is only to be applied when the case has a sufficiently close connection to Japan.⁴¹

The Russian Code art 1193 on *Public Policy Exception* is very similar to the EU instruments:

»A norm of foreign law applicable in accordance with the rules of the present Division in exceptional cases shall not be applied when the consequences of its application would manifestly contradict the bases of the legal order (public policy) of the Russian Federation. In such a case, if necessary, the respective norm of Russian law shall be applied.

A refusal to apply a norm of foreign law may not be based merely on the difference in the legal, political, or economic system of the respective foreign state from the legal, political, or economic system of the Russian Federation.«

Art 1193(2) calls for toleration of foreign laws that are carried by a different ideology.

Art 5 of the Chinese Law provides that where the application of a foreign law will be prejudicial to the social and public interest of the PRC, the PRC law shall be applied.

Under the Chinese Law and the Russian Code the law of the forum shall replace the foreign rule. They do not as do the RC and Rome I leave the question of the applicable law open, which may allow the court to modify the application of the foreign rule, for instance to reduce a usurious interest on a loan, in order to make the outcome palatable to the public policy of the forum.

6. Final Remarks

As is seen, the members of the »Rome I Club« rely on the elements of contract to decide the applicable law. Rome I provides a high degree of fore-

41. See Nishitani, marginal no. 28.

seeability for the parties as to which rules of law will govern the issue, but the applicable rule of law may sometimes make the court face a dilemma. If the rule leads to the law of a foreign country, which, in the mind of the judge, is inappropriate, he or she has to follow it. To disregard it is not allowed under the present system of Rome I.

Quite different is the approach adopted by the courts of most American states. Today the courts of most of these states consider both the relevant policies behind the rules of substantive law to determine their application in space and the contacts of the case. In considering the relevant policies they rely on various criteria such as whether the state of the forum has an interest in the issue, or whether another state has an interest, and which of the laws that in the mind of the judge supplies the better rule of law.⁴²

The resulting selective method may produce decisions, which render justice in the individual case, but it makes the decisions unpredictable. When making their contract, the parties cannot predict which issue in their contract will cause a dispute between them, and will not know the rule of law of which state the court will apply to that issue. For this reason some American scholars, and among them Professor Symeonides, prefer the European approach.⁴³

42. See Restatement, Second, Conflict of Laws § 6 and § 188 and 'Choice of Law in the American Courts in 2013: Twenty-Seventh Annual Survey' by Professor Symeon C. Symeonides in the American Journal of Comparative Law: Vol. 62 /2014. The Courts of about *Vi* of the States adopt the approach of the Restatement Second. The courts of only two states openly confess that they apply the better law.

43. See Symeonides, p. 169.

Principperne i konkurslovens § 137 uden for konkurs

- Hallo, er der nogen hjemme(1)?

Lektor Troels Michael Lilja

På baggrund af sagerne SKM 2008.293.BR, SKM 2012.391.BR og SKM 2013.538.ØLR undersøges det, i hvilket omfang principperne i KL § 137 kan finde anvendelse uden for konkurs. Der argumenteres for, at der er sådanne forskelle på konkurs og frivillig likvidation, at analogier må anvendes med den største forsigtighed. Det dokumenteres, at reglen i KL § 137 indførtes i dansk ret som en undtagelse, og at reglen derfor ikke kan anvendes uden for konkurs uden særlig hjemmel.

1. Baggrund

Baggrunden for denne artikel er, at Østre Landsret i en nyligt afsagt dom har fastslået, at principperne i konkurslovens § 137 kan finde anvendelse uden for konkurstilfælde, in casu i forbindelse med en frivillig likvidation. I samme sag tilsidesatte såvel byretten som landsretten en tidligere afsagt uanket dom vedrørende samme spørgsmål og med de samme parter.¹

1. Artiklen er skrevet som et led i forskningsprojektet »Retlige barrierer for filialer og kapitalselskaber - en komparativ analyse«, støttet af Det Frie Forskningsråd for Samfund og Erhverv.

2. Artiklens formål

Det primære formål med artiklen er at klarlægge, hvad hjemlen er til at anvende principperne i konkurslovens § 137 uden for konkurstillfælde samt at klarlægge, hvad der er den selskabsretlige hjemmel til at lade et en gang udloddet aktiv fra et selskab gå tilbage til selskabets likvidationsbo i forbindelse med genoptagelsen af et sådant. Herudover er det formålet at klarlægge retsstillingen, hvis afgørelsen SKM 2013.538.0LR er udtryk for gældende ret.

3. Det selskabsretlige grundlag

3.1. SKM 2008.293.BR

3.1.1. *Baggrunden for sagen*

Baggrunden for sagen var, at aktionærerne i et selskab, H2 A/S, forud for selskabets afsluttende generalforsamling fra selskabets likvidator havde modtaget en erklæring, hvoraf det fremgik, at de aktionærer, der ønskede at deltage i en eventuel udlodning af et eventualskattekrav, som selskabet havde, skulle give besked herom til likvidator. De skulle samtidig tilkendegive, at de var villige til at hensætte 10 % af deres likvidationsprovenu til omkostninger i forbindelse med videreførelsen af skattesagen. Det fremgik videre af erklæringen, at hvis den samlede hensættelse ikke nåede en størrelse af mindst 1 mio. kr., ville den indsendte erklæring bortfalde efter sit indhold. Det sidste fremgik imidlertid ikke af dagsordenen til generalforsamlingen, og af referatet fra generalforsamlingen fremgik det, at det blev vedtaget at udlodde eventualskattekravet til de aktionærer, der ønskede at videreføre sagen uden indsigelser, uagtet at den samlede hensættelse ikke nåede det mindstekrav, der var forudsat i erklæringen, idet dette dog ikke var kendt på tidspunktet for generalforsamlingens afholdelse.² Erklæringen var sendt til kapitalejerne sammen med indkaldelsen til generalforsamlingen og dennes dagsorden. Fristen for, hvornår aktionærerne senest kunne indsende erklæringen, lå efter generalforsamlingen. Alle aktionærer, der henvendte sig med ønske om at deltage i skattesagen under og efter generalforsamlingen, fik mulighed for på lige vilkår

2. Fristen for tilbagemelding vedr. blanketten lå efter generalforsamlingens afholdelse.

at gøre det, men det var ikke klart, om alle havde fået tilbuddet efter generalforsamlingen.

Landsskatteretten afslog at videreføre sagen vedrørende H2's eventuale skattekrav. Landsskatteretten mente ikke, at de aktionærer, der på baggrund af generalforsamlingsbeslutningen, valgte at videreføre sagen, var berettigede hertil, da eventuale skattekravet efter deres opfattelse ikke var udloddet til de pågældende.

3.1.2. Byrettens afgørelse

Byretten slog imidlertid i deldommen fra 21. januar 2008 fast, at:

»(...) Den omstændighed, at det 5 dage efter generalforsamlingen viste sig, at minimumsomkostningsbeløbet ikke var opfyldt, idet kun 15 aktionærer svarende til nom. 416.540 kr. havde tilkendegivet, at de ville indtræde i eventuale kravet, kan på det foreliggende grundlag ikke antages at betyde, at der ikke blev truffet beslutning om udlodning af eventuale kravet til de aktionærer, der ville finansiere sagens videre behandling. (...)«

Byretten lagde således til grund, at beslutningen om udlodning af eventuale skatteprovenuet var lovligt vedtaget, hvilket støttedes af at punktet på dagsordenen ikke indeholdt noget krav om en bestemt hensættelse samt af referatet, hvoraf det fremgik, at forslaget blev vedtaget uden indsigelser.

Byretten statuerede imidlertid videre:

»(...) Det bemærkes, at retten ikke ved denne dom har taget stilling til hvordan og til hvem et eventuelt skattetilbagebetalingskrav skal fordeles. (...)«

Dommen blev ikke anket,⁴ men da de aktionærer, der havde valgt at videreføre skattesagen, endte med at få ret til et beløb fra skattemyndighederne, opstod der tvist om, hvem skatteprovenuet skulle tilfalde, da skatte-

3. Selv om der på overfladen er ligheder mellem denne afgørelse og afgørelserne U 1987.23/3 H og U 2010.1964 H, er det nødvendigt at skelne imellem disse. De nævnte afgørelser vedrørte indtræden i anlagte retssager, som var anlagt af et konkursbo, mens SKM 2008.293.BR vedrører muligheden for at udlodde et eventuale krav fra et selskab, der er på vej til at likvidere, så sagen om eventuale kravet kan videreføres af dem, til hvem kravet er udloddet.
4. Det kan undre, at SKAT ikke ankede sagen til landsretten, når SKAT tydeligvis var utilfreds med sagens udfald, således at man siden nægtede at udbetale provenuet fra eventuale skattekravet, da behandlingen af skattesagen var overstået, til de parter, der i SKM 2008.293.BR fik rettens ord for, at de var berettigede til at føre sagen.

myndighederne ikke mente, at de med frigørende virkning kunne betale til de aktionærer, der havde videreført sagen om kravet.

3.2. SKM 2012.391.BR

3.2.1. *Til hvem er eventualkravet udloddet?*

Det er isoleret set interessant at betragte, at byretten i den første sag (deldommen) afstår fra at tage stilling til, hvordan og til hvem et eventuelt skattetilbagebetalingskrav skal fordeles, når det i afgørelsen omvendt klart fastslås, at der selskabsretligt er sket en udlodning af eventualkravet fra selskabet »(...) til de aktionærer, der ville finansiere sagens videre behandling. (...)«

Dette standpunkt kan imidlertid forsvares, al den stund der er tale om et eventualkrav, som af likvidator blev vurderet at have en værdi på 0 kr. I et sådant tilfælde er det ikke nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål, da der ikke konkret var noget, der skulle fordeles blandt de berettigede. De berettigede ønskede alene at få rettens ord for, at eventualskattekravet var udloddet, så de kunne forfølge eventualkravet, hvilket byretten gav dem med SKM 2008.293.BR.

3.2.2. *Uafklarede spørgsmål efter SKM 2008.293.BR*

Ud fra rettens begrundelse og resultat synes tvivlen alene at vedrøre to forhold: *For det første*, hvem af de tidligere aktionærer der ville videreføre sagen, idet disse i overensstemmelse med dagsorden og referat fra generalforsamlingen havde fået eventualkravet udloddet, og *for det andet*, om eventualprovenuet skulle fordeles efter sikkerhedsstillelse, efter størrelsen af aktionærernes tidligere kapitalandel eller på anden måde.

3.2.3. *Sagens genstand i SKM 2012.391.BR og SKM 2013.538.0LR*

At sagerne SKM 2012.391.BR og SKM 2013.538.0LR kom til at angå spørgsmålet, om provenuet kunne udbetales med frigørende virkning til de aktionærer, der havde ført sagen, er derfor noget overraskende, især fordi den nye byretsafgørelse når til det resultat, at:

»(...) det ikke på generalforsamlingen den 15. maj 2003 blev besluttet at overdrage kravet til eje til de aktionærer, der på trods af manglende opfyldelse af den betingelse, som var en forudsætning for generalforsamlingens beslutning, alligevel fik mulighed for at videreføre sagen mod skattevæsenet

5. Min kursivering.

Retten lægger endvidere vægt på, at der heller ikke på anden måde foreligger en klar overdragelse af kravet til de pågældende aktionærer. Det forhold, at advokat A og Hl ApS sammen med B derefter fortsatte skattesagen, findes således ikke i sig selv at kunne føre til, at disse de facto kan anses for at have fået overdraget retten til et eventuelt provenu, der måtte følge af en gennemførelse af kravet.»

3.2.4. Sagens overraskende resultat

Der er således tale om, at det resultat, som den ikke appellerede deldom (SKM 2008.293.BR) fra byretten nåede, tilsidesættes af en ny byretsafgørelse (SKM 2012.391.BR), til trods for, at den - bortset fra, at eventualkravet nu er blevet til et faktisk krav - hviler på det samme grundlag. Endnu mere overraskende forekommer det, at byretten i sin seneste afgørelse ikke anfører en retlig hjemmel for sit resultat, men alene på baggrund af »manglende fornøden klarhed« om, hvem eventualkravet (provenuet) er overdraget til, når det modsatte resultat. I denne sammenhæng er landsrettens afgørelse (SKM 2013.538.ØLR) mindre interessant, da den stadfæster byrettens dom af de af byretten anførte grunde - selv om det naturligvis altid metodisk er interessant, når en landsretsafgørelse savner en begrundelse, der baseres på retskilder.

3.3. Lovgrundlaget

3.3.2. Aktieselskabsloven

Afgørelserne vedrører forhold, der er sket før selskabslovens ikrafttræden, og lovgrundlaget var derfor aktieselskabsloven.⁶

Reglerne om udlodning fremgik af lovens kapitel 13 med overskriften »Udbytteuddeling, reservefonds mv.«, idet særligt §§ 109, 110 og 112 var relevante for sagens problemstilling. Det fremgår af den dagældende § 109, på hvilket grundlag uddeling af selskabets midler kunne ske, af § 110 hvad der kunne anvendes som udbytte, og af § 112 hvorledes beslutning om fordeling af overskudsbeløb kunne træffes.

Efter lovens § 109 måtte uddeling af selskabets midler til aktionærerne kun finde sted som udbytte på grundlag af den senest reviderede og godkendte årsrapport eller som udlodning i forbindelse med nedsættelse af aktiekapitalen eller overkursfonden eller i forbindelse med selskabets opløsning. Til udbytte kunne efter lovens § 110 alene anvendes beløb, som i selskabets senest godkendte årsrapport var opført som overført overskud og reserver med fradrag af eventuelle overførte underskud

6. Lovbekendtgørelse nr. 9 af 9. januar 2002.

med de modifikationer, der fremgik af bestemmelsens stk. 1, andet punktum.⁷ Udbyttet måtte ikke overstige, hvad der var forsvarligt under hensyn til selskabets og i moderselskaber koncernens økonomiske stilling.⁸

Det var - i lighed med efter den nugældende lovgivning⁹ - generalforsamlingen, der traf beslutning om overskudsdisponering, idet generalforsamlingen ikke måtte beslutte uddeling af et højere udbytte end foreslået eller tiltrådt af bestyrelsen.¹⁰

3.3.2. *Ingen hjemmel til betinget udlodning*

Indledningsvis skal det fastslås, at aktieselskabsloven ikke gav adgang til, at man kunne udlodde midler fra selskabet *betinget*, eller at man på generalforsamlingen kunne bemyndige f.eks. en likvidator til at gøre det.¹¹ Den i sagen opstillede betingelse om, at der skulle en vis mindste tilslutning fra aktionærerne til, for at sagen kunne føres, måtte derfor behandles på én af to måder. Enten måtte erklæringen betragtes som en nullitet,¹² eller også måtte den anses for at være en del af dagsordenen.

Hvis erklæringen (og hermed betingelsen) var at betragte som en nullitet, kunne det enten skyldes, at erklæringen ikke blev anset for at være en del af dagsordenen, eller at den ikke havde hjemmel hverken i aktieselskabsloven eller i selskabets vedtægter. I begge tilfælde med den virkning, at udlodningen var vedtaget til de aktionærer, der ville føre sagen videre for egen regning og risiko.

Hvis erklæringen (og hermed betingelsen) var at betragte som en del af dagsordenen, ville dagsordenspunktet ikke lovligt kunne vedtages, da der ikke i aktieselskabsloven var hjemmel til at vedtage en betinget ud-

7. Fond for overkurs ved emission, fond for amortiserede aktier, reserve for egne aktier, reserve for opskrivning efter indre værdis metode, øvrige opskrivnings- og opreguleringsreserver samt reserver, der var bundne i henhold til vedtægterne, kunne således ikke anvendes.

8. Jf. lovens § 110, stk. 2.

9. Jf. selskabslovens § 180, stk. 1.

10. Jf. lovens § 112.

11. Se hertil Lars Bunch, Ida Rosenberg og Lone Sneholt, A/S-loven med kommentarer, 7. udg. 2007, s. 552, der om ASL § 112,1. punktum anfører: »Det er alene generalforsamlingen, der kan træffe beslutning om fastsættelse af det ordinære udbytte.«

12. Jf. princippet i aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 1.

lodning, jf. ASL § 112 e.c.,¹³ medmindre der i selskabets vedtægter specifikt var indsat en sådan hjemmel (hvad der efter det oplyste ikke var). I så fald måtte beslutningen om udlodning anses for en nullitet.

3.3.3. *Genemforsamlingsbeslutningen i lyset af deldommen*

Når byretten i deldommen endte ud med det resultat, at der var sket udlodning på trods af, at mindstetilslutningen ikke blev opnået, må årsagen hertil nødvendigvis være, at byretten *enten* ikke betragtede erklæringen som en del af dagsordenen, *eller* at den betragtede den som stridende mod aktieselskabslovens regler om udlodninger. Dette støttes af, at mindstetilslutningen ikke fremgik af hverken dagsordenen eller generalforsamlingsreferatet, hvoraf det fremgik, at udlodningen af eventualskattekravet blev vedtaget til de aktionærer, der ville videreføre sagen.¹⁴

3.3.4. *Udlodning forfalder ved vedtagelsen*

For så vidt angår tidspunktet for overdragelsen af ejendomsretten i forbindelse med udlodning i henhold til ASL § 110, gjaldt der det udgangspunkt, at det vedtagne udbytte forfaldt til betaling på det tidspunkt, hvor generalforsamlingen vedtog udlodningen, medmindre andet fremgik af selskabets vedtægter.” Overført til denne sag, betyder det, at de aktionærer, der ønskede at videreføre skattesagen, fik overdraget ejendomsretten til det eventuelle provenu ved beslutningen om udlodning på generalforsamlingen den 15. maj 2003.¹⁵ⁱ

Om udlodningsbeslutningen statuerede Østre Landsret i SKM 2013.

538.0LR:

»Det omtvistede krav angår overskydende skat vedrørende GI A/S' aktiviteter i 1999. Landsretten finder, at dette krav derfor som udgangspunkt må gøres gældende af selskabet eller til fordel

13. Og tilsvarende Lars Bunch, Ida Rosenberg og Lone Sneholt, A/S-loven med kommentarer, 7. udg. 2007, s. 552.
14. Jf. SKM 2008.293BR, afsnittet »Parternes synspunkter«.
15. Jf. Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber, 2. udg. 2007, s. 608, Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2, 2. udg. 2007, s. 250 f. Der findes ikke i dansk selskabsret en lovfæstet regel (hverken i aktieselskabsloven eller selskabsloven), der svarer til den svenske ABL 18 kap. 13§, hvorefter udbyttets betaling fastsættes af generalforsamlingen eller bestyrelsen ved bemyndigelse fra generalforsamlingen.
16. Dette støttes af likvidationsregnskabet for H2 A/S, idet eventualskattekravet ikke var anført som et aktiv i balancen.

for likvidationsboet, således at provenuet af skattekravet tilfalder boet, jf. også princippet i konkurslovens §137. Landsretten finder ikke grundlag for at fravige dette udgangspunkt. Landsretten har således af de grunde, der er anført af byretten, lagt til grund, at der ikke skete udlodning af skattekravet i overensstemmelse med generalforsamlingens beslutning den 15. maj 2003, idet betingelsen om sikkerhedsstillelse for sagsomkostninger ikke blev opfyldt.»¹⁷

4. De tre problemer ved landsrettens resultat

På det overordnede niveau rummer landsrettens resultat¹⁹ og begrundelse tre meget interessante problemstillinger: Ét om legalitet, ét om selskabsret og ét om konkursret.

For det første giver resultatet anledning til et spørgsmål om legalitet, for når byretten i dom af 21. januar 2008¹⁹ har slået fast, at der er sket udlodning, er det svært at se, hvor byretten og siden landsretten finder hjemlen til at tilsidesætte en retskraftig uanket dom.²⁰ Havde SKAT²¹ været utilfreds med byrettens afgørelse, der fastslog, at eventualskattekravet var udloddet, kunne SKAT have anket dommen. Det skete ikke. Dermed skulle såvel SKAT som de to instanser i den seneste afgørelse være forpligtet af den retskraftige dom, og byretten og landsretten burde derfor alene have taget stilling til, hvem kravet var udloddet til, så det kunne afgøres, hvem SKAT skulle udbetale det tilgodehavende skattekrav til. I stedet valgte byretten og siden landsretten at statuere, at der ikke var sket udlodning(!)

For det andet giver begrundelsen anledning til at drøfte, om der i selskabslovgivningen er hjemmel til, at et én gang udloddet aktiv senere kan kræves tilbage til selskabet. Da byretten og landsretten i de seneste afgørelser slår fast, at eventualkravet slet ikke er udloddet, er det i denne sammenhæng af mindre praktisk betydning, og det skal derfor blot nævnes, at tilbagebetaling af beløb udbetalt i strid med loven i et vist omfang kunne ske efter ASL § 113. Bestemmelsen er videreført i selskabslovens

17. Min fremhævnning.

18. Landsretten stadfæster i dommen byrettens afgørelse.

19. SKM2008.293.BR.

20. Se om ankefristen i retsplejelovens § 372, stk. 2, og virkningerne af overskridelse i retsplejelovens § 369, stk. 3.

21. SKAT var sagsøgte i SKM 2008.293BR.

§ 194.²² Udlodning af eventualskattekravet var imidlertid gennemført efter lovens forskrifter, hvorfor tilbagebetaling ikke var relevant i den pågældende sag.

Der var ikke i aktieselskabsloven hjemmel til udlodning af andet end det i § 110 oplyste. Udloeding kunne derfor alene ske til eje, og kunne som nævnt ikke gøres betinget.

For det tredje giver afgørelsens påpegede hjemmel »princippet i konkurslovens § 137« anledning til selvstændige overvejelser, som vil blive genstand for behandling i afsnit 5 straks nedenfor.

5. Det konkursretlige grundlag - konkurslovens § 137

I afgørelsen SKM 2013.538.0LR anfører landsretten om skattekravet, at det:

»(...) som udgangspunkt må gøres gældende af selskabet eller til fordel for likvidationsboet, således at provenuet af skattekravet tilfalder boet, jf. også princippet i konkurslovens § 137«.

Isoleret set er det naturligvis korrekt, at den skatteyder, der har betalt for meget i skat, er den, der som udgangspunkt kan gøre kravet gældende. Henset til byrettens afgørelse i deldommen, hvor det fastslås, at eventualskattekravet er udloddet, må det imidlertid påpeges, at en skatteyder er i sin gode ret til at transportere en fordring - eller en eventalfordring - til en tredjemand, in casu til de aktionærer, der ville videreføre skattesagen for egen regning og risiko,²³ således som det blev fastslået i den første byretsdom.²⁴

Herudover er der grund til at påpege, at den af landsretten anførte hjemmel »princippet i konkurslovens § 137«, savner legalitet. Når man i sin tid valgte at indføre KL § 137, skyldtes det således, at en hjemmel til at

22. Bestemmelsen implementerer art. 16 i 2. selskabsdirektiv (direktiv 77/91) fsva. aktieselskaberne. Direktivet er nu erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/30/EU, hvor art. 16 uændret er videreført som art. 18.

23. Jf. Nis Jul Clausen og Camilla Hørby Jensen, Sikkerhed i fordringer, 7. udg. 2014, s. 13 f.

24. Jf. SKM 2008.293BR.

føre sager for egen regning på boets vegne savnedes i dansk ret.²⁵ Dette følger direkte af betænkning 606/1971, hvor det om den foreslåede § 132 (der endte med at blive vedtaget som § 137) anføres:

»Efter konkurslovens § 95 kan enhver fordringshaver anke en skifteretskendelse eller dom ved hvilken boet vil lade det bero. Derimod kan den enkelte kreditor ikke anlægge sag på boets vegne i første instans.«²⁶

Når »princippet i KL § 137« således afviger fra det i dansk ret gældende udgangspunkt, er der i realiteten tale om, at landsretten tilsidesætter dette på ulovreguleret grundlag, under henvisning til et princip, der specifikt er indført i den konkursretlige lovgivning for at afvige herfra.

Generelt må man udvise forsigtighed med at anvende konkursretlige principper uden for konkurs, og i dette tilfælde synes den fornødne forsigtighed at have manglet hos landsretten.

I øvrigt kan det tilføjes, at konkurslovens § 137 kun gælder, når det er nødvendigt at anlægge en retssag, jf. KL §§ 81 og 135,²⁷ og således f.eks. ikke gælder, hvis det drejer sig om administrativ rekurs - herunder indbringelse af en sag for Landsskatteretten.

6. Konkurs kontra frivillig likvidation

6.1. Grundlæggende forskelle

Der er grundlæggende forskelle på konkurs og frivillig likvidation. I konkurssituationen er kapitalselskabet insolvent, således som det defineres i konkurslovens § 17, stk. 2, og når selskabet ikke er i stand til at betale sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, har man med konkurslovgivningen givet kreditorerne et redskab til at inddrive en del af deres tilgo-

25. Stort set tilsvarende har man gjort i Norge, jf. konkurslovens (Lov av 8. juni 1984 om gjeldsforhandling og konkurs) § 118 og uddybende herom hos Mads Henry Andenæs, Konkurs, 3. udg. 2009, s. 43.

26. Dette støttes tillige af Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, Konkursloven med kommentarer, 12. udg. 2013, s. 839, der anfører: »(...) Efter tidligere ret blev det antaget, at den enkelte kreditor ikke kunne anlægge sag. (...)«. Derimod følger det af dommene U 1933.1031 og U 1942.472, at en arving kunne søge sin andel inddrevet, selv om dødsboet havde valgt at afstå fra at inddrive en fordring.

27. Jf. Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, Konkursloven med kommentarer, 12. udg. 2013, s. 841.

dehavende ud fra en grundlæggende tanke om, at hele skyldnerens formue skal inddrives, og at formuen fordeles ligeligt blandt samtlige kreditorer.²⁸

Ud over at sikre en i udgangspunktet ligelig fordeling mellem kreditorerne efter reglerne i konkursordenen, er det også formålet med konkursreglerne på et givet tidspunkt at fratage skyldner råderetten over sine aktiver,²⁹ således at disse aktiver kan komme kreditorerne til gode.³⁰ Formålet med konkursreglerne er således ikke i udgangspunktet at gøre tingene gunstige for skyldneren, men at sikre en ligelig fordeling af de ubehæftede aktiver blandt skyldnerens kreditorer.³¹ I reglerne er der indbygget et element af tvang over for skyldneren, ligesom der i øvrigt er over de kreditorer, der ikke har indgivet konkursbegæringen.

I modsætning hertil står en frivillig likvidation af et kapitalselskab. Formålet med en frivillig likvidation er, at selskabets aktiver omsættes til likvider på den for kapitalejerne gunstigste måde, således at eventuelle kreditorer betales ud,³² og at det resterende provenu fordeles ligeligt mellem kapitalejerne efter disses kapitalandele. Udgangspunktet frivillighed ligger eksplicit i betegnelsen »frivillig likvidation«, og det er op til den enkelte kapitalejer, om man ønsker at stemme for eller imod en frivillig likvidation. Ofte vil et forslag om (frivillig) likvidation blive stillet, hvis et aktieselskab har opfyldt sit vedtægtsbestemte formål.³³ En frivillig likvidation kræver, at mindst 2/3 af kapitalejerne stemmer for,³⁴ før selskabet kan træde i likvidation,³⁵ og selv om der potentielt kan være op til lige under 1 /3 af kapitalejerne, der ikke har ønsket at likvidere selskabet, er den »tvang«, der ligger heri, af en ganske anden karakter end den i konkurs beskrevne.

28. Jf. Jens Paulsen, *Insolvensret - Konkurs*, 1. udg. 2010, s. 313.

29. Jf. Jens Paulsen, *Insolvensret - Konkurs*, 1. udg. 2010, s. 301.

30. Jf. Henrik Zahle, *Konkurs uden aktiver? Om behandling af konkursbegæringer, der ikke har til formål at åbne en universal forfølgning*, U 1979 B 117, s. 117, og Jens Paulsen, *Insolvensret - Konkurs*, 1. udg. 2010, s. 301.

31. Se hertil allerede Udkast til Lov om Gældsordning, 1941, s. 225.

32. Paul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret*, 12. udg. 2013, s. 580.

33. Jf. Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk Selskabsret* 2, 4. udg. 2014, s. 704.

34. Eller den højere andel, som vedtægterne foreskriver.

35. Jf. selskabslovens § 217, stk. 2, og tilsvarende efter aktieselskabslovens regler, jf. dennes § 116, stk. 2.

I konkurssituationen ligger tvangselementet for skyldneren i, at man fratager denne råderetten over hans aktiver, fordi skyldneren har forvaltet sin formue på en måde, så han ikke har kunnet betale sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder.³⁶

For kreditorerne ligger tvangen i konkurs i, at de underlægges kura-tors skøn over, om et muligt krav er værd at forfølge eller ej. Henset til, at kreditorerne står til at miste penge, har man fra lovgivers side vurderet, at de enkelte fordringshavere bør have en mulighed for at forfølge sådanne krav for egen regning og risiko. Da det er konkurslovens formål at sikre en ligelig fordeling af boets aktiver, har lovgiver imidlertid kombineret muligheden for at føre sag for egen regning og risiko med en betingelse om, at provenuet skal tilgå boet - ikke den enkelte kreditor.³⁷

Fordringshaverne har ikke mulighed for at vælge en minoritetskura-tor, men fordringshavernes interesser tilgodeses gennem muligheden for at nedsætte et kreditorudvalg,³⁸ hvis 1/3 af de kendte, repræsenterede, stemmeberettigede fordringshavere, enten efter antal eller efter fordrin-gernes beløb, kræver det på skiftesamlingen.³⁹

I likvidationssituationen drejer tvangen sig for selskabsdeltagerne om, at de har valgt at investere i en virksomhed, der er organiseret efter et lovreguleret grundlag, som de kendte på forhånd, og hvor de som mino-ritetsaktionærer burde være bekendt med, at en majoritet på 2/3⁴⁰ på et hvilket som helst fremtidigt tidspunkt ville kunne stemme en frivillig li-kvidation igennem. Som en minoritetsbeskyttelsesregel kan aktionærer, der råder over 1 /4 af selskabskapitalen, vælge en likvidator, der skal vir-ke sammen med den/de øvrige likvidatorer.⁴¹ Øvrigt er aktionærerne be-skyttet af selskabslovens minoritetsbeskyttelsesregler,⁴² der finder anven-

36. Jf. konkurslovens § 17. Se detaljeret om insolvensbegrebet hos Anders Ørgaard, Konkursret, 11. udg. 2014, s. 31 ff.

37. I henhold til konkurslovens § 137 skal boet dog erstatte fordringshaverens rimelige omkostninger, i det omfang boets masse forøges som følge af den førte sag, så i rea-liteten tilføres boet nettoprovenuet. Tanken er, at fordringshaver og boet stilles som om, boet selv havde ført sagen.

38. Jf. konkurslovens § 115, stk. 1.

39. Jf. konkurslovens § 108.

40. Eller den højere andel, som vedtægterne måtte tilsige, jf. selskabslovens § 217, stk. 2, svarende til aktieselskabslovens § 116, stk. 2.

41. Jf. selskabslovens § 218, stk. 2, svarende til aktieselskabslovens § 120, stk. 2.

42. Særligt selskabslovens §§ 45, 108 og 127, svarende til aktieselskabslovens §§ 17, 80 og 63.

delse, længere end til likvidationen er afsluttet, idet minoritetsbeskyttelsen først bortfalder, når fristen for sagsanlæg udløber.

I modsætning til i konkurssituationen har lovgiver ikke fundet, at der var grund til at tilsidesætte det almindelige udgangspunkt om, at en kaptalejer ikke kan anlægge sag på likvidationsboets vegne. Skal en likvidation derfor endeligt afsluttes, må alle eventualkrav være udloddet, forinden det kan ske.⁴³

6.2. Historik - insolvent likvidation af aktieselskaber

Selv om det i en periode var muligt at gennemføre likvidation af aktieselskaber, selv om de var insolvente,⁴⁴ medførte det ikke en hjemmel til at blande regelgrundlagene sammen, men det gav mulighed for, at der sideløbende eksisterede to forskellige muligheder at afvikle et insolvent aktieselskab på. Hjemlen til at likvidere insolvente aktieselskaber fjernedes med Lov nr. 299/1977 § 13 (følgelovgivning til konkursreformen).⁴⁵ Begrundelsen for ophævelsen var, at det som følge af ændringerne i konkursloven var »(...) irrationelt at opretholde to forskellige former for lovreguleret opløsning af aktieselskaber på grund af insolvens«. ⁴⁶

Det må dog klart fastslås, at det faktum, at likvidationsreglement tidligere i tillempt form har kunnet anvendes på insolvente aktieselskaber, imidlertid ikke giver hjemmel til, at insolvensreglerne - in casu KL § 137 eller bestemmelsens principper - kan finde anvendelse på et aktieselskab i likvidation.

6.3. Forskellenes betydning for den konkrete sag

6.3.1. Sagens faktiske omstændigheder

I den afgjorte sag var selskabet ifølge det oplyste i en situation, hvor det endnu ikke var likvideret, da det på generalforsamlingen blev vedtaget at udlodde eventualprovenuet fra skattesagen. Der var med andre ord tale om en situation, hvor selskabet stadig havde fuld rådighed over sine ak-

43. I den nævnte sag synes det netop at være denne ret, aktionærerne har benyttet sig af på generalforsamlingen den 15. maj 2003.

44. Se uddybende herom hos Gunnar Gerstad, Likvidation af insolvente aktieselskaber - en håndbog, 1. udg. 1959 og hos Bernhard Gomard, Aktieselskabers likvidation og konkurs, 1. udg. 1975.

45. Ved lovforslag af 3. marts 1977, trykt i FT 1976-77 tillæg A, sp. 438-464 (særligt sp. 441-445).

46. Jf. FT 1976-77, tillæg A, sp. 459.

tiver, og hvor kapitalejerne på en generalforsamling kunne disponere over aktiverne i henhold til selskabslovgivningen, da der var frie reserver at disponere over.

Et af de eventualaktiver, som selskabet H2 A/S rådede over, var eventualskattekravet, som selskabets revisor og likvidator havde værdiansat til 0. Af domsreferatet fremgår det, at likvidator havde orienteret aktionærerne om, at hvis en skattesag skulle vindes, skulle den formentlig for landsretten, og at dette ville medføre en retsafgift på 600.000 kr.

Aktionærerne var således bevidste om, at hvis en sag skulle vindes, skulle der formentlig »investeres« en del penge for senere at få et merudbytte. På generalforsamlingen den 15. maj 2003 blev det uden indsigelser vedtaget, at de aktionærer, der måtte ønske at videreføre skattesagen, ville få sagen udlagt til sig. Om erklæringens indhold for de enkelte aktionærer har været en del af forslaget eller ej, er efter min opfattelse af meget begrænset betydning/⁴⁷

6.3.2. *Aktionærernes viden og handlemåde*

Hvis en aktionær beslutter sig for at stemme for en udlodning af eventualskattekravet for herefter ikke selv at ønske at forfølge det, har vedkommende accepteret, at vedkommende stilles, som om sagen aldrig var blevet ført.

Hvis en aktionær beslutter sig for at stemme for en udlodning af eventualskattekravet for herefter at meddele, at vedkommende selv ønsker at forfølge kravet, har vedkommende omvendt accepteret, at prisen for at få eventualskattekravet udlagt er, at vedkommende hæfter for de omkostninger, der måtte påløbe til førelsen af sagen.

Efter det i sagen oplyste var en del aktionærer meget interesserede i at få lukket selskabet, så de kunne få deres penge, mens andre var mindre ivrige, da de så et reelt aktiv i eventualskattekravet, som de gerne ville forfølge, uanset at det ville udskyde likvidationstidspunktet. Af domsreferatet fremgår det ikke, hvor store likvider der var tale om, og ej heller specifikt hvor stor en andel af selskabskapitalen de sagsøgende besad, om end det oplyses, at aktionærerne repræsenterede en nominel selskabska-

47. Se således ovenfor i afsnit 3.3.2.

pital på 416.540 kr.⁴⁸ det følgende vil jeg alligevel komme med et eksempel på, hvordan afviklingen af selskabet også kunne have set ud.

6.3.3. *Alternativet til likvidation*

I stedet for at likvidere selskabet kunne man have gennemført en kapitalnedsættelse, hvor samtlige de aktionærer, der ikke ønskede at forfølge skattekravet, kunne have fået indløst deres aktier til indre værdi. Da alt andet end eventualskattekravet ifølge domsreferatet var likvider, ville dette fuldt og helt svare til, at de pågældende ville have fået udbetalt penge, svarende til det likvidationsprovenu, hver enkelt reelt fik. De tilbageværende aktionærer kunne herefter have gennemført skattesagen. I denne situation ville de aktionærer, der var villige til at løbe risikoen, få hele gevinsten af skattesagen og kunne herefter have likvideret selskabet, hvis det var det, de ønskede.

Resultatet er noget anderledes end resultatet i SKM 2013.538.0LR, men spørgsmålet er, hvad der er hjemlen til resultatet i den nævnte afgørelse.

7. Konklusion og perspektivering

7.1. Er der hjemmel til resultatet?

Efter indførelsen af selskabsloven er aktieselskabslovens regler i §§ 109-112 godt nok blevet erstattet af nye bestemmelser,⁴⁹ men der er fortsat ikke hjemmel til, at man betinget kan udlodde aktiver fra et aktieselskab, således at en generalforsamlingsbeslutning skal afvente en senere begivenhed, for at man ved, om udlodningen skal gennemføres eller ej, hverken på en almindelig generalforsamling eller i forbindelse med en likvidation.⁵⁰

48. Derfor er det muligt, at selskabet ikke ville have levet op til kapitalkravet i aktieselskabsloven efter gennemførelsen af det tænkte eksempel. Eksemplet er dog lavet for at illustrere, at det er normen, at den, der foretager en investering/løber en risiko, også er den, der får gevinsten - eller tabet, medmindre man specifikt i lovgivningen har indsat regler, der siger noget andet (som tilfældet er i KL § 137).

49. Selskabslovens §§ 179-184.

50. Efter selskabsloven kan generalforsamlingen dog bemyndige det centrale ledelsesorgan til at udlodde ekstraordinært udbytte, når første årsrapport er aflagt, jf. lovens § 182, stk. 2, men i aktieselskaber er det ikke muligt at delegere kompetencen til at gennemføre en kapitalnedsættelse til det centrale ledelsesorgan, jf. selskabslovens § 187, stk. 1 e.c.

En sådan hjemmel er imidlertid heller ikke ønskelig, for uanset om et udloddet aktiv skønnes at have en værdi på 0 eller en højere værdi, er det afgørende for selskabet, aktionærerne og for tredjemand at kunne gøre sig bekendt med, hvilke aktiver der er i selskabet. Dette princip følger af 1. og 4. selskabsdirektiv (offentlighedsdirektivet⁵¹ og regnskabsdirektivet⁵²), som naturligvis skal efterleves i dansk ret.

7.2. Konsekvenser af SKM 2013.538.0LR

Indledningsvis skal det fastslås, at reglerne om udlodning og relaterede regler vedrørende dagsorden og generalforsamling i alt væsentligt er videreført uændret i selskabsloven. Det må betyde, at det resultat, som Østre Landsret nåede frem til i forhold til aktieselskabsloven, må kunne anvendes i samme omfang på tilsvarende situationer efter selskabsloven.

Hvis afgørelsen trykt i SKM 2013.538.0LR skal være udtryk for et præjudikat, må det herefter være muligt at vedtage en udlodning betinget på generalforsamlingen, for herefter at afvente, om den opstillede betingelse senere bliver opfyldt.

7.3. Konklusion

Selv om dette utvivlsomt må blive gældende ret, hvis afgørelsen skal lægges til grund, er det særdeles vanskeligt at få øje på hjemlen til resultatet, som hverken har støtte i aktieselskabsloven, konkursloven eller disses forarbejder, der omvendt taler for det modsatte resultat. Da der heller ikke i selskabsloven eller i de bagvedliggende direktiver er hjemmel til, at noget sådant skal gælde fremadrettet, kan afgørelsens konklusioner næppe antages at være udtryk for gældende ret.

Det må derfor konkluderes, at konkurslovens § 137 alene kan finde anvendelse i konkurs, og at principperne i bestemmelsen *ikke uden særlig hjemmel* kan finde anvendelse uden for konkurslovens anvendelsesområde. Dette resultat svarer i øvrigt til, hvad der har været gældende ret i det mindste siden 1971.⁵³

51. Jf. nu direktiv 2009/101 /EF, særligt artikel 2, litra f.

52. Jf. nu direktiv 2013/34/EU, der samler det tidligere 4. og 7. direktiv.

53. Jf. betænkning 606/1971, særlige bemærkninger til den foreslåede KL § 132, der blev vedtaget i uændret form som § 137.

Separation af pant i konkurs

Lektor Patrik Lindskoug

En håndpanthaver kan i tilfælde af pantsætterens konkurs som separatist selv søge sig fyldestgjort i det pantsatte aktiv. Underpanthavere må derimod i løbet af de første seks måneder efter konkursdekretets afsigelse afvente konkursboets medvirken ved realisation af pantet. Nedenfor præsenteres reglerne i dansk ret, hvorefter de sammenlignes med et svensk lovforslag, der ikke skelner mellem de to typer af panthavere.

1. Indledning

En panthaver gives gennem pantet mulighed for at sikre opfyldelsen af en forpligtelse, såfremt denne ikke indfries rettidigt. Desuden giver pantet beskyttelse mod pantsætterens øvrige kreditorer, og ikke mindst denne tingsretlige fordel er en af grundene til, at pant er en af de mest foretrukne sikkerheder ved kreditgivning. Som fænomen har pant en lang historie i dansk ret og forekom i forskellige former allerede i 1200-tallet. I tidens Løb har pant som sikkerhed gennemgået en udvikling, der har ført frem til, at vi i dag opdeler pantsætning i to hovedgrupper: Håndpant og underpant. Den primære forskel mellem de to er, at de sikringsakter, der kræves for en gyldig pantsætning, adskiller sig fra hinanden. Ved håndpant kræves overgivelse af det pantsatte aktiv til panthaveren, såkaldt *traditio*, således at pantsætteren ikke længere har rådighed over dette aktiv. I tilfælde af underpant beholder pantsætteren det pantsatte aktiv i sin besiddelse, og tinglysning af det pantsatte er det moment, der udgør sikringsakten.

Ud over de forskellige former for sikringsakter fremtræder uligheden mellem de to grupper af pantsætning blandt andet ved insolvensbehandling hos pantsætteren. Håndpanthaveren kan - i tilfælde af pantsætters konkurs - som separatist søge sig fyldestgjort i det pågældende pantsatte aktiv, jf. konkurslovens (KL) § 91. Underpanthaveren er derimod ikke separatist, og for dennes rettigheder gælder, at tvangsauktion over det

pantsatte alene kan foretages efter begæring af boet eller med dettes samtykke, jf. KL § 85.

I lyset af et nyt svensk lovforslag, der modsat dansk ret ligestiller (visse former for) underpanteret med håndpanteret, skal de beskrevne discrepanser mellem de forskellige pantformer undersøges nærmere i det følgende. Hvorfor har man i Danmark valgt ikke at behandle alle panthaverens ens, og hvorfor har man i Sverige foreslået, at de skal behandles ens?

2. Pantformerne

2.1. Håndpant

Den ældste form for pant i dansk ret er håndpant, hvorved det pantsatte aktiv kommer panthaveren i hænde, således at pantsætteren ikke kan råde over aktivet. Rådighedsberøvelsen, der er den centrale omstændighed ved håndpant, kan dog også ske ved nøglepant, hvorved pantet afskærmes fra pantsætteren i et lokale, hvortil pantsætteren er forment adgang uden panthaverens medvirken. Endvidere kan pantsætters rådighed over pantet gå tabt ved, at tredjemand opbevarer pantet på panthaverens vegne. Uanset form skal rådighedsberøvelsen opretholdes i hele pantsætningsperioden for, at panthaveren skal være sikret. Håndpant sætning af løsøre ses dog efterhånden sjældent, hvilket der er flere grunde til. Dels kan pantsætteren have brug for at kunne benytte det pantsatte i sin virksomhed (det kan handle om maskiner, redskaber etc.), dels medfører en håndpant sætning, at panthaveren skal have det pantsatte i sin varetægt, og dermed også et vist ansvar for dette formuegode.¹

2.2. Underpant

Underpant blev indført i dansk ret allerede i løbet af 1500- og 1600-tallet - til dels under romerretlig påvirkning - og baseres i grunden også på et princip om, at pantsætters adgang til at råde over det pantsatte aktiv begrænses. Selve sikringsakten tinglysning, der sker i henhold til tinglysningsloven (TL), er en offentlig registrering og offentliggørelse af rettigheder over fast ejendom, andelsboliger, biler mv., løsøre og ægtepagter. Til trods for at pantsætteren i tilfælde af underpant sætning beholder det pantsatte i sin besiddelse, medfører den publicitet, der følger af ting-

1. Jf. Bent Iversen et. al., *Panteret*, 5. udg. 2012, s. 347 f., og 449 f. Se også Anders Ørsgaard, *Sikkerhed i løsøre*, 8. udg. 2013, s. 27.

lysning, at pantsætterens øvrige kreditorer bliver varslet om, at de pantsatte aktiver ikke indgår i pantsætterens kreditgrundlag.

Afhængig af hvilken form for ejendom der skal underpantsættes, sker tinglysningen i én af fire bøger. I *tingbogen over fast ejendom* tinglyses rettigheder, inklusive kreditorrettigheder i form af pant og udlæg mv., over fast ejendom. I *andelsbolighbogen* tinglyses tilsvarende rettigheder i andelsboliger. Rettigheder i løsøre tinglyses enten i *bilbogen*, såsom kreditorrettigheder i form af pant, udlæg eller ejendomsforbehold i visse køretøjer, eller i *personbogen*. I sidstnævnte tinglyses (foruden anliggender som ægtepagter og værgemål) kreditorrettigheder i form af pant mv., herunder virksomhedspant, i andet løsøre end andele i andelsboligforeninger og de køretøjer, der ikke omfattes af bilbogen.

Ved virksomhedspant forstås ifølge TL § 47 c, at en erhvervsvirksomhed ved anvendelse af skadesløsbrev eller ejerpantebrev underpantsætter, hvad virksomheden ejer og fremtidigt erhverver. Det betyder, at i den henseende udgør virksomhedspant en undtagelse både fra forbuddet i TL § 47 a mod generalpant (hvorefter ingen kan give pant i alt, hvad vedkommende ejer eller fremtidig erhverver) og fra forbuddet i TL 47 b mod tingsindbegreb (hvorefter underpant ikke kan gives i samlinger af ikke individualiserede løsørengenstande, såsom et varelager).

Virksomhedspant er et såkaldt flydende pant, hvilket indebærer, at selv en tinglysning i virksomhedens personbog ikke er til hinder for, at aktiver, bortset fra fordringer, udskilles ifølge regelmæssig drift af virksomheden. Ved virksomhedspant fastlåses pantet således ikke i virksomheden, hvorfor pantets størrelse kan variere med tiden. Spørgsmålet om, hvilke aktiver virksomhedspantet kan omfatte, besvares af TL § 47 c, stk. 3. Her inkluderes aktiver som simple fordringer hidrørende fra salg af varer og tjenesteydelser, lagre af råvarer, halvfabrikata og færdigvarer, visse køretøjer, driftsinventar og driftsmidler, drivmidler, besætning og diverse immaterielle rettigheder. I TL § 47 c, stk. 4, undtages et antal aktivtyper, der er pantsætbare efter andre specifikke regler.

2.3. Særligt om panteret i fordringer

Pant i fordringer er tingsretligt omfattet af et regelsystem, der er en anelse komplekst.² Nemmest at håndtere er på mange måder pantsætning af omsætningsgældsbreve, dvs. papirbaserede, negotiable dokumenter. Det

2. For en oversigt, se Nis Jul Clausen & Camilla Hørby Jensen, Sikkerhed i fordringer, 7. udg. 2014.

skyldes, at bestemmelsen i gældsbrevslovens (GBL) § 22 om, at panthaver kun bliver beskyttet mod pantsætterens øvrige kreditorer, når denne har fået gældsbrevet i sin besiddelse, gælder for omsætningsgældsbreve. Bettingelserne er således de samme som dem, der gælder ved håndpantætning af løsøre. For pantsætning af simple fordringer gælder ifølge GBL § 31, at skyldneren skal have fået underretning om pantsætningen fra enten pantsætteren eller panthaveren. På grundlag af disse bestemmelser i gældsbrevsloven kan en simpel fordring eller et omsætningsgældsbrev derimod i sig selv ikke underpantsettes, se herved også TL § 47.

Dette hindrer dog ikke, at simple fordringer kan underpantsettes som bestanddele af en større ejendomsmasse efter reglerne om enten virksomhedspant eller om fordringspant. Som anført ovenfor kan »simple fordringer hidrørende fra salg af varer og tjenesteydelser« omfattes af virksomhedspant, jf. TL § 47 c, stk. 3, nr. 1, og i givet fald er de som eneste aktivtype eksplicit undtaget fra at kunne udskilles ifølge regelmæssig drift af virksomheden, jf. TL § 47 c, stk. 1. Det kan dog i det ejerpantebrev eller skadesløsbrev, som skal tinglyses for at virksomhedspantet skal få effekt, aftales, at pantsætteren kan udskille visse fordringer. Denne aftale skal i givet fald individualisere, hvilke fordringer der undtages fra pantsætningen. Det kan f.eks. handle om fordringer over eller under et vist beløb, ligesom det kan vedrøre fordringer mod en bestemt skyldner.³ For så vidt angår fordringer, der er knyttet til omsætningsgældsbreve og andre negotiable dokumenter, gælder, at de ikke omfattes af virksomhedspantet. En bestemmelse herom ville være i konflikt med den etablerede regel i GBL § 22 om, at en pantsætning først er gyldig mod pantsætterens kreditorer, når panthaveren har fået gældsbrevet i hænde.

Fordringspant er en særlig form for underpant i fordringer. Reglerne herom er stort set de samme som dem, der gælder for virksomhedspant, med den forskel at fordringspant kun omfatter »virksomhedens udestående og fremtidige simple fordringer hidrørende fra salg af varer og tjenesteydelser«. I kraft af TL § 47 d kan indehaveren af en erhvervsvirksomhed ved anvendelse af skadesløsbrev underpantsette disse fordringer. For at opnå beskyttelse mod aftaler, der i god tro indgås med pantets ejer, og mod pantsætters øvrige kreditorer, skal fordringspantet tinglyses i personbogen. Når det er sket, omfattes pantet af alle på tidspunktet for pantets stiftelse udestående simple fordringer samt fremtidige simple

3. Bent Iversen et. al., *Panteret*, 5. udg. 2012, s. 111.

fordringer, efterhånden som de stiftes.⁴ Denne lovregulerede form for pantsætning af simple fordringer adskiller sig fra principperne i GBL § 31. Når fordringspantet får effekt ved sikringsakten tinglysning, er det ikke længere nødvendigt at demontere skyldneren, og fordringspant udgør dermed et alternativ til gældsbrevslovens bestemmelser. Hvilket af de to alternativer - pantsætning af simple fordringer efter gældsbrevsloven eller efter tinglysningsloven - der i det enkelte tilfælde er mest fordelagtigt, beror på de faktiske omstændigheder. En af de klare fordele ved fordringspant er, at der kun skal foretages sikringsakt (tinglysning) én gang, og ikke, som ved traditionel pantsætning af simple fordringer, hver gang en fordring pantsættes. En af ulemperne er, at der skal betales en tinglysningsafgift samt 1,5 % af det pantsikrede beløb, jf. TL § 5, stk. 1/

3. Pant i konkurs

3.1. De danske regler

Panteregierne byder pantsættere og panthavere på alternative muligheder i forhold til, hvordan aktiver kan pantsættes. Et af de aspekter, der er værd at overveje for panthaveren, er, hvordan denne stilles i tilfælde af pantsætterens konkurs. Reglerne herom fremgår af KL kapitel 9 om *fyldestgørelse af særlige rettigheder*.

Ifølge KL § 91, stk. 1, gives den, »der er sikret ved håndpant eller anden tilsvarende sikkerhedsret«, en ret til at søge sig fyldestgjort i det pågældende pantsatte aktiv. Denne panthaver betragtes som separatist og berøres ikke af pantsætters konkurs og kan derfor sælge pantet ved tvangsauktion efter reglerne i retsplejelovens (RPL) § 538 a. Med »anden tilsvarende sikkerhedsret« forstås lovbestemte panterettigheder, hvor der ligeledes stilles krav om rådighedsberøvelse af det pantsatte aktiv.⁶

4. Peter Mortensen, Kamov (2015) (noter til TL § 47 d, stk. 1). Se også Bent Iversen et al., *Panteret*, 5. udg. 2012, s. 578 ff.

5. Se videre Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, *Virksomheds- og fordringspant i praksis*, U 2006 B s. 101 ff. Se også Nis Jul Clausen & Camilla Hørby Jensen, *Sikkerhed i fordringer*, 7. udg. 2014, s. 109 f.

6. Se Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, *Konkursloven med kommentarer*, 12. udg. 2013, s. 683, hvor der som eksempel angives kommissionslovens §§ 31-36 og mark- og vejfredslovens § 7, stk. 3.

Den anførte bestemmelse i KL § 91, stk. 1, finder tilsvarende anvendelse for adgangen til fyldestgørelse af krav, der er sikret ved virksomhedspant i fordringer eller i fordringspant, jf. KL § 91, stk. 3. En panthaver, der har underpant i fordringer ifølge bestemmelserne om virksomhedspant i TL § 47 c, stk. 3, nr. 1, eller fordringspant ifølge bestemmelserne i TL § 47 d, anses således også for separatist.

Anderledes er det for andre underpanthavere. Til trods for at deres krav er sikret ved tinglyst underpant, fremgår det af KL § 85, at under konkursen »kan tvangsauktion over skyldnerens aktiver alene foretages efter begæring af boet eller med dettes samtykke«. Det er altså boet, der står for tvangsauktioner over konkursdebitors/pantsætters aktiver, hvis ikke andet er aftalt.⁷ KL § 85 omfatter alle panterettigheder, der ikke omfattes af KL § 91. Ved tvivl om, hvorvidt en lovbestemt panterettighed skal behandles efter KL § 85 eller § 91, er det afgørende, om panterettigheden er nærmest beslægtet med en håndpanteret eller en underpantret.⁸ Boets eneret til at begære en tvangsauktion er efter KL § 86 dog begrænset til seks måneder. Derefter kan »enhver panthaver, hvis fordring er forfalden, forlange, at boet uden ophold gennemfører tvangsauktion«.

Underpanthaverens krav kan siges at være »boafhængigt«, idet at underpanthaveren ikke er separatist og derfor i Løbet af de første seks måneder efter konkursdekretets afsigelse må afvente konkursboets medvirken ved realisation af pantet.⁹ Derudover er underpanthaverens krav »udlægsafhængigt«, eftersom panthaveren kun kan gennemføre sit krav i en senere tvangsfuldbyrdsproces efter at have foretaget et udlæg i pantet, jf. RPL § 538.

For så vidt angår bestemmelserne om pant og panthavernes stilling under rekonstruktionsbehandling, svarer disse i relevant omfang til de ovenfor beskrevne bestemmelser om pant i konkurs, jf. RPL § 12 c, stk. 1, nr. 4.¹⁰ En væsentlig forskel er dog, at muligheden for underpanthavere omfattet af KL § 85 til at søge sig fyldestgjort er begrænset; ved rekonstruktion eksisterer der ikke nogen ret til at begære tvangsauktion efter

7. Jf. Jens Anker Andersen, Kan en auktionssag fortsætte, hvis rekvisitus dør eller erklæres konkurs?, *Juristen* 1978, s. 138.

8. Bet. 606, s. 180. Ifølge Jens Paulsen, *Insolvensret konkurs*, 2010, s. 651 f., synes grænsedragningen ikke »at have givet anledning til mange tvister«.

9. Bent Iversen et. al., *Panteret*, 5. udg. 2012, s. 72 f.

10. Se videre Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen et al., *Rekonstruktion - teori og praksis*, 2011, s. 259 ff.

seks måneder, svarende til den ret som følger ved konkurs efter KL § 86. En tvangsauktion til fordel for denne gruppe panthavere kan alligevel ske med skyldnerens og rekonstruktørens samtykke. Hvis rekonstruktøren har overtaget ledelsen af skyldnerens virksomhed, er kun rekonstruktørens samtykke påkrævet.¹¹

3.2. Bevæggrunden for de danske regler

At være panthaver er således ikke et udtryk for en klar position ved en insolvensbehandling hos pantsætteren. Håndpanthavere og underpanthavere behandles forskelligt, ligesom der skelnes mellem forskellige underpanthavere. Baggrunden for, at man i den danske konkurslov har valgt ikke at behandle alle panthavere ens, fremgår af betænkning 606/1971, Konkurs og tvangsakkord Betænkning II (bet. 606).¹² Udvalget udtalte, at det »ville være stærkt i strid med tilvante retsforestillinger« at pålægge håndpanthaveren at aflevere pantet til boet med henblik på, at dette skulle foretage realisationen.¹³ Videre blev det anført, at der ved håndpant oftest intet hensyn var til andre panthavere, og at den kredit, der var sikret ved håndpant, sædvanligvis ville tilhøre de kortere af slagsen. En håndpanthaver, der allerede havde pantet i sin besiddelse, kunne også have interesse i at påvirke vilkårene for den auktion, hvorved pantet sælges. Derfor anså man i udvalget, at det ikke burde pålægges håndpanthaveren at vente med fyldestgørelse.

Baggrunden for, at udvalget foreslog, at underpanthavere ikke skulle have den samme adgang til fyldestgørelse som håndpanthavere, findes i de tidligere gældende bestemmelser i konkursloven. Disse bestemmelser gjorde det i visse tilfælde muligt for underpanthavere at gøre sig til separatister ved at give afkald på krav mod boets almindelige masse, hvilket forårsagede problemer i flere tilfælde, ikke mindst ved underpantsætning af fast ejendom. Selv om udvalget særligt behandlede forholdene vedrørende underpant i fast ejendom, var der ingen tvivl om, at også under-

11. Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, Konkursloven med kommentarer,

12. udg. 2013, s. 218. Se også Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen et al., Rekonstruktion - teori og praksis, 2011, s. 263.

12. Se desuden Bo von Eyben & Peter Møgelvang-Hansen, Kreditorforfølgning, 7. udg. 2013, s. 341 ff.; Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, Konkursloven med kommentarer, 12. udg. 2013, s. 669 ff. og Jens Paulsen, Insolvensret konkurs, 2010, s. 651 ff.

13. Bet. 606, s. 177.

pant i Løsøre var omfattet af udvalgets betragtninger. Erfaringsmæssigt, hævdes det i betænkningen, er salg på tvangsauktion i langt de fleste tilfælde mindre indbringende end et frivilligt salg. Ved at give konkursboet mulighed for alene at tage sig af salget af skyldnerens aktiver kan man opnå den bedst mulige pris for den pantsatte ejendom. Herigennem høster man ikke bare den fordel, at de lavt prioriterede panthavere får en chance for at få dækning ved salget - også boets øvrige kreditorer stilles bedre, da et eventuelt overskud ved salget tilfalder boet.¹⁴ Dette er netop anledningen til, at boet har fået en seks måneder lang frist til at finde ud af, hvordan aktiverne bedst bør sælges. Ved udgangen af fristen kan enhver panthaver, hvis fordring er forfalden, forlange, at en tvangsauktion gennemføres. Uagtet denne mulighed er der intet til hinder for, at boet med den berørte panthavers samtykke fortsat administrerer aktiverne, herunder særligt hvornår de skal sælges.

Da reglerne om rekonstruktionsbehandling ikke eksisterede, da betænkningen blev skrevet, kunne disse naturligvis ikke tages i betragtning. Argumenterne for begrænsninger i adgangen til fyldestgørelse synes dog at være relevante også for rekonstruktionsretlige forhold. Det ville ligeledes være svært for rekonstruktøren at udføre sin opgave, hvis underpanthaveme ikke var begrænsede i adgangen til at søge fyldestgørelse i skyldnerens underpantsatte aktiver.

3.3. Det svenske lovforslag om »Registerpant«

Ville det måske være hensigtsmæssigt at behandle alle panthavere ens? Spørgsmålet er relevant i lyset af et svensk lovforslag,¹⁵ hvorefter underpant i løsøre skal kunne registreres som såkaldt *registerpant*, hvor en pantet i løsøre registreres i et særligt register, mens pantet forbliver i pantsætters besiddelse. I denne henseende svarer forslaget stort set til principperne om tinglysning af pant i løsøre i personbogen efter dansk ret. Her stopper lighederne dog. Grundtanken i forslaget, der er udarbejdet af *Losoreskopskommittén*, er, at selve registreringen skal udgøre et alternativ til den overgivelse af aktivet, der er sikringsakten ved håndpant. I forslaget til § 2 fremgår det udtrykkeligt, at pantehaverens position ved underpant ligestilles med den, der gælder for en håndpanthaver, og de to former for panthavere skal behandles ens ved brug af andre love angående retten til at søge sig fyldestgjort i et pantsat aktiv. Denne ordning foreslås

14. Bet. 606, s. 178 f.

15. SOU 2015:18 Lösöre köp och registerpant.

desuden at gælde for al slags løsøre, der ikke er undtaget ved særlige bestemmelser. Ved insolvensbehandling hos pantsætteren vil det, hvis forslaget gennemføres, ikke gøre nogen forskel, om pantet er håndpantset eller underpantset.

Efter gældende svensk ret er underpantsætning af løsøre ikke mulig (med undtagelse af særlige aktiver, som f.eks. skibe og luftfartøjer). Baggrunden for forslaget om *registerpant* synes blandt andet at være ønsket om at fjerne udviklingen fra principperne i den utidssvarende og indviklede lov, der siden første halvdel af 1800-tallet har udgjort det eneste alternativ for den, der efter gældende svensk ret ønsker at sikre sin ret i et aktiv, der er i skyldnerens besiddelse.¹⁶ Denne lov giver dog ikke mulighed for at få pant i det pågældende aktiv. I stedet er kreditor nødt til at erhverve retten til løsøret gennem en bevidnet købsaftale, som efterfølgende skal både publiceres i en lokal avis og registreres i et offentligt register. Ved konkurs hos skyldneren er det kun den køber, der opfylder samtlige krav, der som separatist har mulighed for at separere den købte ejendom. Hvis ikke kravene er opfyldt, vil den indgå i konkursmassen. Principperne i denne lov beror på, at svensk ret indeholder en med internationalt øjemål meget sjælden struktur, hvori *traditio* ikke bare er et tingsretligt krav ved panteret, men også er hovedreglen ved andre former for formueretlig erhvervelse af løsøre.

Det er blandt andet denne ordening, som det svenske lovforslag har til formål at ændre. Forslaget kan i denne sammenhæng kun præsenteres overordnet, hvorfor mindre relevante detaljer ikke gennemgås. Det bør dog noteres, at det kun er underpant i løsøre, der omfattes, idet man ikke vil ændre på reglerne for virksomhedspant, der i Sverige benævnes *Företagshypotek* og ikke betragtes som pant.¹⁷ Endvidere tillader lovforslaget ikke, at forbrugere underpantsætter løsøre. Ved rekonstruktion eller konkurs hos pantsætteren foreslås i alle andre tilfælde, at en panthaver skal regnes for separatist og således gives retten til at søge sig fyldestgjort i det pantsatte aktiv efter principper, der nærmest svarer til princippet i KL §91.

16. Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som koparen låter i säljarens vård kvarbliva.

17. Lag (2008:990) om företagshypotek.

3.4. Bevæggrunden for det svenske lovforslag

Losoreskopskommittén begrundet ikke nærmere sin holdning til, at underpantsætning skal ligestilles med håndpantsætning ved konkurs. Fokus ligger mere på de administrative forhold og på, hvordan underpanteret (*registerpant*) skal etableres i svensk ret. Komitéen anfører dog, at:

»... ett system med registrerad panträtt kan leda till att en samlad försäljning av boet försåras, med åtföljande negativ påverkan på vad man får in vid en försäljning och på förutsättningarna för företagsrekonstruktion«.¹⁸

Ved en afvejning af denne ulempe mod panthaverens ret til selv at sælge pantet, finder *Losoreskopskommittén* desuagtet, at panthaverens ret vejer tungest. Som argument herfor angives, at panthaverens stilling i henhold til salget beror på princippet om, at panteret indebærer en ret til pantet, der står forud for pantsætters øvrige kreditorer. Hertil erklæres det, at:

»Idenna tanke har fullföljts i 8 kap. 10 § konkurslagen, som ger en borgenär som har handpanträtt rätt att själv ombesörja att egendomen saljs på auktion. Regleringen innebär att panthavaren kan anpassa försäljningstidpunkten, vilket normalt i sig är förmånligt från värdesynpunkt«.¹⁹

Nogle argumenter, der er stærke nok til at fragå dette etablerede princip, finder *Losoreskopskommittén* ikke og vælger derfor at ligestille alle panthavere i konkurs og rekonstruktion.²⁰

Losoreskopskommittén lægger også vægt på, at den foreslåede løsning ikke truer *företagshypotekets* (virksomhedspantets) fremtid. Risikoen for, at kreditorer skulle vælge *registerpant* i stedet for *företagshypotek*, diskuteres. Komitéen konkluderer dog, at der ikke synes at være risiko for, at *företagshypoteket* ikke vil blive anvendt som sikkerhedsform. Endelig konstaterer *Losoreskopskommittén* ganske vist, at:

»[d]et sagda innebär att en samlad försäljning av gäldenärens egendom, vilket ofta kan vara ekonomiskt och även samhällsekonomiskt fördelaktigt, kan försåras i sådana fall där det skett omfattande panträttsuppldelser«.

18. SOU 2015:18 s. 133.

19. SOU 2015:18 s. 138.

20. SOU 2015:18 s. 138. Komitémedlemmet advokat Odd Swartling har dog i et »sarskilt yttrande« valgt at opponere mod den valgte løsning, se s. 221.

Videre udtales at:

»[i] vissa fall kan företagsrekonstruktion naturligtvis försvåras om antalet borgenärer med handpanträtt ökar och dessa begär verkställighet under rekonstruktionen. I grunden är det dock helt andra omständigheter som avgör om det finns förutsättningar för en lyckad företagsrekonstruktion. Kommittén gör bedömningen att det inte finns tillräcklig anledning att undanta registrerad panträtt från tillämpningsområdet för [pantsætters ret til at realisere pantet].«¹

Til sagen hører dog, at der i Sverige - modsat i Danmark - ikke stilles krav om, at skyldneren skal være insolvent for at kunne tages under rekonstruktionsbehandling. Allerede den omstændighed, at en debitor mangler evne til at betale sine kreditorer til forfaldstid (dvs. illikviditet), er en tilstrækkelig forudsætning efter svensk ret. Der er således ikke helt den samme risiko for, at panthavere begærer tvangsauktion ved rekonstruktion i Sverige, som er tilfældet i Danmark, hvor kreditorerne allerede fra behandlingens start kan antage, at debitor ikke er økonomisk levedygtig.

4. Konklusioner

Helt generelt ville en gennemførelse af det svenske lovforslag medføre en tilnærmelse af dansk og svensk ret, eftersom det åbner for muligheden for også at underpantsette løsøre i Sverige. Effekten af forslaget vil dog medføre, at panthaveres ret i Danmark adskiller sig fra tilsvarende ret i Sverige, hvor håndpanthaver og underpanthaver efter forslaget ligestilles ved rekonstruktion og konkurs hos pantsætteren.

I begge lande har udvalg bestræbt sig på at identificere argumenter for og imod forskellige løsninger. Selv om der foreligger en grundlæggende enighed om, hvilke argumenter der er de mest relevante, trækker den svenske *Lösöresköpskommitté* helt andre slutninger end dem, der for lang tid siden blev lagt til grund for den nu gældende danske ret. Der synes at foreligge en skillelinje mellem de respektive landes syn på, hvem der er mest beskyttelsesværdig. I dansk ret prioriteres den samlede gruppe af kreditorer. Bestemmelserne tager derfor hensyn til, hvordan den for flertallet optimale løsning opnås: Salg organiseret ved boet giver flere penge, hvilket både kommer lavere prioriterede panthavere og flere kreditorer til

21. SOU 2015:18 s. 138.

gode. I svensk ret er det efter lovforslaget panthaveren, der skal prioriteres. Dennes anstrengelser for at erhverve panteret skal belønnes, hvorfor vedkommende får en eksklusiv ret til at tilpasse tidspunkt og visse andre vilkår for salget. Umiddelbart forekommer den danske løsning, særligt i betragtning af, at den ifølge udvalget bag bet. 606 er baseret på en empirisk baggrund, at være mere gunstig for et samfunds insolvensretlige miljø.

Der findes dog omstændigheder, der gør, at det svenske lovforslag kan være en mere egnet løsning for svensk ret. En gennemførelse af lovforslaget i sin helhed vil - tingsretligt såvel som insolvensretligt - indebære en stor kursændring i det svenske retssystem. Det er ganske vist ikke udtrykkeligt udtalt, men kunne alligevel være en af grundene til, at *Losoreskopskommittén* har valgt ikke at skelne mellem håndpantsetteres og underpantsetteres muligheder til fyldestgørelse i pantet. Med den valgte løsning opnås det resultat, at det nye underpantssystem bliver nemmere at forholde sig til for kreditorer og debitorer. I stedet for at skulle leve med usikkerheden om, hvordan underpant vil blive implementeret i praksis, kan såvel parterne, som domstolene falde tilbage på principper, som gennem lang tid er blevet etableret ved behandling af håndpanteretlige problemer.

Med dansk ret som forbillede kunne det svenske lovforslag have været anderledes udformet. En mulighed havde således været at give boet en tidsfrist lignende den i KL § 86, en anden at behandle underpant på samme måde som *företagshypotek*. Idéen om at skulle behandle underpant, som var det *företagshypotek*, blev også diskuteret, men i sidste ende afvist af komitéen. *Företagshypotek* betragtes som nævnt ovenfor ikke som pant i svensk ret, men fylder en rolle som kreditsikkerhed ved at have en prioriteret position i, hvad der i Sverige svarer til konkursordenen.²² En reform inden for rammen af de retsregler, der dækkes af dette samlede område, blev hverken efterspurgt af de adspurgte instanser eller anset for formåls- tjenlig af *Losoreskopskommittén*.

At give boet en tidsfrist, tilsvarende den som findes i KL § 86, blev ikke diskuteret af *Losoreskopskommittén*. En sådan løsning har ganske vist mange fordele. Den ville imidlertid medføre den ulempe, at den store kursændring, som lovforslaget udpeger for svensk ret, ville blive forenet med yderligere en ny bestemmelse. Hvis forslaget bliver gennemført, er der

22. *Förmänsrättslag* (1970:979).

ikke meget grund til at skulle belaste kreditorer, debitorer og domstole med endnu flere usikkerhedsmomenter i form af endnu en ukendt regel. Men dette spørgsmål vedrørende balancen mellem de foreliggende interesser er altså ikke blevet behandlet i det svenske forslag.

Under alle omstændigheder indikerer *Losoreskopskommittén*, at dens forslag om at ligestille underpanthavere med håndpanthavere måske ikke er det, som fremtiden er bedst tjent med. Forslaget afsluttes nemlig med, at »z *dessa avseenden kan det dock finnas anledning att följa utvecklingen*«,²³ og denne erklæring findes der af flere grunde anledning til at tilslutte sig.

23. OU 2015:18 s. 139.

The Interface between Competition Law and Standard Essential Patents

- Some Early Comments on the *Huawei* Case

Associate Professor Björn Lundqvist

The Huawei case has been long awaited and many in academia hoped that it would finally deliver answers to when and on what terms access to so-called Standard Essential Patents would be granted under EU Antitrust law. However, the question is if Huawei is that case. On the contrary, it seems that the EC/ ruling gives room for speculations, some of which are dealt with in this paper.

1. Introduction

In this paper the recent ECJ judgment in *Huawei* is discussed. *Huawei* is the latest EU case in the on-going »patent war« in the ITC (internet and telecom) industry. A patent war played out in courtrooms all over the world, yet fundamentally dealing with the same or similar issues. The cases gravitate around whether patents covering a technology, which is essential to a certain technology standard of infrastructure type, may be used to exclude competitors from an industry as a whole? For example, the wireless technology used for mobile phone communication, e.g. 4G, is covered by several patents, held by many firms. Can each of those firms refuse entering into license agreements covering often narrow, yet necessary technology pieces of the over-arching infrastructure technology making up our telecom networks? Can they thereby, by refusing entering licenses, exclude firms from, for example, the smart phone market as a whole, without infringing competition law?

The *Huawei* case deals with these hotly debated questions of access to international standards and standard essential patents on fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) terms. The main issues in the case were, thus, when a technical standard that has been adopted by a Standard Setting Organisation (SSO) is covering technology which mirrors certain patents (so-called standard essential patents (SEPs)), can the proprietor of said patents refuse entering into a license agreement with a firm that would like to conduct business under the standard? Especially, if the proprietor when the standard was agreed upon, to the SSO committed that it would license SEPs on FRAND terms? Or, should such refusal to license be considered an abuse of dominant position under Art 102 TFEU?

The questions can generally be condensed into two: Firstly, when may a SEP holder refuse access and obtain an injunction against an infringer, which is still a willing licensee? Secondly, what constitute FRAND and who should bear the risk of defining FRAND, the proprietor or the potential licensee? These questions will be discussed in this paper.

2. Background

The interface between the telecom and the computer industries, i.e. the smartphone industry, is characterized by a »thicket« of patents and »wars« based on those patents.¹ It seems that every day brings a new lawsuit, or a development in a lawsuit already launched between Apple, HTC, Microsoft, Motorola Mobility (»MMI«), Nokia, Samsung, Ericsson and several other firms. The lawsuits span numerous courts and several continents, and the total amount litigated is probably beyond several billions Euros. In the past year, it has become increasingly difficult to keep track of the numerous lawsuits and court decisions regarding smartphone patents.² However, some general trends may be discerned.

1. For the definition of the »patent thicket«, see Carl Shapiro, »Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standard Setting«, in Adam Jaffe et al. (eds), *Innovation Policy and the Economy*, 2001, p. 119 et seq.
2. For a not updated review of the on-going cases, see Björn Lundqvist, *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws - The Rise and the Limits of Self-Regulation*, 2014, chapter 6.

Looking across the landscape of decisions in various jurisdictions, one primary distinction involves that between SEPs and non-SEPs. Generally, courts, both in the US and EU, but also elsewhere, have tended to deny injunctions when patentees have sought to block competitors from using SEPs while being more likely to grant them when seeking injunctive relief for non-SEPs. Such denials are based on different rules and doctrines, sometimes Intellectual Property Law doctrines, procedural regulations or in some instances because granting an injunction would, according to the national court, violate competition law.

The patents wars are mainly connected to injunctions or FRAND suits, but there are developments. There are still a few suits where certain (often smaller) holders of SEPs refuse access to the SEPs altogether or demands exorbitant licensing fees. These firms, often holding one or a few patents they have bought are the so-called patent-troll, and the cases they bring are often so-called patent ambush cases. And, after the *Ebay* case and the following case law development in the US and the European developments under the EU Commission's settlement procedure, these lawsuits seem to become fewer and fewer.³ Instead, today the patent war is actually played out between the large incumbent vertically integrated multinational firms in the telecommunication and the IT industries. They refuse each other access to their respective portfolios of SEPs.

In Europe, the cases originate mainly from German courts, but some also stems from suits in courts in The Netherlands. In the US, there have been cases in several jurisdictions, but the most noteworthy cases are between Apple and Samsung in California and cases between Motorola and Apple before Judge Posner in Chicago, Illinois. Several cases, possibly including several if not all of the firms involved in the smartphone industry, are also being litigated under the US International Trade Commission (ITC).⁴

The *Huawei* case is one case of all these patent war cases coming out of German courts. In pits Huawei Technologies, a multinational company active in the telecommunications sector, and the proprietor of, inter alia, the European patent registered under the reference EP 2 090 050 B 1, bearing the title »Method and apparatus of establishing a synchronisation

3. *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006).

4. See Björn Lundqvist, *Standardization under EU Competition Rules and US Anti-trust Laws - The Rise and the Limits of Self-Regulation*, 2014, chapter 6.

signal in a communication system», granted by the Federal Republic of Germany, a Contracting State of the EPC (hereinafter the patent).

The patent is essential for one fundamental telecom standard. It was notified to the European telecom Standard Institute (ETSI) on 4 March 2009 by Huawei as a patent essential to the »Long Term Evolution« standard, i.e. the 4G or LTE standard. More than 4.700 patents have been reeeregistered as essential for the LTE standard.

At the same time, Huawei undertook to grant licences to third parties on FRAND terms. The patent is thus essential to that standard, which means that anyone using the LTE standard inevitably uses the teaching of that patent.

Between November 2010 and the end of March 2011, Huawei and ZTE Corp., a company belonging to a multinational group active in the telecommunications sector and which markets, in Germany, base stations equipped with software linked to that standard, engaged in discussions concerning, inter alia, the infringement of said patent and the possibility of concluding a licence on FRAND terms in relation to those products.

Huawei indicated the amount, which it considered to be a reasonable royalty. For its part, ZTE Corp. sought a cross-licensing agreement, and in the end no licensing agreement was finalised.

Nonetheless, ZTE still marketed its base stations in Germany, thus using the patent, without paying a royalty.

On 28 April 2011, on the basis of German patent law and the European Patent Convention, Huawei brought an action for infringement against ZTE before a German court, seeking an injunction prohibiting the infringement, the presentation of accounts, the recall of products and an award of damages. The national court considered that the decision on the substance in the main proceedings turns on whether the action brought by Huawei constitutes an abuse of that company's dominant position. It thus observed that it might be possible to rely on the mandatory nature of the grant of the licence in order to dismiss the action for a prohibitory injunction - in particular, on the basis of Article 102 TFEU - if, by its action, Huawei were to be regarded as abusing its dominant position.

Hence, the German court decided to stay the proceeding and ask the ECJ how the abuse should be identified in these cases. What can a firm like Huawei demand for its SEP and how much leeway does a firm like ZTE have to negotiate those terms? According to the referring court, the existence of that dominant position was not in dispute.

3. ECJ's Judgment in *Huawei*

On 16 July 2015, the ECJ delivered its judgment in *Huawei*, and the commentators that expected a long discussion mirroring that of the AG's opinion were greatly disappointed.³ In fact, the ECJ judgment transpose the feeling of a Court that does not want to state too much and do not want to interfere more than necessary in an on-going multinational business development. The ECJ only focused on the essential: answering the referring court's questions, while leaving room for further speculations.

The AG had an interesting discussion regarding identifying dominance, and emphasized that dominance, based on the identification of the relevant market, needs to be established also in these SEP-cases.⁶ The ECJ left this issue untouched. In contrast to the AG, the ECJ did not mention how to establish dominance in reference to SEPs, and the ECJ only focused on the existence of abuse in its *Huawei* judgment.⁷

When focusing on the abuse, the ECJ seems to accept that there might be a dichotomy between *de facto* standards and *de jure* standards. Stating that the dispute before the court deals only with a *de jure* standard where the proprietor had agreed to an SSO (in this case ETSI) to irrevocably license on FRAND terms. The ECJ did not mention the German precedent regarding SEPs, *Orange-Book-Standard* case,⁸ and hence, by doing so escape the discussion how to deal with *de facto* standards under competition law. It also marks that the ECJ did not take into consideration the national (German) case law development.

The ECJ thus took great effort not to go beyond what the referring court asked for. In one way to see it, the ECJ took the easy way out and left the field open to the argumentation put forward not only by the AG, but also by the Commission in *Samsung* and in *Motorola*, yet ECJ did not

5. C-170/13, *Huawei Technologies V. ZTD*, 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:477.

6. Opinion by Advocate General Wathelet in C-170/13, *Huawei Technologies V. ZTD*, 20 November 2014

7. Ibid. para. 43.

8. Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) May 6, 2009 - Case No. KZR 39/06 (*Orange Book Standard*). For a lengthy discussion regarding the *Orange-Book-Standard* case and other German standard cases (such as the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) July 13, 2004 - Case No. KZR 40/02 (*„Tight-Head Drum“*) (*Standard-Spundfass*)), cf. Björn Lundqvist, *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws - The Rise and the Limits of Self-Regulation*, 2014), p. 319 et seq.

distance itself from *Orange-Book Standard* to the degree that stating that it only is applicable to *de facto* standards. How to square *Huawei* and *Orange-Book Standard* will be an issue for the German Court to iron out.

Furthermore, the ECJ agreed with the AG that there is a need to weigh rights and freedoms to obtain the right answer; and there is no mentioning of economics. And there is no discussion of whether a finding of abuse requires a finding of exclusionary effects or anticompetitive effects. Instead, freedom to compete must be weighed against the constitutional character of intellectual property rights. However, there is a difference between the AG and the ECJ regarding what should be weighed. According to the AG, the freedom to conduct business which economic operators such as the undertakings implementing the LTE standard (ZTE) enjoy under Article 16 of the Charter, should be included in the weighing.⁹ According to the ECJ, it »must strike a balance between maintaining free competition - in respect of which primary law and, in particular, Article 102 TFEU prohibit abuses of a dominant position - and the requirement to safeguard that proprietor's intellectual-property rights and its right to effective judicial protection, guaranteed by Article 17(2) and Article 47 of the Charter, respectively«.¹⁰ Does the ECJ imply that the freedom of conducting business is not under threat in the case, or, even, freedom to conduct business is not a right to take into consideration under antitrust law?

Referring to its established case law, the ECJ continued that the exercise of an exclusive right to bring an action for infringement, which is directly linked to the owner's IPR, can only amount to abuse under exceptional circumstances.¹¹ This focus on the exclusive rights conferred on IP owners, and not on the right of access to courts, together with the omission of any reference to *ITT Promedia/Protégé International* seems to confirm the implications of the judgment in *Micro Business Leader*.¹² The ECJ does not consider the use of injunctions by SEP owners to amount to abusive litigation, but it rather focuses on the exclusionary effects that the use

9. See AG opinion in Case C-170/13, *Huawei Technologies V. ZTD*, para. 59

10. C-170/13, *Huawei Technologies V. ZTD*, 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:477, para. 42.

11. ECJ judgment in *Huawei v ZTE*, paras. 46 - 47.

12. T-I 11/96 *ITT Promedia v Commission of the European Communities*, judgment of 17 July 1998, ECLI:EU:T:1998:183 (»ITT Promedia«) and T-198/98 *Micro Leader Business v Commission of the European Communities*, judgment of 16 December 1999, ECLI:EU:T:1999:341 (»Micro Leader Business«).

of injunctions produce on the product market when the proprietor has agreed to license on FRAND terms but refuses.¹³

Only in exceptional circumstances may the constitutional character of intellectual property rights be restricted, and the ECJ agrees that in the dispute before the Court, a new exceptional circumstance scenario is at hand: Firstly, by the fact that the patent at issue is essential to a standard established by a standardisation body, rendering its use indispensable to all competitors which envisage manufacturing products that comply with the standard to which it is linked.¹⁴ Secondly, the case should be distinguished by the fact that the patent at issue obtained SEP status only in return for the proprietors irrevocable undertaking, given to the standardisation body in question, that it is prepared to grant licences on FRAND terms.¹⁵ These two circumstances cause the triggering of the exceptional circumstance doctrine.¹⁶

Thereafter, the ECJ stipulates the good governance procedural rules, which the parties in these situations must adhere to, so not, on the one hand, abuse a dominant position, or, on the other, cause the national court to agree to order an injunction or removal of goods.¹⁷ In this part of the judgment the ECJ follow the few procedural rules stipulated by the AG, which in turn, to a large extent, mirrors the outline in the Samsung decision from the EU Commission and also, the FTC Google settlement. The proprietor should offer a license on FRAND terms. The willing license should diligently reply and accept or otherwise produce a counter-offer. However, the ECJ is also somewhat more conservative.

According to ECJ, in the event an agreement on FRAND terms is not reached after the infringer has presented his counter-offer, a third party determination of an appropriate royalty may be requested by the parties.¹⁸ The wording of the judgment suggests that unlike in the Commission's and AG's approach, third party determination of FRAND royalty should rather be a voluntary step to take for the parties: a step not rele-

13. Iva Svobodová, Seeking injunctions in SEPs infringement proceedings as an abuse of dominant position under Article 102 TFEU, Master Thesis.

14. *Ibid.*, para. 49.

15. *Ibid.*, para. 51.

16. This seems to imply that for de facto standards, the old exceptional circumstances cases, e.g. Magill, IMS Health, still apply.

17. *Ibid.*, para. 61 et seq.

18. ECJ judgment in *Huawei v ZTE*, para. 68

vant for the competition law evaluation whether there is an abuse or not. The competition law evaluation will be based solely on the offer and the counter-offer, and whether any of those should have been accepted or not. Has the ECJ thereby removed the SEP implementers safe harbour created by the Commission and the AG that an injunction cannot be issued against them as long as they agreed to third party determination of FRAND terms?¹⁹ That seems to be the case.

Nonetheless, the alleged infringer may, according to the ECJ, still challenge the validity of the SEPs. Whether such action would trigger the safe harbour and cause the proprietor to abuse its dominant position would it seek an injunction is moreover not entirely clear. The ECJ seems to have removed also this from the Competition Law analysis. The ECJ concludes by stating:

»Article 102 TFEU must be interpreted as meaning that the proprietor of a patent essential to a standard established by a standardisation body, which has given an irrevocable undertaking to that body to grant a licence to third parties on fair, reasonable and non-discriminatory («FRAND») terms, does not abuse its dominant position, within the meaning of that article, by bringing an action for infringement seeking an injunction prohibiting the infringement of its patent or seeking the recall of products for the manufacture of which that patent has been used, as long as:

- *prior to bringing that action, the proprietor has, first, alerted the alleged infringer of the infringement complained about by designating that patent and specifying the way in which it has been infringed, and, secondly, after the alleged infringer has expressed its willingness to conclude a licensing agreement on FRAND terms, presented to that infringer a specific, written offer for a licence on such terms, specifying, in particular, the royalty and the way in which it is to be calculated, and*
- *where the alleged infringer continues to use the patent in question, the alleged infringer has not diligently responded to that offer, in accordance with recognised commercial practices in the field and in good faith, this being a matter which must be established on the basis of objective factors and which implies, in particular, that there are no delaying tactics«.*

19. Enforcing Standard-Essential Patents - The European Court of Justice's Judgment in *Huawei v ZTE*, Cleary & Gottlieb, Alert Memorandum, 3 August 2015 at: [http://www.cgsh.com/files/News/d23034e9-186e-4b11-al20-b3acfb065e45/Presentation/NewsAttachment/cbc6c8d2-4f4a-418c-a0ad-b54908830217/Alert%20Memo%20\(PDF%20Version\)%202015-62.pdf](http://www.cgsh.com/files/News/d23034e9-186e-4b11-al20-b3acfb065e45/Presentation/NewsAttachment/cbc6c8d2-4f4a-418c-a0ad-b54908830217/Alert%20Memo%20(PDF%20Version)%202015-62.pdf) («Cleary & Gottlieb») accessed 16 August 2015.

The second bullet point makes no reference regarding counter-offers. Instead, it is referring to recognised business practise and good faith. The ECJ then, given the discussion in the body of the judgment, presumes that commercial practices often include counter-offers. However, it gives no reference to third party arbitration or suit validity either. So, what happens if such actions are recognised commercial practise in an industry? Then, that is also encompassed by the safe harbour? Probably not, but this is not entirely clear from the judgment.

4. Analysis

Generally, the ECJ's judgment is balanced, clear yet conservative enough that ECJ will not likely be forced to abandon or divert from the decision going forward. The ECJ together with the AG, and the Commission in the *Samsung* and *Motorola* decisions start to carve out a »mini block exemption« or safe harbour for these circumstances under Article 102 TFEU. What good governance or procedural rules should the parties abide to so not to violate Art. 102 TFEU or be slapped by an injunction order, respectively? The ECJ in *Huawei* is clearly more restrictive in this regard, and the »mini block exemption« is narrow. It only creates a minimum of safe harbour for the infringer as well as for the proprietor. The ECJ by drafting the procedure so narrow is strongly encouraging the parties to settle the dispute quickly.

Nonetheless, the mini block exemption does not give any hints how on define FRAND on a case-by-case basis should the parties not agree, that is for the national courts to address.

The most contentious issues before *Huawei* were: Firstly, when may a SEP holder refuse access and obtain an injunction against an infringer, which is still a willing licensee? Secondly, what constitute FRAND and who should bear the risk of defining FRAND, the proprietor or the potential licensee? According to ECJ in *Huawei* those questions should be rephrased to: Under what procedure should access to SEPs be granted under EU Competition Law? By rephrasing the hot issues to an issue regarding procedure, the ECJ circumvents several difficult topics. Nonetheless, some answers may be identified. Firstly, only actions for injunctions (injunctive relief) and recall of products may amount to an abuse if the proprietor has made a FRAND commitment. Actions for damages and presentations of accounts may not amount to an abuse. Secondly, the

burden of defining the FRAND royalty rate seems to have been placed on the proprietor. However, it should be noted that in para 66 of the judgement, the willing licensee only can successfully claim to be an victim of an abuse if its counter offer has identified the FRAND royalty rate. What if neither the offer nor the counter offer corresponds to FRAND? Is an action for injunctive relief still an abuse, or? Possibly, the proprietor has to bear the burden of these omissions, and can still not take action in the effort to obtain an injunctive relief without risking committing an abuse of Art. 102 TFEU.

If the EU agencies and now the ECJ have defined the procedure for gaining access on FRAND terms, the national courts may still, in the end, be forced to define significant details: Chiefly the FRAND royalty rate in clear numbers, but also other FRAND terms. Or, at least, depending on how the parties make their arguments, the national court must choose between what the proprietor believes is FRAND and what the potential licensee thinks is FRAND. This issue will now mirror the issue whether there is an abuse or not, and whether the court should order an injunction, or not.

Moreover, according to *Huawei*, the national court may also be faced with two parties wanting them to define FRAND. How should the national courts proceed when establishing these terms and the right FRAND royalty rate? What is a FRAND royalty on a case-by-case basis? It is difficult to see that the ECJ in *Huawei* helped these courts. Rather, the idea seem to be in *Huawei* that the parties will by following the procedure, agree on FRAND and not go to Court. But, we cannot take that for granted. There will be parties that do not agree and where a national court in the end has to define FRAND.

In my opinion it is unfortunate that the development of the standardization/intellectual property/competition law interface has developed in ways, which force national courts to become something of pricing authorities. It does indicate that the standardization system we have built is beset with problems and has involved misconceptions from the outset. The legal system fails because of the way standardization is becoming the arena for global self-regulation, while patents are still too easily obtainable, and Competition Law under Article 101 TFEU and its equivalents are not utilized in a manner promoting innovation and competition. We do

not have the space to develop this line of reasoning further here;²⁰ but given the level of systemic failure, the FRAND procedure requiring access to patents through a process in which national courts will ultimately set the royalties remains the »best« outcome in the sense that existing alternatives are worse.

Moreover, a questions could be raised as to what incentives the new exceptional circumstance doctrine creates for proprietors of future potential dominant technologies. According to the EU case law as it stands now, a proprietor may, thus, have more and extended rights connected to its patents if it keeps them out of the SDOs and outside any irrevocable undertaking to license on FRAND terms. The optimal source of wealth would be to obtain a *de facto* SEP instead of a *de jure* SEP. To create such an incentive, for example for patent trolls, is not benevolent if the goal is to promote the work of SDOs and SSOs and to protect the integrity of the standard-setting procedure. The ECJ states that the patents in the dispute obtained SEP status because they made the irrevocable undertaking to license on FRAND terms. However, that does not necessarily always have to be the case. Moreover, large proprietors may even get an incentive to go for the optimal goal of obtaining the whole market by getting a market to tip in the favour of its technology, i.e. to get the whole market to adopt the proprietor's technology. That creates monopolies both on the technology market and on downstream product markets, while the SDO and standard-setting route often creates, and aim to create, oligopolies on technology markets, and down-stream competition.

5. Conclusion - Recognised Commercial Practises and Patent Trolls

The *Huawei* case has been long awaited and many have hoped that it would be the end to the issue of SEPs and Antitrust; so that we may move on to new issues. However, the question is if *Huawei* is that case. The ECJ ruling gives room for speculations. What should we do with *de facto* standards? How do we define dominance on the behalf of the proprie-

20. Where this is discussed further: Björn Lundqvist, Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws - The Rise and the Limits of Self-Regulation, 2014), chapters 1,2, 3,4, 5 and 7.

tors? If exclusionary effects on product market is of relevance - which the ECJ seems to suggest - will this open up for a more economic approach?

Moreover, what is »recognised commercial practises« that the ECJ refers to in its final ruling? It is normally a legal notion. It is not a phrase or notion used by neoclassical price theorists, i.e. Chicago school economists, rather businessmen and lawyers use it and it connects Competition Law to business conduct. To what business men think, on the one side, is »fair terms« or, on the other side, »abuse«. That is certainly revealing that the ECJ makes this connection.

What to fill that notion with will, probably, in the end find its source in the guidelines and procedural rules for SDOs and SSOs. However, »recognised commercial practises« is a EU Competition Law notion, thus still separate from the good governance rules made up by the SSOs in their procedural rules and IP Guidelines.

So, will *Huawei* end the patent wars? Probably not, it stipulates a narrow procedure that will force the parties to consider settling the case and agree on royalty rates. However, it gives no information for national courts how they should deal with those cases that will wind up in court, and unfortunately the parties in these wars have not been in settling mood, especially not the patent trolls. The ECJ seem to give some leeway to patent trolls to gamble for high royalties. There is no room for infringing potential licensees to seek short-term safe harbour for its business by pushing to go to third party court or arbitration to find out what FRAND is. Not according to ECJ. Instead, the national court should agree whether there is any abuse or not based on the offer and the counter-offer and the answers to those offers.

Modelloven om voldgift og foreløbige retsmidler

Instituteder, professor Peter Amt Nielsen

Modelloven om voldgift fik i 2006 regler, der giver en voldgiftsret kompetence til at iværksætte foreløbige retsmidler, samt regler, der sikrer, at voldgiftsrettens foreløbige retsmidler kan tvangsfuldbyrdes nationalt og internationalt. Danmark blev i 2005 et »modellovsland«. Der redegøres for dansk ret om voldgift og foreløbige retsmidler samt de nye regler i modellen i lyset af, at et udvalg under Voldgiftsinstituttet arbejder med emnet med henblik på at gennemføre de nye regler i modellen i dansk ret.

1. Voldgift og foreløbige retsmidler

De danske domstole kan udstede foreløbige retsmidler i civile sager efter reglerne i retsplejelovens kap. 40, 56, 57 og 57 a. Domstolene har således kompetence til at udstede forbud, påbud og foretage arrest, der kan tvangsfuldbyrdes. De kan også sikre bevis i sager om krænkelse af immaterialrettigheder. Endvidere vil en dansk domstol anerkende og fuldbyrde et foreløbigt retsmiddel fra et andet EU- eller EFTA-land i medfør af Domsforordningen og Luganokonventionen.¹ De undtagelser i Domsforordningen, der gælder for at nægte anerkendelse eller fuldbyrdelse af en dom, gælder også for foreløbige retsmidler.²

1. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område og konvention af 30. oktober 2007 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område, jf. lov nr. 1563 af 20. december 2006 om Bruxelles I-forordningen mv. som ændret ved lov nr. 518 af 28. maj 2013.
2. Hertil kommer ifølge EU-Domstolens retspraksis, at et foreløbigt retsmiddel kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis det er meddelt, uden at den, som det er rettet imod, har haft mulighed for at forsvare sig, jf. art. 2, litra a, in fine, jf. EUD

Derimod har voldgiftsretter ikke, eller i bedste fald sjældent, kompetence til at udstede foreløbige retsmidler, da rekvirenten jo kan gå til domstolene med sin anmodning. Voldgiftsloven indeholder da heller ikke regler, der giver voldgiftsretter kompetence til at udstede foreløbige retsmidler eller regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af sådanne retsmidler. New York-konventionen fra 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser giver heller ikke hjemmel til at anerkende og fuldbyrde foreløbige retsmidler fra en voldgiftsret.³

Internationalt set er der med UNCITRALs revision af Modelloven om international handelsvoldgift (modelloven), der blev afsluttet i 2006, imidlertid lavet en lovregulering af voldgift og foreløbige retsmidler.⁴ Spørgsmålet er naturligvis, hvordan Danmark, der blev et modellovsland i 2005, stiller sig til disse nye regler i modelloven. I det følgende vil der blive redegjort for de nye regler (afsnit 5), men forinden skal der gøres nogle bemærkninger om modelloven (afsnit 2), den danske voldgiftslov (afsnit 3) og gældende dansk ret (afsnit 4).

2. Modelloven

Oprindeligt var voldgift reguleret af national ret og enkelte konventioner, navnlig New York-konventionen. I 1985 vedtog UNCITRAL modelloven om international handelsvoldgift, der særligt i de sidste årtier har fået mange nye »medlemmer«.⁵ Den har dannet grundlag for lovgivning om voldgift i ca. 100 stater eller delstater, herunder Norge, Sverige, England & Wales, Frankrig, Schweiz, Tyskland, Hong Kong og Singapore.

Sag 125/79 (Denilauler). I dansk ret ses hverken teori eller retspraksis at have forholdt sig til anerkendelse og fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler afsagt af domstole fra lande uden for EU.

3. Konvention af 10. juni 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser. Danmark gennemførte konventionen i 1973 ved bekendtgørelse nr. 117 af 7. marts 1973 om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser og om international handelsvoldgift.
4. Modellov af 11. december 1985 om international handelsvoldgift som ændret den 4. december 2006.
5. Se en liste over modellovslande på:
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

Modelloven er ikke en konvention, men derimod en model til en lov, som lovgivere kan benytte frit, dvs. kopiere helt, som f.eks. Tyskland har gjort det, eller i større udstrækning uden dog at »adoptere« alle reglerne i modellen, som f.eks. England & Wales, eller i mindre grad, som f.eks. Sverige. Formålet med modelloven er at bidrage til en ensartet og harmoniseret lovgivning om voldgift i forskellige lande, så de retlige rammer for den internationale handel styrkes. Loven er udtryk for fælles principper på voldgiftsområdet. Hensigten med modelloven er også at sikre voldgift som en effektiv måde at afgøre tvister på under iagttagelse af de fornødne retssikkerhedsgarantier.

Modelloven stiller ikke selv krav til den måde, hvorpå den skal gennemføres i national ret, eller om den skal udfyldes med mere detaljerede regler. I praksis er der af UNCITRAL imidlertid opstillet visse krav til gennemførelsen, for at et land kan blive et modellovsland. Et land skal således have benyttet modelloven som grundlag for sin voldgiftslov, størstedelen af modellovens regler skal være medtaget, og den nationale lov må ikke indeholde regler, der er uforenelige med moderne international voldgiftspraksis.

UNCITRAL etablerede i 2000 en international arbejdsgruppe, der bl.a. skulle udarbejde regler om voldgiftsrettens kompetence til at iværksætte foreløbige retsmidler og foreløbige pålæg samt anerkendelse og fuldbyrdelse heraf. Efter flere års arbejde vedtog UNCITRAL i 2006 regler til modelloven om disse spørgsmål, jf. modellovens kap. IV A.

UNCITRALs regler om voldgift og foreløbige retsmidler har vundet udbredelse både i national lovgivning og ved voldgiftsinstitutter.

Siden 2006 har flere end 20 stater eller delstater gennemført modellovens regler om foreløbige retsmidler i deres nationale lovgivning på en sådan måde, at de indgår i UNCITRAL's liste over »2006-modellovslande«. Der er bl.a. tale om Belgien, Holland, Irland, Litauen, Slovenien, Hong Kong, Florida og syv delstater i Australien. Der er også lande, der ikke er på UNCITRALs liste over »2006-modellovslande«, som ikke desto mindre i deres voldgiftslove har regler, der giver voldgiftsretten kompetence til at udstede foreløbige retsmidler. Dette er f.eks. tilfældet for England & Wales og Tyskland.⁶

De fleste internationale voldgiftsinstitutioners procesreglementer giver også voldgiftsretten mulighed for at udstede foreløbige retsmidler. Reg-

6. The Arbitration Act 1996, section 38 og 39, og Zivilprozessordnung, § 1041.

lerne er bygget over modellovens kap. IV A. Dette er f.eks. tilfældet ved Voldgiftsinstituttet i Danmark, the International Chamber of Commerce's Court of Arbitration (ICC-voldgift), the London Court of International Arbitration, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, the Singapore International Arbitration Centre og Hong Kong International Arbitration Centre.⁷

Også UNCITRALs Arbitration Rules 2010, der er udarbejdet med henblik på ad hoc voldgift, indeholder detaljerede regler om voldgiftsrettens kompetence til at udstede foreløbige retsmidler, jf. nærmere art. 26. Bestemmelsen gengiver i det væsentlige modellovens kap. IV A. I sagens natur indeholder UNCITRALs Arbitration Rules dog ikke regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler, cf. modellovens art. 17 h og 17 i, eller om domstolenes foreløbige retsmidler, cf. modellovens art. 17 j, da sådanne regler hører hjemme i national lovgivning. Ad hoc-reglerne indeholder heller ikke regler om foreløbige pålæg, cf. modellovens art. 17 b og 17 c.

3. Den danske voldgiftslov

Den første danske voldgiftslov fra 1972 var udformet som en »minimumslov«, der alene regulerede visse centrale dele af voldgift.⁹ Hovedformålet med loven var i sin tid alene at indføre nogle få nye regler, som kunne styrke voldgiftens funktioner. Der var navnlig tale om regler om domstolenes bistand til voldgiftsretter og om fuldbyrdelse af danske voldgiftskendelser efter de samme regler, som gælder for domme. Endvidere blev forskellige grundlæggende regler om voldgift, skabt i retspraksis, kodificeret. Endelig åbnede loven op for, at Danmark kunne gen-

7. Jf. hhv. Voldgiftsinstituttets Regler for behandling af voldgiftssager, § 21, ICC Rules of Arbitration 2012, art. 28, stk. 1, LCIA Arbitration Rules 1998, art. 25, og Stockholm Arbitration Rules 2010, art. 32, SIAC Arbitration Rules 2013, art. 26, og HKIAC Arbitration Rules 2013, art. 23.
8. Op til 1972 var voldgift alene lovreguleret ved Danske Lov 1-6-1: »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 giøre, det staar fast og kand ej for nogen Ret til Underkiendelse indstævnis, dog Kongen sin sag forbeholden.« Hertil kom enkelte regler i speciallovgivningen, jf. nærmere Peter Amt Nielsen, International handelsret, 3. udg. 2015, s. 542 ff.

nemføre navnlig New York-konventionen. Hensigten med 1972-voldgiftsloven var derimod ikke at indføre en detaljeret regulering af voldgift.⁹

1972-loven blev undergivet en grundlæggende reform i 2005. Formålet var nu at gennemføre en gennemgribende modernisering og mere komplet regulering af voldgift. Voldgiftsloven fra 2005 regulerer derfor - ligesom modelloven fra 1985 - som udgangspunkt alle væsentlige spørgsmål, der kan opstå i forbindelse med voldgift.¹⁰ Det gælder f.eks. anerkendelse af voldgiftsaftaler, arbitrabilitet, voldgiftsrettens sammensætning, kompetence og sagsbehandling, voldgiftskendelsen og afslutning af voldgiftssagen, sagsomkostninger og sikkerhedsstillelse, tilsidesættelse af voldgiftskendelsen (ugyldighed) og anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser.

Enkelte vigtige spørgsmål er ikke behandlet i modelloven, herunder hvilke tvister der kan afgøres ved voldgift, og sagsomkostninger. 1985-versionen af modelloven indeholder heller ikke regler om voldgiftsretternes kompetence til at udstede foreløbige retsmidler og fuldbyrdelse heraf, men sådanne regler blev som nævnt indarbejdet i modelloven i 2006. Den danske voldgiftslov har ikke regler, der giver voldgiftsretten kompetence til at udstede foreløbige retsmidler, eller regler om tvangsfuldbyrdelse af sådanne retsmidler.

2005-voldgiftsloven skulle, ud over at styrke retssikkerheden i voldgift, bidrage til, at Danmark blev et mere attraktivt forum for international voldgift til gavn for dansk erhvervsliv. Det var derfor vigtigt, at voldgiftsloven blev udarbejdet i overensstemmelse med internationale standarder, dvs. modelloven.¹¹ Og det ser ud til at være lykkedes. Antallet af internationale voldgiftssager ved Voldgiftsinstituttet har således været stigende siden 2005. Det skyldes nok, at Danmark er blevet et modellovsland. Voldgiftsloven svarer dermed i vidt omfang til voldgiftslovgivningen i alle de andre 98 modellovlande, hvorfor parter fra disse lande og sikkert også andre lande givetvis lettere accepterer voldgift her i landet.

Initiativet til den danske voldgiftsreform blev taget af Advokatrådet i 2002, hvor Rådet etablerede en arbejdsgruppe, der fik til opgave at arbejde for en moderne lov om voldgift i Danmark og udarbejde et udkast til

9. Bet. 414/1966, s. 30-31 og FT 1971-72, tillæg A, s. 89.

10. Lov nr. 553 af 24. juni 2005 (voldgiftsloven).

11. Forslag til lov om voldgift, Folketinget 2004-05 (2. samling), s. 28 (L 127).

en ny voldgiftslov.¹² Arbejdsgruppen udarbejdede på dette grundlag en redegørelse om voldgift og et udkast til en ny dansk voldgiftslov med bemærkninger, som blev overgivet til justitsministeren i 2003.¹³ Redegørelsen er opbygget som en betænkning.¹⁴

Justitsministeriet sendte Advokatrådets redegørelse og lovudkast i høring i 2003. Erhvervslivets repræsentanter var overordnet meget positive over for en reform af voldgiftsloven i overensstemmelse med Advokatrådets lovudkast. Herefter anmodede Justitsministeriet i 2004 Retsplejerådet om en udtalelse om Advokatrådets redegørelse. Retsplejerådet tiltrådte, at der var behov for en modernisering af voldgiftsloven, og at moderniseringen burde foretages i lyset af den internationale udvikling, dvs. modelloven. Justitsministeriet fandt i lighed med Advokatrådet, at en ny voldgiftslov burde leve op til internationale standarder således, at loven også kunne bidrage til international anerkendelse af dansk voldgift.¹⁵

Advokatrådets redegørelse om reform af voldgiftsloven indeholdt i lyset af de da igangværende forhandlinger i UNCITRAL om voldgiftsrettens kompetence til at udstede foreløbige retsmidler også nogle forslag herom. For det første foreslog arbejdsgruppen, at voldgiftsretten på en parts anmodning kan iværksætte foreløbige retsmidler og pålægge den part, der har begæret det foreløbige retsskridt iværksat, at stille sikkerhed, jf. lovudkastets § 15. For det andet foreslog arbejdsgruppen, at voldgiftsrettens kendelse om iværksættelse af foreløbige retsmidler, jf. § 15, skal fuldbyrdes efter retsplejelovens regler om fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler, og at retten uanset voldgiftsrettens bestemmelse om sikkerhedsstillelse kan kræve sikkerhedsstillelse eller supplerende sikkerheds-

12. Advokatrådet, Reform af voldgiftsloven, s. 17 f (Reform af voldgiftsloven). Arbejdsgruppens medlemmer var advokaterne Jesper Lett, Stig Bigaard, Karsten Havkrog Pedersen, Karsten Kristoffersen og Rasmus Møller Madsen samt lektor Peter Amt Nielsen (formand).

13. Om redegørelsen, se 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.

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

15. L 127, s. 28. Retsplejerådets udtalelse, der blev afgivet efter en drøftelse med Advokatrådets arbejdsgruppe, er optrykt i L 127, s. 90 ff. L 127 er i det væsentlige enslydende med Advokatrådets lovudkast. De vigtigste forskelle er behandlet af Peter Amt Nielsen, Juridisk Institut Julebog 2005, s. 57 ff.

stillelse af den part, som kræver det foreløbige retsskridt fuldbyrdet, jf. lovudkastets § 39, stk. 5. Forslagene blev begrundet med, at de ville fremme voldgiftens effektivitet og have klare procesøkonomiske fordele.¹⁶

Både Retsplejerådet og Justitsministeriet var imidlertid kritiske over for forslaget i lovudkastets § 39, stk. 5. Retsplejerådet anbefalede, at bestemmelsen udgik, fordi forslaget om tvangsfuldbyrdelse af voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler efter Rådets opfattelse rejste en række tvivlsspørgsmål af væsentlig principiel og praktisk betydning. Justitsministeriet var på linje med Retsplejerådet og fandt, at forslaget burde udgå af de af Rådet anførte grunde og under hensyntagen til de på dette tidspunkt endnu ikke afsluttede forhandlinger i UNCITRAL om voldgift og foreløbige retsmidler. Advokatrådets arbejdsgruppe foreslog derfor, at spørgsmålet om fuldbyrdelse af voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige retsmidler isoleret set kunne afvente resultatet af forhandlingerne i UNCITRAL.¹⁷ Af disse grunde indeholder 2005-voldgiftsloven ikke regler om voldgiftsrettens kompetence til at udstede foreløbige retsmidler og tvangsfuldbyrdelse heraf.

I slutningen af 2012 nedsatte Voldgiftsinstituttet et udvalg, der vurderer, om UNCITRAL-voldgiftsreglementet om foreløbige retsmidler bør gennemføres i dansk ret. I bekræftende fald skal udvalget udarbejde et lovudkast herom. Udvalget forventer at afslutte arbejdet i slutningen af 2015 eller begyndelsen af 2016.¹⁸ Det er muligt, at udvalget også vil tage andre emner op, f.eks. appelbegrænsning af domstolenes afgørelser på voldgiftsområdet.

4. Gældende dansk ret

Voldgiftsloven indeholder som nævnt ikke regler, der udtrykkeligt giver voldgiftsretten kompetence til at iværksætte foreløbige retsmidler eller

16. Reform af voldgiftsloven, s. 180 f og s. 208.

17. L 127, s. 42-44 og s. 96.

18. Udvalget består af advokaterne Jesper Lett (formand for Voldgiftsinstituttet), Jørgen Holst, Håkun Djurhuus, Aage Krogh, Mathias Steinø, Ole Spiermann, Georg Lett, Julie Amth Jørgensen og Claus Søgaard-Christensen samt forhenværende præsident for Højesteret Torben Melchior, generalsekretær for Voldgiftsinstituttet Steffen Pihlblad og professorerne Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen og Peter Amt Nielsen (formand).

regler, der giver domstolene mulighed for at anerkende og fuldbyrde et af en voldgiftsret iværksat foreløbigt retsmiddel. Uanset den manglende udtrykkelige hjemmel i voldgiftsloven om voldgiftsrettens kompetence til at iværksætte et foreløbigt retsmiddel kan parterne ved aftale tillægge en voldgiftsret en sådan kompetence. Imidlertid kan et sådant retsmiddel ikke anerkendes og fuldbyrdes af domstolene i Danmark.¹⁹

Efter voldgiftslovens § 17 kan en voldgiftsret efter anmodning fra en part pålægge en anden part at foretage sådanne foreløbige skridt, som voldgiftsretten finder nødvendige. Voldgiftsretten kan pålægge en part at stille passende sikkerhed. Bestemmelsen, der svarer til modellovens art. 17, kan fraviges ved aftale. Det er overladt til voldgiftsrettens skøn at vurdere, om det er nødvendigt at pålægge en part at foretage foreløbige skridt, og i givet fald hvilke. Bestemmelsen indeholder ikke særlige begrænsninger i, hvilke foreløbige skridt en part kan pålægges at tage. En part kan dog kun pålægges at foretage skridt, der både formelt og reelt er foreløbige.²⁰

I forbindelse med en beslutning om foreløbige skridt kan voldgiftsretten pålægge en part at stille passende sikkerhed, jf. § 17, 2. pkt. Voldgiftsretten fastsætter sikkerhedens art og størrelse og kan betinge iværksættelsen af et foreløbigt skridt af at sikkerheden er stillet. Den part, der har anmodet om foreløbige skridt, kan blive erstatningsansvarlig for tab, som det foreløbige skridt har medført, hvis parten ikke får medhold i sit krav ved sagens endelige afgørelse.

Voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige skridt kan ikke tvangsfuldbyrdes. Hvilke retsvirkninger der i øvrigt er forbundet med en eventuel manglende efterlevelse af voldgiftsrettens afgørelser om foreløbige skridt, beror på parternes aftale. Der kan eventuelt blive tale om erstatningsansvar.

Forholdet mellem voldgift og domstolenes mulighed for at iværksætte foreløbige retsmidler er reguleret ved voldgiftslovens § 9, der bestemmer, at domstolene efter anmodning fra en part kan iværksætte foreløbige retsmidler eller tvangsfuldbyrdelse, selv om tvisten efter parternes aftale

19. Jakob Juul og Peter Fauerholdt Thommesen, *Voldgiftsret*, 2. udg. 2007, s. 220, antager, at voldgiftslovens § 17 formentlig giver voldgiftsretten hjemmel til at udstede foreløbige retsmidler i form af arrest, forbud og bevissikring under de betingelser, som retsplejeloven stiller, i hvert fald hvor voldgiftsrettens medlemmer er fra Danmark.

20. L 127, s. 69.

skal afgøres ved voldgift. Dette gælder, hvad enten voldgiftssagen er indledt eller ej. § 9 anvendes, hvad enten voldgiften finder sted her i landet eller i udlandet, eller det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted, jf. voldsgiftslovens § 1, stk. 2. Den kan ikke fraviges ved aftale. Uanset at en tvist skal afgøres ved voldgift, kan en part således gennem domstolene få foretaget arrest, nedlagt forbud eller sikret bevis efter retsplejens regler. Det foreløbige retsmiddel kan tvangsfuldbyrdes af domstolene.

5. Modellovens regler om foreløbige retsmidler

Modellovens regler om foreløbige retsmidler findes i lovens kap. IV A, der også har regler om foreløbige pålæg. De centrale elementer er dels, at voldsgiftsretten kan udstede foreløbige retsmidler og pålæg, dels at voldsgiftsrettens foreløbige retsmidler kan anerkendes og tvangsfuldbyrdes af domstolene. Reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldsgiftsrettens foreløbige retsmidler er udarbejdet med udgangspunkt i modellovens regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldsgiftskendelser, jf. dennes art. 35 og 36.

Modellovens kap. IV A, afsnit 1 indeholder regler om voldsgiftsrettens foreløbige retsmidler, mens afsnit 2 har regler om voldsgiftsrettens foreløbige pålæg. I afsnit 3 er der fælles regler for foreløbige retsmidler og foreløbige pålæg. Afsnit 4 regulerer anerkendelse og fuldbyrdelse af voldsgiftsrettens foreløbige retsmidler. Afsnit 5 har en regel om domstolenes foreløbige retsmidler.

5.1. Foreløbige retsmidler

Modellovens art. 17 og 17 a regulerer voldsgiftsrettens kompetence til at iværksætte foreløbige retsmidler og betingelserne herfor. Begrebet »foreløbigt retsmiddel« er defineret som »en midlertidig afgørelse afsagt som kendelse eller i anden form forud for den voldsgiftskendelse, der endeligt afgør tvisten«, jf. art. 17, stk. 2.

Ved det foreløbige retsmiddel kan voldsgiftsretten pålægge en part at fastholde eller genoprette en given tilstand indtil voldgiftssagen er afgjort; foretage en handling, der ville forhindre, eller undlade at foretage en handling, som er egnet til at forårsage, aktuel eller overhængende skade eller påvirke voldsgiftssagens forløb; eller sikre aktiver, som kan tjene som genstand for tvangsfuldbyrdelse af voldsgiftskendelsen. Det foreløbi-

ge retsmiddel kan også være rettet mod at bevare beviser, som kan være relevante og væsentlige for afgørelse af voldgiftssagen, jf. i det hele art. 17, stk. 2, litra a-d.

Parterne kan ved aftale udelukke voldgiftsrettens kompetence til at iværksætte foreløbige retsmidler, jf. modellovens art. 17, stk. 1. Ifølge denne regel kan voldgiftsretten på en parts begæring iværksætte foreløbige retsmidler, medmindre parterne har aftalt andet. Det foreløbige retsmiddel kan kun iværksættes, efter at den, som det er rettet imod, har haft mulighed for kontradiktion.

Modellovens art. 17 a, stk. 1, fastsætter betingelserne for iværksættelse af et foreløbigt retsmiddel. Den part, der anmoder voldgiftsretten herom, skal godtgøre, at den skade, der påføres ham, hvis anmodningen afvises, ikke på passende måde kan kompenseres ved en kendelse, der tilkender ham erstatning, og at denne skade væsentligt overstiger den skade, som påføres den part, som det foreløbige retsmiddel er rettet imod, hvis det iværksættes.

Parten, der anmoder om det foreløbige retsmiddel, skal også godtgøre, at der er rimelig mulighed for, at hans krav er berettiget. Voldgiftsrettens afgørelse af dette spørgsmål er ikke bindende for voldgiftsretten ved senere afgørelser. Skal det foreløbige retsmiddel sikre bevis, gælder disse to betingelser kun, i det omfang voldgiftsretten finder det hensigtsmæssigt.

5.2. Foreløbige pålæg

Voldgiftsrettens kompetence til at iværksætte foreløbige pålæg og betingelserne herfor er fastsat i modellovens art. 17 b og 17 c, der i modsætning til art. 17 ikke indeholder en definition af et »foreløbigt pålæg«. Art. 17 c fastsætter nogle processuelle regler for foreløbige pålæg.

Efter modellovens art. 17 b, stk. 1, kan voldgiftsretten på en parts begæring iværksætte et foreløbigt pålæg forud for et foreløbigt retsmiddel for at sikre, at formålet med det foreløbige retsmiddel ikke forspildes. Voldgiftsrettens kompetence hertil kan dog afskæres eller begrænses ved parternes aftale. Pålægget kan iværksættes, uden at den, mod hvem det er rettet, får meddelelse om begæringen om pålægget.

Voldgiftsretten kan iværksætte det foreløbige pålæg, såfremt den finder, at en meddelelse om anmodningen om det foreløbige retsmiddel forud for dets foretagelse til den part, som det er rettet imod, vil indebære, at formålet med retsmidlet forspildes, jf. art. 17 b, stk. 2. Endvidere skal betingelserne i art. 17 a være opfyldt, for at et foreløbigt pålæg kan meddeles. I så fald er den skade, der skal bedømmes efter § 17 a, stk. 1,

litra a, den skade, der kan forventes at indtræde, afhængigt af om pålægget meddeles eller ej, jf. art. 17 b, stk. 3.

Umiddelbart efter at voldgiftsretten har truffet afgørelse om en anmodning om at pålægge et foreløbigt pålæg, skal den underrette parterne om anmodningen om det foreløbige retsmiddel, anmodningen om det foreløbige pålæg, det foreløbige pålæg, hvis det er givet, og al anden kommunikation, herunder en angivelse af indholdet af mundtlig kommunikation mellem en part og voldgiftsretten i forbindelse hermed, jf. modellovens art. 17 c, stk. 1. Samtidig skal voldgiftsretten give enhver part, mod hvem det foreløbige pålæg er rettet, mulighed for at fremføre sin sag snarest muligt, jf. art. 17 c, stk. 2. Herefter skal voldgiftsretten omgående træffe afgørelse om indsigelser mod det foreløbige pålæg, jf. art. 17 c, stk. 3.

Et foreløbigt pålæg er tidsbegrænset og ophører 20 dage efter udstedelsen, jf. modellovens art. 17 c, stk. 4. Voldgiftsretten kan dog ved en ny afgørelse iværksætte et foreløbigt retsmiddel, der tiltræder eller ændrer det foreløbige pålæg, efter at den part, mod hvem det foreløbige pålæg er rettet, er blevet informeret herom og har haft lejlighed til at fremføre sin sag.

Et foreløbigt pålæg er bindende for parterne, men det er ikke en voldgiftskendelse, hvorfor det ikke kan tvangsfuldbyrdes af domstolene, jf. modellovens art. 17 c, stk. 5.

5.3. Fælles regler

Modellovens kap. IV A, afsnit 3, har fælles regler for foreløbige retsmidler og foreløbige pålæg. De fælles regler angår ændring, suspension eller ophør af et retsmiddel eller pålæg, sikkerhedsstillelse, fremlæggelse af oplysninger, omkostninger og erstatningsansvar.

Efter art. 17 d kan voldgiftsretten på en parts anmodning træffe afgørelse om ændring, suspension eller ophør af et foreløbigt retsmiddel eller et foreløbigt pålæg, som den har meddelt. Voldgiftsretten kan også gøre dette af egen drift i særlige tilfælde, hvis parterne er underrettet herom forud for afgørelsen.

Voldgiftsretten kan pålægge en part, der anmoder om iværksættelse af et foreløbigt retsmiddel, at stille passende sikkerhed. Det kan den også pålægge en part, der anmoder om iværksættelse af et foreløbigt pålæg, at gøre, medmindre voldgiftsretten finder dette uhensigtsmæssigt eller unødvendigt, jf. modellovens art. 17 e.

Ifølge § 17 f, stk. 1, kan voldgiftsretten kræve, at en part omgående redegør for væsentlige ændringer af de forhold, som lå til grund for anmodningen om det foreløbige retsmiddel eller det foreløbige pålæg og iværksættelsen heraf.

En part, der anmoder om iværksættelse af et foreløbigt pålæg, skal over for voldgiftsretten redegøre for alle forhold, der kan være relevante for voldgiftsrettens afgørelse af, om pålægget skal meddeles eller ej. Denne forpligtelse gælder indtil det tidspunkt, hvor den part, mod hvem pålægget er rettet, har haft mulighed for at fremføre sin sag. Efter dette tidspunkt gælder stk. 1, jf. modellovens art. 17 f, stk. 2.

Om parternes erstatningspligt fastsætter modellovens art. 17 g, at den part, som anmoder om iværksættelse af et foreløbigt retsmiddel eller et foreløbigt pålæg, skal erstatte den anden part de omkostninger og det tab, som retsmidlet eller pålægget forårsager, såfremt voldgiftsretten senere bestemmer, at der efter forholdene ikke var grundlag for at iværksætte retsmidlet eller pålægget. Voldgiftsretten kan tilkende sådanne omkostninger og erstatning på ethvert tidspunkt under voldgiftssagen.

5.4. Anerkendelse og fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler

Anerkendelse og fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler er reguleret i modellovens art. 17 h og 17 i. Reglerne er udformet med udgangspunkt i modellovens art. 35 og 36 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser. Art. 17 h og 17 i omfatter ikke foreløbige pålæg, da disse kun binder parterne og ikke kan tvangsfuldbyrdes, jf. art. 17 c, stk. 5.

Hovedreglen er fastsat i art. 17 h, stk. 1, hvorefter et foreløbigt retsmiddel iværksat af en voldgiftsret har bindende virkning og kan, medmindre andet er bestemt af voldgiftsretten, efter anmodning tvangsfuldbyrdes af den kompetente ret, uanset i hvilket land retsmidlet var iværksat. Undtagelser hertil er fastsat i art. 17 i.

Domstolen i det land, hvor der anmodes om anerkendelse eller fuldbyrdelse, kan, hvis den finder det hensigtsmæssigt, pålægge rekvirenten at stille passende sikkerhed, såfremt voldgiftsretten ikke allerede har truffet bestemmelse herom. Det kan domstolen også, hvor den finder, at sikkerhedsstillelse er nødvendigt for at beskytte tredjemands rettigheder, jf. art. 17 h, stk. 3.

Den part, som anmoder om eller har fået anerkendt eller tvangsfuldbyrdet et foreløbigt retsmiddel, skal omgående underrette domstolen om ethvert ophør eller enhver suspension eller ændring af det foreløbige retsmiddel, jf. art. 17 h, stk. 2.

5.5. Undtagelser til anerkendelse og fuldbyrdelse

Undtagelserne til anerkendelse og fuldbyrdelse af et af voldgiftsretten iværksat foreløbigt retsmiddel er fastsat i modellovens art. 17 i. Bestemmelsen indeholder ni nægtelsesgrunde, hvoraf de seks svarer til modellovens art. 35, da art. 17 i henviser til art. 35, stk. 1, nr. 1, litra 1, a-d, og til art. 35, stk. 1, nr. 2, litra a og b. Af de resterende tre nægtelsesgrunde er to af dem udformet med særligt henblik på foreløbige retsmidler, mens den tredje er en variant af modellovens art. 35, stk. 1, nr. 1, litra e.

Modellovens art. 17 i indeholder en udtømmende angivelse af nægtelsesgrundene. I øvrigt er nægtelsesgrundene inddelt i seks grunde, der kun prøves af retten efter en parts begæring (art. 17 i, stk. 1, nr. 1), og tre grunde, der prøves af retten af egen drift (art. 17 i, stk. 1, nr. 2). Samme struktur er anvendt i modellovens art. 35 om nægtelse af anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser. Anvendelse af de seks fakultative nægtelsesgrunde i art. 17 i, stk. 1, nr. 1, forudsætter, at den part, mod hvem det foreløbige retsmiddel påberåbes, anmoder om det og godtgør, at den nægtelsesgrund, der påberåbes, er opfyldt.

5.5.1. *Fakultative nægtelsesgrunde*

Ifølge modellovens art. 17 i, stk. 1, nr. 1, litra a, kan anerkendelse eller fuldbyrdelse af et foreløbigt retsmiddel nægtes, hvis dette er berettiget i henhold til art. 35, stk. 1, nr. 1, litra a-d. Art. 35, stk. 1, nr. 1, fastslår, at en voldgiftskendelse - og dermed et foreløbigt retsmiddel udstedt af voldgiftsretten - kan nægtes anerkendelse eller fuldbyrdelse i fire tilfælde.

Det sker for det første, hvis en af parterne i voldgiftsaftalen manglede retlig handleevne efter loven i det land, hvori denne havde bopæl ved aftalens indgåelse, eller hvis voldgiftsaftalen er ugyldig efter den lov, som parterne har vedtaget for den, eller i mangel af en sådan vedtagelse efter loven i det land, hvor voldgiftskendelsen er afsagt.

For det andet kan et foreløbigt retsmiddel nægtes anerkendelse eller fuldbyrdelse, hvis den part, mod hvem det foreløbige retsmiddel påberåbes, ikke fik behørig meddelelse om udpegningen af en voldgiftsdommer eller om voldgiftssagens behandling eller af andre grunde var ude af stand til at fremføre sin sag.

For det tredje kan et foreløbigt retsmiddel nægtes tvangsfuldbyrdelse, hvis det foreløbige retsmiddel behandler en tvist, der ikke er omfattet af voldgiftsaftalen, eller afgør spørgsmål, som falder uden for voldgiftsaftalen.

For det fjerde kan et foreløbigt retsmiddel nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, såfremt voldgiftsrettens sammensætning eller voldgiftssagens behandling ikke var i overensstemmelse med parternes aftale eller med loven i det land, hvor voldgiften fandt sted.

Ud over at henvise til de fire nægtelsesgrunde i modellovens art. 35, stk. 1, nr. 1, litra a-d, indeholder modellovens art. 17 i, stk. 1, nr. 1, som nævnt to selvstændige nægtelsesgrunde udformet med fokus på foreløbige retsmidlers særlige karakter. Disse to regler findes i stk. 1, nr. 1, litra b og c.

Ifølge art. 17 i, stk. 1, nr. 1, litra b, kan et af voldgiftsretten udstedt foreløbigt retsmiddel nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis der ikke er stillet sikkerhed for det foreløbige retsmiddel i overensstemmelse med voldgiftsrettens afgørelse herom.

Ifølge art. 17 i, stk. 1, nr. 1, litra c, kan et af voldgiftsretten iværksat foreløbigt retsmiddel nægtes anerkendelse eller fuldbyrdelse, hvis det foreløbige retsmiddel er bragt til ophørt eller suspenderet af voldgiftsretten eller, hvor dette følger af loven, af en domstol i det land, hvor voldgiften finder sted, eller i henhold til loven i den stat, efter hvis lov det foreløbige retsmiddel var meddelt. Denne nægtelsesgrund svarer med de nødvendige tilpasninger til modellovens art. 35, stk. 1, nr. 1, litra e, hvorefter en voldgiftskendelse kan nægtes anerkendelse eller fuldbyrdelse, hvis den endnu ikke er blevet bindende for parterne eller er blevet tilsidesat eller suspenderet af en domstol i det land, hvor den er afsagt, eller efter hvis ret den er afsagt.

5.5.2. *Obligatoriske nægtelsesgrunde*

Modellovens art. 17 i, stk. 1, nr. 2, indeholder de tre obligatoriske nægtelsesgrunde i litra a og b. Disse er kendetegnet ved, at en domstol af egen drift skal tage stilling til, om de foreligger i forbindelse med en anmodning om anerkendelse og fuldbyrdelse af et af en voldgiftsret udstedt foreløbigt retsmiddel. Bestemmelsen indeholder tre nægtelsesgrunde. Den første nægtelsesgrund i litra a er rettet mod eventuelle manglende muligheder, som domstolen har for at tvangsfuldbyrde det foreløbige retsmiddel henset til indholdet og de tilsigtede retsvirkninger af retsmidlet. De to andre nægtelsesgrunde, jf. litra b, fastsætter, at anerkendelse og fuldbyrdelse af det foreløbige retsmiddel skal ske, når nægtelse er berettiget i henhold til modellovens art. 36, stk. 1, nr. 2, litra a og b, der jo gælder for nægtelse af anerkendelse og fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse.

Ifølge modellovens art. 17 i, stk. 1, nr. 2, litra a, skal anerkendelse og fuldbyrdelse af et foreløbigt retsmiddel nægtes, hvis det foreløbige retsmiddel er uforeneligt med rettens kompetence. Dette gælder dog ikke, hvis retten mener, at retsmidlet i det nødvendige omfang og uden at ændre retsmidlets indhold kan omformuleres og dermed komme i overensstemmelse med rettens kompetence.

Modellovens art. 17 i, stk. 1, nr. 2, litra b, bestemmer, at retten skal nægte anerkendelse og fuldbyrdelse af et foreløbigt retsmiddel, hvis en af grundene i art. 36, stk. 1, nr. 2, litra a eller b, er til stede. Heri ligger for det første, at retten skal nægte at anerkende og fuldbyrde det foreløbige retsmiddel, hvis tvisten efter anerkendelsesstatens ret efter sin art ikke kan afgøres ved voldgift, dvs. hvis tvisten ikke er arbitrabel, jf. art. 36, stk.

1, nr. 2, litra a. For det andet skal retten nægte anerkendelse og fuldbyrdelse af det foreløbige retsmiddel, hvis anerkendelse eller fuldbyrdelsen vil være åbenbart uforenelig med anerkendelsesstatens retsorden, dvs. ordre public, jf. art. 36, stk. 1, nr. 2, litra b.

5.5.3. *Grundlæggende principper*

Modellovens art. 17 i, stk. 2, fastsætter, at enhver afgørelse, som retten træffer i henhold til stk. 1, kun har retsvirkning i forhold til anerkendelse og fuldbyrdelse af det foreløbige retsmiddel. Retten i det land, hvori der anmodes om anerkendelse og fuldbyrdelse, må ikke ved afgørelsen heraf efterprøve det foreløbige retsmiddel med hensyn til sagens realitet. Bestemmelsen knæsetter således to grundlæggende principper for anerkendelse og fuldbyrdelse af foreløbige retsmidler.

For det første har den afgørelse, som retten træffer i forhold anerkendelse og fuldbyrdelse af det foreløbige retsmiddel, kun retsvirkning i forhold til netop anerkendelse og fuldbyrdelse af det foreløbige retsmiddel. Afgørelsen af dette spørgsmål må således ikke have retsvirkninger for anerkendelse og fuldbyrdelse af den voldgiftskendelse, der til sin tid afgør tvisten mellem parterne.

For det andet må den ret, der skal tage stilling til anerkendelse og fuldbyrdelse af et foreløbigt retsmiddel, ved afgørelsen heraf ikke efterprøve det foreløbige retsmiddel med hensyn til sagens realitet. Heri ligger, at den anerkendende ret ikke må undersøge, om det af voldgiftsretten udstedte foreløbige retsmiddel var udstedt med rette.

5.6. Domstolenes foreløbige retsmidler

Endelig regulerer modellovens art. 17 j domstolenes foreløbige retsmidler. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med modellovens art. 9, hvorefter domstolene efter anmodning fra en part kan iværksætte foreløbige retsmidler eller tvangsfuldbyrdelse, selv om tvisten efter parternes aftale skal afgøres ved voldgift. Ifølge art. 17 j, har domstolene samme kompetence til at udstede foreløbige retsmidler i forbindelse med en voldgiftssag uanset om voldgiften finder sted i domstolslandet eller i udlandet, som de har i forbindelse med en retssag. Domstolene skal udøve denne kompetence i overensstemmelse med dens nationale regler og tage de særlige forhold i international voldgift i betragtning.

Ryanair-sagen

- som eksempel på retskildeudviklingen i dansk arbejdsret i EU-kontekst

Professor Ruth Nielsen

I artiklen gennemgås Ryanair-sagen. Det påvises, at den afspejler den generelle retskildeudvikling i EU-arbejdsretten, og at der uanset EU-medlemskabet er samme konfliktret til støtte for overenskomstkrav mod udenlandske arbejdsgivere, som der har været i mere end 100 år over for danske arbejdsgivere.

1. Indledning

I denne artikel analyserer jeg Arbejdsrettens dom af 1. juli 2015 i Ryanair-sagen¹ og diskuterer, hvordan den afspejler retskildeudviklingen i EU-arbejdsretten, og om den er en udfordring til eller en bekræftelse af den klassiske kollektiv arbejdsretlige aftalemodel, der har været benyttet i Danmark i mere end 100 år.

2. Karakteristiske træk ved den klassiske danske kollektiv arbejdsretlige aftalemodel som den var før EU-medlemskabet

Den klassiske kollektiv arbejdsretlige danske aftalemodel er godt 100 år gammel og var rent dansk. EF/EU blev først stiftet i 1958. Den folkeretlige regulering af arbejdsretlige spørgsmål er stort set først kommet til efter ILO's stiftelse i 1919. I Danmark udvikledes arbejdsretten tidligt som en

1. Sag AR 2015.0083, online på Arbejdsrettens webside www.arbejdsretten.dk.

selvstændig juridisk disciplin. Det skete i slutningen af det 19. og begyndelsen af det 20. århundrede, der var en periode, hvor aftalebaseret markedsøkonomi og nationalstater kom til at spille en stor politisk og økonomisk rolle i Europa.² Danmark var for ca. 50-100 år siden et foregangsland inden for den kollektive arbejdsret, men bl.a. af sproglige grunde var den danske model ikke særlig kendt uden for Skandinavien.³

2.1. Retskilden Danske kollektive overenskomster som primær retskilde

Kollektive overenskomster var den helt dominerende retskilde. De håndhævedes i et særligt partsstyret fagretligt system (Arbejdsretten og faglig voldgift).

Det er karakteristisk for den kollektive overenskomst, at der altid optræder en kollektivitet som part på lønmodtagersiden, typisk et fagforbund, f.eks. Dansk Metal, 3F etc. På arbejdsgiversiden behøver der derimod ikke at være tale om en kollektiv part (en arbejdsgiverorganisation). Den enkelte virksomhed, der ikke er medlem af en organisation, kan selv indgå en kollektiv overenskomst.

Danske kollektive aftaler er kun forpligtende for parterne. En dansk arbejdsgiver er derfor som helt dominerende hovedregel kun overenskomstforpligtet, hvis den pågældende enten direkte eller indirekte gennem medlemskab i en arbejdsgiverorganisation har gjort sig til part i en kollektiv aftale. Danmark har aldrig haft almengyldige kollektive overenskomster (overenskomster med *erga omnes* effekt), dvs. et system, hvorved en kollektiv overenskomst ved en forvaltningsakt udstrækkes til at være forpligtende for andre end parterne, typisk alle virksomheder i en branche.

Overenskomstdækningen, dvs. den procentdel af arbejdsgiverne, der er overenskomstforpligtet, er derfor aldrig 100 % i den danske aftalemodel, da nogle arbejdsgivere ikke vil være med. Organisationsprocenterne, dvs. den andel af arbejdstagerne, der er medlemmer af en fagfor-

2. Se om de retlige forudsætninger for markedsøkonomi Supiot, Alain: The dogmatic foundations of the market (comments illustrated by some examples from labour law and social security law), *Industrial Law Journal* 2000 p. 321 og Supiot, Alain: *Homo Juridicus: On the anthropological function of the law*, London 2007.
3. Hepple, Bob: *The Making of labour law in Europe. A comparative study of nine countries up to 1945*, London, 1986, p. 7.

ening, er og har i mange år være høje i Danmark sammenlignet med situationen i andre lande i Europa.

Kollektive overenskomster håndhæves i et særligt fagretligt system (Arbejdsretten og faglig voldgift). I 1908 nedsattes det såkaldte Augustudvalg, der resulterede i tre vigtige regelkomplekser:

1. Normen fra 1908/ der var en kollektiv overenskomst, som indeholdt regler for behandling af faglig strid ved faglig voldgift.
2. Den første forligsmandslov fra 1910.
3. Den første arbejdsretslov (dengang loven om Den faste Voldgiftsret), ligeledes fra 1910.

Andre retskilder, som i andre lande har spillet en stor rolle som arbejdsretlige kilder, havde kun ringe betydning i den klassiske danske aftalemodel. Det gælder f.eks. grundloven, der stort set ikke beskytter grundlæggende arbejdstagerrettigheder. Der er f.eks. ikke forbud i den danske grundlov mod kønsdiskrimination eller etnisk diskrimination. Almindelig lovgivning og domme fra de almindelige domstole spillede også før EU-medlemskabet en temmelig lille rolle i dansk arbejdsret.

2.2. Aktører: Stærk dominans af arbejdsmarkedets parter

De kollektive arbejdsmarkedsparter (især LO og DA) havde næsten monopol på at regulere arbejdsretlige problemer. Andre aktører (lovgivere, almindelige domstole, forskere med flere) spillede en perifer rolle.

De første fagforeninger i Danmark blev stiftet blandt faglærte mandlige arbejdere i perioden kort efter lavsvæsenets afskaffelse ved næringsloven af 1857, der trådte i kraft i 1862. Slutningen af det 19. århundrede og begyndelsen af det 20. århundrede bredte organiseringen sig til ufaglærte arbejdere. LO (Landsorganisationen i Danmark) blev stiftet i 1898. Arbejdsgiversiden begyndte at organisere sig lidt senere end lønmodtagerne. DA (Dansk Arbejdsgiverforening) blev oprettet i 1896.

I de vestlige industrilande har det historiske forløb i hovedsagen været det samme. Ved overgangen fra det før-industrielle samfund til industri-

4. Nu afløst af Nonnen fra 2006, se <http://www.arbejdsretten.dk/arbejdsretten/regler/normen.aspx>, der trådte i kraft 1.3.2008 samtidig med den nugældende lov om arbejdsretten og faglige voldgiftsretter.

samfundet var strejke og arbejdersammenslutninger strafbare.⁶¹ England opfattede domstolene f.eks. i store dele af det 19. århundrede samvirken mellem arbejdstagerne for at forbedre løn og arbejdsvilkår som kriminel sammensværgelse (»conspiracy«). I løbet af det 19. århundrede blev arbejdstagernes »conspiracy« afkriminaliseret, og efterhånden afløst af en eller anden grad af retlig beskyttelse af organisationsfriheden. I Danmark anerkendte hovedorganisationerne (LO og DA) i Septemberforliget i 1899, der er en kollektiv overenskomst, hinandens organisationsbestræbelser og afstod fra at lægge hindringer i vejen for dem.

Den danske model, der blev udviklet tidligt i det 20. århundrede, var en partsstyret konsensusmodel, hvor arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer, når de var enige, kunne udøve det meste af den lovgivende, dømmende og udøvende magt på det arbejdsretlige område.⁷

2.3. Konfliktret

Når en organisation eller arbejdsgiver ikke var bundet af en kollektiv overenskomst, var der en vidtgående konfliktret, f.eks. for fagforbund, over for ikke-overenskomstforpligtede arbejdsgivere. Under løbende overenskomst var der vidtgående fredspligt både for arbejdstager- og arbejdsgiversiden. Grænserne for konfliktretten blev i givet fald fastlagt i det fagretlige system, dvs. ved Arbejdsretten eller faglig voldgift.

3. Ryanair-sagen

Sagen angik, om en af Serviceforbundet varslet hovedkonflikt mod Ryanair Ltd. i form af strejke og blokade til støtte for et krav om overens-

5. Se nærmere Folke Schmidt: *Arbetsstridens lagar i det modeme industrisamhället*, i Brantgårde, Lennart, Nils Elvander, Folke Schmidt og Anders Victorin: *Konfliktlösning på arbetsmarknaden*, 1974, s. 155 og Kahn-Freund, Otto: *Labour and the Law*, 1977, s. 225 ff.
6. Se nærmere Schmidt, Folke: *Industrial action: the role of trade unions and employers' organisations*, i Aaron, Benjamin og K W Wedderburn: *Industrial Conflict. A comparative legal survey*, 1972, s. 2 ff. og Jacobs, Antoine: *Collective Self-Regulation in Hepple, Bob: Making of labour law in Europe. A comparative study of nine countries up to 1945*, 1986, s. 193 ff.
7. Se om den kollektive arbejdsret Jacobsen, Per: *Kollektiv arbejdsret*, 1994, Haselbalch, Ole: *Den danske Arbejdsret*, bind III, 2009 og Kristiansen, Jens: *Den kollektive arbejdsret*, 2014.

komstdækning af piloter og kabinepersonale på Ryanairs baser i Danmark (Billund og København) var lovlig.

3.1. Påstande i Ryanair-sagen og Arbejdsrettens konklusion

Klager, LO for Serviceforbundet, nedlagde principalt påstand om, at indklagede Ryanair skulle anerkende, at Serviceforbundets hovedkonfliktvarsel af 3. februar 2015 var lovligt, subsidiært at Ryanair skulle anerkende, at Serviceforbundet lovligt kunne varsle og iværksætte hovedkonflikt til støtte for et krav om overenskomst dækkende besætningsmedlemmer (piloter og kabinepersonale) på Ryanairs baser i Danmark (Billund og København). Ryanair påstod frifindelse. Ryanair nedlagde endvidere selvstændig påstand om, at klager skulle anerkende, at Serviceforbundets hovedkonfliktvarsel af 3. februar 2015 og dermed tillige de varslede sympatikonflikter var ulovlige. Arbejdsretten frifandt Ryanair for LO's principale påstand pga. formelle fejl ved strejkevarslet, men gav LO medhold i den subsidiære påstand.

3.2. Faktiske forhold

Ryanair startede i Danmark i 1999 i Aarhus Lufthavn.⁸¹ marts 2012 etablerede selskabet en base i Billund Lufthavn. På et pressemøde den 29. oktober 2014 annoncerede selskabet, at man ville åbne en base i Københavns Lufthavn den 26. marts 2015.¹ første omgang en base med ét fly, 10 piloter og 20 kabinebesætningsmedlemmer. Inden for et år var det planen at basen skulle vokse til fire fly, 40 piloter og 80 kabinebesætningsmedlemmer, der skulle beflyve op til 13 ruter.

Serviceforbundet sendte den 9. januar 2015 et brev til Ryanair, hvori forbundet udtrykte ønske om at indgå kollektiv overenskomst med Ryanair for piloter og kabinepersonale på Ryanairs baser i København og Billund. Ryanair afviste. Serviceforbundet varslede derefter ved brev af 3. februar 2015 konflikt over for Ryanair i form af blokade og strejke med virkning fra den 26. marts 2015. Ryanair hævdede, at sagen skulle afgøres efter irsk ret, og udtalte offentligt, at man ville møde kollektive kampskridt med retssager. LO anlagde derfor sag mod Ryanair ved Arbejdsretten med krav om anerkendelsesdom for, at der lovligt kunne iværksættes konflikt, se om påstandene i sagen foran i afsnit 3.1.

8. Se Ryanairs 16 år i Danmark,

<http://www.businessrejsenderdenmark.com/newselement.cfm?nID=104677>.

Strejkevarslet blev som nævnt ved Arbejdsrettens dom af 1. juli 2015 anset for afgivet formelt ukorrekt, mens LO fik medhold i, at der lovligt kan varsles hovedkonflikt. LO varslede herefter blokade, og nogle LO-forbund, hvis medlemmer bl.a. håndterede bagage og fyldte brændstof på flyet, varslede sympatikonflikter. Ryanair ville ikke lade sig tvinge på kollektiv overenskomst, men valgte i stedet at lade sig tvinge til ikke at flyve fra baser i Danmark og lukkede baserne i Billund og København.

Alle Ryanairs fly er registreret i Irland og opererer på grundlag af licenser udstedt af irske myndigheder. Der er bygningsmæssige faciliteter knyttet til baserne, hvor personalet kan opholde sig, læse vagtplaner og se vejrudsigter mv. Instruktioner, afrapporteringer, sikkerhedsbriefing og -gennemgang bliver modtaget og udført af personalet om bord på flyet.

Ryanair nægtede under sagen at bidrage med oplysninger om personalets løn og arbejdsvilkår. Serviceforbundet fremlagde under sagen et udkast til standardkontrakt for kabinepersonale, der skal være knyttet til Ryanairs base i København.

Arbejdsretten lagde efter bevisførelsen til grund, at Ryanairs personale er fast knyttet til baserne i flere år (f.eks. 3 år) ad gangen. Det er Ryanair, der har ledelsesretten. Personalet er undergivet en pligt til at have et antal »stand by«-dage om måneden, hvor de skal stå til rådighed og kunne møde frem på basen inden for en time, hvis de bliver kaldt ind. Denne stand by-forpligtelse kan kræves opfyldt ved, at medarbejderen skal opholde sig i lufthavnen. Det er i ansættelseskontrakterne aftalt, at ansættelsesforholdet er undergivet irsk ret, og at de irske domstole er værneting for alle tvister vedrørende kontraktforholdet. For så vidt angår løn og arbejdsvilkår, lagdes det til grund, at lønnen for kabinepersonalet er 17 Euro i timen, mens det er uoplyst, hvad lønnen er for piloter. Der ydes kun løn for den arbejdstid, hvor flyet er i bevægelse. Arbejde, der udføres, mens flyet står stille, er således ubetalt. Der ydes ikke tillæg for stand by-vagt, medmindre den pågældende under vagten skal opholde sig i lufthavnen, der ydes ikke løn under sygdom, personalet skal selv betale arbejdsuniformen, og personalet kan pålægges at holde mindst fire ugers ubetalt orlov i vintermånederne. Det daglige arbejde starter og slutter på basen i København/Billund. Piloter og kabinepersonale har pligt til at møde ind 45 minutter før afgang, og inden afgang forberedes flyvningen. Denne forberedelse omfatter for piloternes vedkommende bl.a. klargøring, briefing, beregning af brændstofforbrug og undersøgelse af rute og vejrforhold. Efter hjemkomst er der arbejde med afrapportering mv. Arbejde, der udføres, mens flyet ikke flyver, er som nævnt ubetalt.

3.3. Retlige problemer i sagen

Det var et hovedspørgsmål under sagen, om det arbejde, der udføres af piloter og kabinepersonale, der er stationeret på Ryanairs baser i Danmark, har en sådan tilknytning til Danmark, at Serviceforbundets overenskomstkrav skal behandles efter dansk ret (lovvalg).

Ved bedømmelsen af, om den varslede konflikt er lovlig, blev der også taget stilling til, om Serviceforbundets krav om overenskomst og det hermed afgivne varsel om konflikt er foreneligt med EU-retten, navnlig reglerne om fri bevægelighed.

Endelig skulle det afgøres, om Serviceforbundets interesse i den varslede konflikt i henhold til dansk kollektiv arbejdsret havde den fornødne styrke og aktualitet. Hvis Serviceforbundet herefter lovligt kunne varsele og iværksætte hovedkonflikt til støtte for et krav om overenskomst, skulle der tages stilling til, om Serviceforbundet havde iagttaget de formelle betingelser i forbindelse med afgivelsen af konfliktvarsel.

3.3.1. Lovvalg

Der består ikke noget kontraktforhold mellem Serviceforbundet og Ryanair. Hvis Ryanair havde haft ret i, at de påtænkte kollektive kampskridt var ulovlige, og de alligevel var blevet iværksat, kunne Ryanair kræve erstatning (uden for kontrakt) af LO og de medvirkende forbund, sml. Laval-sagen,⁹ hvor den svenske hovedsag var en erstatningssag anlagt af en udenlandsk arbejdsgiver (Laval) mod nogle svenske fagforbund.

LO gjorde gældende, at spørgsmålet om konfliktvarslets lovlighed skal bedømmes efter dansk ret, idet lovvalg vedrørende kollektive kampskridt ifølge dansk arbejdsret følger »kampstedet«, dvs. loven på det sted, hvor kampen udspiller sig, hvilket er Danmark. Dette stemmer med udgangspunktet for lovvalget i deliktsforhold, nemlig princippet om *lex loci delicti*, som foreskriver, at man anvender loven på det sted, hvor den skadegørende handling er eller vil blive foretaget, hvilket er Danmark, hvor hovedkonflikten og sympatikonflikterne skal finde sted.

Spørgsmål om lovvalg i forbindelse med faglige aktioner er reguleret i Rom II- forordningen¹⁰ om lovvalg uden for kontrakt, som blev vedtaget den 11.7.2007. Danmark er ikke forpligtet af forordningen pga. det danske EU-forbehold vedrørende retlige anliggender. Art. 9 i forordningen op-

9. EUD, Sag C-341 /05 (Laval).

10. EF7864/2007.

stiller i relation til kollektive kampskridt en formodning for kampstedets lov. Den bestemmer om kollektive kampskridt:

På en forpligtelse uden for kontrakt i forbindelse med det ansvar, der påhviler en person i dennes egenskab af arbejdstager eller arbejdsgiver eller de organisationer, der repræsenterer sådanne personers faglige interesser, for skader, der forvoldes af et forestående eller et gennemført kollektivt kampskridt, anvendes loven i det land, hvor kampskridtet skal foretages eller er foretaget, jf. dog artikel 4, stk. 2.

I Ryanair-sagen var kampstedet Københavns Lufthavn. Arbejdsretten lagde vægt på, at en eventuel konflikt i form af strejke og blokade ville blive iværksat i Danmark og navnlig rette sig mod Ryanairs aktiviteter her i landet. De potentielt skadegørende handlinger ville således blive foretaget i Danmark og have deres umiddelbare virkninger her. Den varslede konflikt havde endvidere til formål at overenskomstdække arbejde, der udførtes af piloter og kabinepersonale, der er knyttet til Ryanairs baser i Danmark. Serviceforbundet søgte ikke at opnå overenskomst for personale, der er knyttet til Ryanairs baser i andre lande. Arbejdsretten fandt på den baggrund, at spørgsmålet om overenskomstkra­vets berettigelse og den varslede konflikts lovlighed skulle afgøres efter dansk ret. Den henviste til art. 9 i Rom-II-forordningen, selv om denne ikke gælder i Danmark, jf. følgende passus fra Arbejdsrettens dom:

»Dette er i overensstemmelse med artikel 9 i forordning nr. 864/2007 af 11. juli 2007 om lov­valsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Rom II-forordningen), hvorefter en sag om lov­ligheden af en arbejdskonflikt afgøres efter det lands ret, hmr det kollektive kampskridt skal fore­tages eller er foretaget. Forordningen gælder ikke for Danmark, men den gælder for alle de øvrige medlemslande, herunder Irland, jf. herved betragtning nr. 39 og 40 i præamblen til forordnin­gen og forordningens artikel 1, stk. 4. Hvis spørgsmålet om lovligheden af den konflikt, som Ser­viceforbundet har varslet, blev indbragt for en irsk domstol, ville domstolen således skulle afgøre sagen efter dansk ret«.

Ryanair havde til støtte for, at sagen skulle afgøres efter irsk ret henvist til, at det i ansættelseskontrakterne for personalet på Ryanairs baser i Danmark er aftalt, at personalet er underlagt irsk ret og værneting.

Rom-konventionen" indeholder lovvalsregler for de fleste typer kontraktlige forpligtelser, herunder individuelle arbejdsaftaler, hvor der op­stilles en formodning for det sædvanlige arbejdssteds lov. Rom-konven-

11. Rom-konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige for­pligtelser, EFT 1998/C 27.

tionens hovedregel er, at parterne frit kan aftale, hvilket lands ret der skal anvendes på deres kontrakt, jf. art 3, stk. 1. Rom I-forordningen om lovvalget i kontraktforhold gælder fra den 17.12.2009 i de andre EU-lande.¹² Forordningen gælder pga. det danske retsforbehold ikke i Danmark, hvor Rom-konventionen stadig gælder. Rom I-forordningen viderefører med mindre ændringer reglerne i Rom-konventionen om ansættelsesaftaler, herunder at en individuel arbejdsaftale er undergivet loven i det land, som parterne har aftalt. Det medfører, at evt. retssager mellem individuelle ansatte og Ryanair skal afgøres efter irsk ret, men det er som antaget af Arbejdsretten ikke styrende for, hvilket lands ret der skal anvendes ved pådømmelsen af konflikten mellem Serviceforbundet og Ryanair.

3.3.2. Aktionsfrihed efter dansk kollektiv arbejdsret:

Overenskomstkraavets styrke og aktualitet

Det er udgangspunktet i dansk kollektiv arbejdsret, at der er frihed til at iværksætte kollektive kampskridt over for en arbejdsgiver, når den pågældende ikke er bundet af en kollektiv overenskomst. Det kræves dog, at et forbund, der kræver overenskomst, har en rimelig faglig interesse heri, og at kravet har aktualitet og styrke. I Nørrebro Bryghus-sagen fastlagde Arbejdsretten kriterierne for lovlig konflikt.¹³ Det fremgår af dommen, at kriterierne er følgende:

»Der skal mellem lønmodtagerorganisationen og arbejdsgiveren bestå en interessevovst, dvs. en uenighed om, hvorvidt - og i bekræftende fald under hvilke forudsætninger - en kollektiv overenskomst skal indgås eller fornyes. Konflikten skal forfølge et rimeligt fagligt formål. Formålet med lønmodtagerorganisationens iværksættelse af konflikt skal være at opnå en kollektiv overenskomst med den arbejdsgiver, der lader arbejde, som naturligt henhører under lønmodtagerorganisationens faglige område, udføre. En konflikt, der tager sigte på, at opnå overenskomstdækning for arbejdsfunktioner, der ikke falder inden for den aktionerende lønmodtagerorganisations faglige område, er ulovlig. Ved bedømmelsen af, hvad der er en lønmodtagerorganisations naturlige, faglige område, spiller det ingen rolle om organisationen aktuelt har medlemmer på den konfliktramte virksomhed. Derimod skal organisationen have den fornødne og aktuelle interesse i at overenskomstdække det pågældende område. Formålet med konflikten må ikke være indgåelse af en overenskomst, hvis indhold helt eller delvist er i strid med lovgivningen. Det mål, lønmodtagerorganisationen søger opnået gennem anvendelse af en konflikt, skal stå i et rimeligt forhold til de midler, lønmodtagerorganisationen anvender for at nå målet.«

12. EF/593/2008.

13. ARD 2007.831 (Nørrebro Bryghus).

I Ryanair-sagen konstaterede Arbejdsretten, at Serviceforbundet havde overenskomst med andre luftfartsselskaber med baser i Danmark, og det var ubestridt, at piloters og kabinepersonales arbejde hører under forbundets naturlige faglige dækningsområde. Uenigheden mellem parterne angik, om Serviceforbundets interesse i at tegne overenskomst med Ryanair for piloter og kabinepersonale knyttet til baserne i Danmark havde den fornødne styrke og aktualitet. I Arbejdsrettens praksis tages der ved afgørelsen af spørgsmålet om overenskomstinteressens styrke og aktualitet udgangspunkt i, at sikringen af ordnede løn- og arbejdsvilkår for arbejde i Danmark sker gennem kollektive overenskomster og ikke gennem lovgivning. Arbejdstagerorganisationernes konfliktret til opnåelse af kollektiv overenskomst er således af afgørende betydning for udviklingen i lønfastsættelsen og opnåelsen af andre arbejdsvilkår i Danmark. Arbejdsretten henviste herved til sagen om Vejlegården.¹⁴ Konfliktretten gælder i princippet, uanset om arbejdet udføres af en dansk eller udenlandsk arbejdsgiver og med dansk eller udenlandsk personale. Det kræves ikke, at arbejdstagerorganisationen har medlemmer, der er ansat på den virksomhed eller den del af en virksomhed, som organisationen søger at opnå overenskomst for. Den almene faglige interesse i at opnå overenskomst med en sådan virksomhed er begrundet i, at arbejdstagerorganisationen har interesse i, at dens medlemmer, som måtte blive ansat i virksomheden, bliver ansat på løn- og arbejdsvilkår, som efter organisationens opfattelse er rimelige, og i arbejdstagerorganisationens interesse i at undgå, at virksomheder uden overenskomst kan virke konkurrenceforvridende i forhold til virksomheder, som har påtaget sig overenskomsten (»social dumping«).

Ovenstående indebærer ikke, at en arbejdstagerorganisation altid kan kræve overenskomst med udenlandske selskaber i tilfælde, hvor de pågældende selskabers arbejde har berøring med dansk område. I sager om international transport med tog og lastbil har Arbejdsretten fastslået, at der i almindelighed ikke kan kræves overenskomst med udenlandske selskaber, hvis ansættelsesstedet ligger i udlandet, og hvis arbejdet her i landet er et naturligt og underordnet led i den internationale transports gennemførelse.” Man kan spørge, hvordan international flytransport og Ryanair-sagen skal bedømmes i lyset af praksis om tog- og lastbiltrafik. Arbejdsretten fandt, at det forhold, at piloterne og kabinepersonalet i Ry-

14. ARD 2012.034 (Vejlegården).

15. Se AER 2000.455 (Mitropa) og RD 2014.0028 (Kim Johansen Transport).

anair-sagen er knyttet til baser i Danmark, udgør en afgørende forskel i forhold til de foran omtalte sager om international transport, hvor de pågældende arbejdstagere ikke var knyttet til en afdeling, base eller lignende.

Ryanair gjorde gældende, at det arbejde, der udføres i flyene inden afgang eller efter hjemkomst, mens flyene står på jorden i lufthavnen i København eller Billund, ikke udføres på dansk territorium, men på irsk territorium, idet flyene er indregistreret i Irland. Man henviste herved til art. 17 i Konvention angående international civil luftfart (Chicago-konventionen). Efter Chicago-konventionens artikel 17 har luftfartøjer den stats nationalitet, i hvilken de er registreret.

Arbejdsretten fastslog, at denne bestemmelse ikke indebærer en fravigelse af, hvad der i folkeretten normalt forstås ved territoriet. Chicago-konventionen indeholder da også en bestemmelse i art. 2, hvorefter der ved en stats territorium forstås de landområder med tilhørende territorialfarvande, der står under den pågældende stats højhedsret, herredømme, beskyttelse eller mandat. Handlinger, herunder arbejde, foretaget om bord på et irsk indregistreret fly, mens flyet står på jorden i en dansk lufthavn, er således foretaget på dansk territorium. Det samme gælder, så længe flyet befinder sig i dansk luftrum, jf. Chicago-konventionens art. 1 og 6. For vurderingen af spørgsmålet om, i hvilket land arbejdet udføres, er det derfor uden betydning, om arbejdet udføres i en bygning i lufthavnen, eller om det udføres om bord på flyet, mens det står på jorden i lufthavnen eller befinder sig i dansk luftrum.

Uanset at både det arbejde, der udføres uden for flyet i en dansk lufthavn, og det arbejde, der udføres om bord i flyet, mens det står på jorden i en dansk lufthavn eller befinder sig i dansk luftrum, foretages på dansk territorium, er der ikke tvivl om, at størstedelen af det samlede arbejde i forbindelse med internationale flyvninger ud af København og Billund ikke udføres på dansk territorium. Dette indebærer imidlertid ikke, at personalet og det arbejde, det udfører, herved får en stærkere faktisk og reel tilknytning til et bestemt andet land, herunder til flyets registreringsland, end til baselandet. Det er den lufthavn, hvor personalet har sin base, som er centrum for piloternes og kabinepersonalets erhvervsudøvelse. Det er her, personalet møder ind. Det er her, arbejdet med at forberede flyvningen udføres. Det er her, personalet vender tilbage til efter hver tur. Det er her, arbejdet med afrapportering mv. udføres. Og det er her, personalet efter endt arbejdsdag træder af og tager hjem til deres private bopæl, som er deres naturlige sociale tilknytningspunkt både i forbindelse

med arbejdet og i fritiden. På den anførte baggrund fandt Arbejdsretten efter en samlet vurdering, at det arbejde, der udføres af piloter og kabinepersonale, der er stationeret på Ryanairs baser i Danmark, har en sådan tilknytning til Danmark, at Serviceforbundets interesse i at overenskomstdække arbejdet har den fornødne styrke og aktualitet.

3.3.3. Kollektive kampskridt som restriktion på den fri bevægelighed i EU

Retten til at forhandle overenskomster og iværksætte kollektive kampskridt til støtte for dem er en grundlæggende rettighed i EU-retten, jf. art. 28 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder. Retten til fri bevægelighed for arbejdstagere og den fri udveksling af tjenesteydelser er grundlæggende friheder i EU-retten. EU-Domstolen har flere gange taget stilling til, hvordan disse grundlæggende rettigheder og friheder skal afbalanceres over for hinanden, og hvilke kriterier afbalanceringen skal ske efter. Udgangspunktet er, at medlemsstaterne skal respektere princippet om fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital.

Uanset dette udgangspunkt kan begrænsninger i den fri bevægelighed i en række tilfælde tillades. EU-Domstolen har en omfattende praksis om retfærdiggørelse af restriktioner på den fri bevægelighed. I Gebhard-sagen antog den, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende:¹⁶

1. skal anvendes uden forskelsbehandling,
2. skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn,
3. skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, samt
4. ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.

I Viking-sagen kendte EU-Domstolen for ret, at de kollektive kampskridt, der var tale om i sagen, i princippet kan begrundes med henvisning til et tvingende alment hensyn, såsom hensynet til beskyttelse af arbejdstagere, på den betingelse, at det godtgøres, at de er egnede til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål, og at de ikke går videre end, hvad der er nødvendigt for at nå det.¹⁷ EU-Domstolen overlod det i Viking-sagen til den nationale domstol at foretage denne afvejning. Til forskel herfra foretog den i Laval-sagen selv afvejningen af, om de anvendte kampskridt

16. EUD, Sag C-55/94 (Gebhard).

17. EUD, Sag C-438/05 (Viking).

kunne retfærdiggøres, og antog, at dette ikke var tilfældet.¹⁸ Der er ikke fast praksis for, om EU-Domstolen selv foretager proportionalitetsvurderingen eller overlader den til den nationale domstol. I Ryanair-sagen valgte Arbejdsretten dog kun at henvise til Viking-sagen og at antage:

»Det henhører under de nationale domstole at foretage den konkrete vurdering på grundlag af disse kriterier, jf. Viking-dommen, præmisserne 80,84,85 og 87.«

Som følge af den tilknytning, som piloter og kabinepersonale på Ryanairs baser i Danmark og det arbejde, som de udfører, har til Danmark, fandt Arbejdsretten, at Serviceforbundets krav om overenskomst og den varslede konflikt til støtte herfor ikke kan antages at være i strid med EU-retten. Den bemærkede herved, at beskyttelse af arbejdstagere er et tvungende alment hensyn. Serviceforbundets kampskridt har til formål at sikre ordnede løn- og arbejdsvilkår for forbundets medlemmer i relation til arbejde med tilknytning til Danmark og at modvirke social dumping. Den varslede konflikt må anses som egnet til at sikre gennemførelsen af disse mål, og den går ikke videre end, hvad der er nødvendigt for at nå målene.

Efter Arbejdsrettens opfattelse stemmer dette resultat også med art. 11 EMRK og med Menneskerettighedsdomstolens nyere praksis på området. Menneskerettighedsdomstolen har således i dom af 12. november 2008 i sagen Demir og Baykara mod Tyrkiet¹⁹ ændret hidtidig praksis og fastslået, at retten til at forhandle og indgå kollektive overenskomster er beskyttet efter EMRK art. 11. I Enerji Yapi-Yol Sen mod Tyrkiet²⁰ og i Hrvatski lijevnicki Sindikat mod Kroatien²¹ har Menneskerettighedsdomstolen fastslået, at strejkeretten er beskyttet efter EMRK art. 11.

18. EUD, Sag C-341/05 (Laval).

19. Demir and Baykara v. Turkey, 12 November 2008, Application no 34503/97.

20. Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie, 21 avril 2009, Requête no. 68959/01 (kun på fransk og tyrkisk).

21. Hrvatski Lijeivnicki Sindikat v. Croatia, 27 November 2014, Application no. 36701/09.

4. Ændringer i retskildestrukturen som følge af EU-rettens integration i dansk arbejdsret

Danmarks medlemskab af EU har medført betydelige ændringer i retskildestrukturen på det arbejdsretlige område, og arbejdsmarkedets parter har mistet den helt dominerende rolle, som de tidligere havde vedrørende produktion, fortolkning og håndhævelse af arbejdsretlige regler. EU-Domstolen fastslog allerede i 1960'erne de grundlæggende principper om EU-rettens direkte virkning i og forrang for national ret.²² I COSTA/ENEL-sagen udtalte EU-Domstolen:

»Til forskel fra de almindelige internationale traktater har EØF-traktaten indført en særlig retsorden, der er integreret i medlemsstaternes retssystemer fra det tidspunkt, da traktaten trådte i kraft, og som skal anvendes af deres retsinstanser.«

EU-retten har således i over 50 år været integreret i medlemslandenes nationale retssystemer.

4.1. Andre retskilder end danske kollektive overenskomster

4.1.1. Blanding af national ret, EU ret og folkeret

Dansk ret var før EU-medlemskabet meget dansk. I dag er det retssystem, der gælder på det danske arbejdsmarked, en blanding af national (dansk) ret, EU-ret og folkeret.²³ I nyere praksis fra både EU-Domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol findes ret klare eksempler på, at de europæiske domstole anvender retskilder fra både national ret, EU-ret og folkeret. Sophie Robin-Olivier skriver i en artikel fra 2011:²¹

»European courts have not hesitated, in recent times, to combine sources of diverse origins in order to work out solutions for the case before them. The hypothesis can be made that this tendency to refer to a mix of sources from different systems of law (or different levels of a system of law) is an aspect of the »globalization« of law: in a legal world without borders, sources emanat-

22. Se om direkte virkning EUD, Sag 26/62 (van Gend en Loos) og om forrang EUD, Sag C-6/64 (COSTA/ENEL).

23. Sml. Nielsen, Ruth: Udviklingslinjer i europæisk retskildelære, EU-Ret & Menneskeret 2015, s. 149.

24. Robin-Olivier, Sophie: European Legal Method from a French Perspective - The magic of combination: uses and abuses of the globalization of sources by European Courts i Neergaard, Ulla, Nielsen, Ruth & Roseberry, Lynn (eds): European Legal Method - Paradoxes and Revitalisation, 2011.

ing from different legal systems seem to be in the process of merging into a global network, which courts are now ready to make use of, at least in some of the cases they have to decide».

Hun illustrerer tendensen ved at gennemgå Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i Demir og Baykara mod Tyrkiet,²⁵ EU-Domstolens domme i Viking og Laval-sagerne²⁶ og en fransk dom fra Cour de Cassation. Sophie Robin-Olivier er kritisk over for denne praksis, som hun betegner som »a European practice without a European method«.

EU-Domstolen kombinerer i Viking- og Laval-sagerne retskilder fra forskellige delsystemer uden at give nogen nærmere begrundelse for, hvorfor den inddrager de refererede retskilder, som for fleres vedkommende ikke er bindende. I Laval-sagen henviste den til ILO-konventioner og til EU's Charter om grundlæggende rettigheder, som på daværende tidspunkt var soft law. Demir-dommen fra 2008 handlede om, hvorvidt retten til at føre kollektive overenskomstforhandlinger er beskyttet ved art. 11 i EMRK. Det antog Den europæiske Menneskerettighedsdomstol i Demir og Baykara-sagen, uanset at den tidligere havde været afvisende over for at anse retten til at føre kollektive forhandlinger og støtte dem med kollektive kampskridt for omfattet af art. 11 EMRK. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fulgte således retsudviklingen i EU, hvor EU-Domstolen året før i Viking- og Laval-sagerne havde fastslået, at retten til at iværksætte kollektive kampskridt er en grundlæggende ret i EU.

Arbejdsrettens dom i Ryanair-sagen trækker ligesom ovennævnte europæiske domme på retskilder både fra national, dansk ret, EU-ret og folkeret. Det er i høj grad EU's fri bevægelighedsregler og lovvalgsregler, der bærer resultatet, ligesom den almindelige folkerets territorialitetsregler var afgørende for at afvise Ryanairs påstand om, at Ryanair-flyene gør små stykker af andre lande til irsk territorium.

25. Demir and Baykara v Turkey, 12 November 2008, Application n° 34503/97.

26. EUD, Sag C-438/05 (Viking) og EUD, Sag C-341/05 (Laval).

4.2.2. *Grundlæggende rettigheder*

Før EU-medlemskabet spillede grundlæggende rettigheder stort set ingen rolle i dansk arbejdsret. Det er ændret afgørende. Grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder) er i Europa reguleret i to forskellige regionale ordninger - EU-retten og EMRK.²⁷ Retten til at forhandle kollektivt og understøtte krav om kollektive overenskomster med kollektive kampskridt (f.eks. strejke, blokade og sympatikonflikter) er en grundlæggende ret i EU, jf. art. 28 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder, som der også henvises til i Arbejdsrettens dom i Ryanair-sagen. Fri bevægelighed for varer, tjenester, personer og kapital er en grundlæggende frihed i EU. Ryanair-sagen handlede primært om afvejning af arbejdstagernes grundlæggende ret til at skaffe sig rimelige arbejdsvilkår ved kollektiv overenskomst, om fornødent understøttet af kollektive kampskridt over for virksomhedernes frihed til at levere tjenesteydelser.

4.2.3. *Kollektive overenskomster*

Kollektive aftaler er stadig den vigtigste retskilde vedrørende løn og arbejdsvilkår, men de er ikke længere den vigtigste retskilde vedrørende andre spørgsmål. Almindelig lovgivning både på nationalt og EU-niveau har fået øget betydning. Det samme gælder domspraksis fra almindelige domstole, både på europæisk (EU-Domstolen og Den europæiske Menneskerettighedsdomstol) og nationalt plan.

En medvirkende årsag til kollektive aftalers relativt faldende betydning som retskilde er, at danske kollektive overenskomster ikke som eneste retskilde kan benyttes til at implementere direktiver. Danske kollektive overenskomster er som nævnt partsaftaler, der kun forpligter parterne. Det betyder, at en arbejdsgiver kun er forpligtet ved kollektiv overenskomst, hvis den pågældende har gjort sig til part i en sådan. EU-direktiver på det arbejdsretlige område giver normalt rettigheder til alle arbejdstagere i en vis situation. Alle skal tages helt bogstaveligt. Det betyder 100 % af de arbejdstagere, direktivet vedrører. Det kan ikke klares med en dansk kollektiv overenskomst, da overenskomstdækningen, dvs. den del

27. Se Guy Harpaz, *The European Court of Justice and its Relations with the European Court of human Rights: The Quest for Enhanced balance, Coherence and Legitimacy*, (2009) *Common Market Law Review* 46, s. 105. Se om EMRK Lorenzen, Peer, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Miiller og Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, Bind 1-2 med kommentarer, 2011.

af arbejdsgiverne, der er overenskomstforpligtede, ikke er 100 %. Det klarer i praksis ved, at Danmark vedtager en lov, der implementerer direktivet, således at alle mindst får de rettigheder, de skal have efter direktivet. Danske implementeringslove på det arbejdsretlige område indeholder normalt en bestemmelse om, at loven er subsidær i forhold til kollektive overenskomster, der opfylder samme krav som direktivet og/eller loven. Det indebærer, at i alle de tilfælde, hvor overenskomstparterne vælger at aftaleimplementere direktivet og med virkning for de arbejdsgivere, der er forpligtede af kollektiv overenskomst, gælder den kollektive overenskomst frem for loven. Evt. tvister om manglende overholdelse af en kollektiv overenskomst, der implementerer et direktiv, skal - ligesom andre tvister om kollektive overenskomster - afgøres i det fagretlige system, dvs. ved Arbejdsretten eller faglig voldgift. I forhold til ikke-overenskomstforpligtede arbejdsgivere, hvor evt. tvister skal afgøres efter implementeringsloven, skal de behandles ved de almindelige domstole.

Kollektive overenskomsters relativt faldende betydning viser sig også ved, at de indplaceres i et retskildehierarki, hvor en række andre retskilder, navnlig grundlæggende rettigheder, har højere rang og medfører, at modstridende bestemmelser i kollektive aftaler er ugyldige. Før EU-medlemskabet var det almindeligt, at arbejdsmarkedets parter aftalte køns- og aldersdiskrimination, og ingen anfægtede gyldigheden heraf. I dag er sådanne aftaler klart ugyldige som stridende mod trindhøjere EU-ret.

4.1.4. Flere/andre aktører end arbejdsmarkedets parter

Før EU-medlemskabet havde arbejdsmarkedets parter næsten monopol på at producere, fortolke og håndhæve arbejdsretlige regler. Nu har andre aktører også fået vigtige funktioner. Det gælder almindelige lovgivere både på nationalt og EU-niveau og dommere i almindelige domstole både på europæisk (EU-Domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol) og nationalt niveau.

Normalt medvirker der i behandlingen af den enkelte sag ved Arbejdsretten ordinære dommere udpeget efter indstilling af arbejdsmarkedets parter. Efter § 8, stk. 2, i Arbejdsretsloven kan en part, der ikke er

medlem af en af de organisationer, der indstiller ordinære dommere, anmode om at sagen alene behandles af formandskabet. Reglen blev indført i 1996 for at fjerne den tvivl, der måtte være om, hvorvidt Arbejdsrettens sammensætning i den enkelte sag lever op til kravet om en upartisk domstol i art. 6 EMRK.²⁸ Ryanair-sagen blev efter ønske fra Ryanair afgjort alene af formandskabet, der i sagen udgjordes af tre højesteretsdommere.

5. Konfliktretten før og nu

Man kan læse Ryanair-dommen som udtryk for, at konfliktretten er uændret. LO og dets underforbund fik anerkendt deres ret til at konflikte efter de gamle danske regler om kollektive kampskridt, der blev anset for udtryk for en grundlæggende ret efter EU's Charter om grundlæggende rettigheder og EMRK og for ikke at udgøre en ulovlig restriktion i strid med EU's regler om fri bevægelighed. Men sagen illustrerer også, at internationale sager af denne art er vanskelige for fagbevægelsen. Ryanair etablerede base i Billund allerede i 2012 med dårlig betalt arbejdskraft. Det var først, da Ryanair åbnede base i Københavns Lufthavn i 2015, at LO og dets underforbund skønnede, at de havde tilstrækkelige ressourcer, og at sagen var vigtig nok til, at man var beredt til at gå til kamp for den klassiske danske model.

En af grundene til at sager som Ryanair-sagen er vanskelige for fagbevægelsen er, at kim få af Ryanairs ansatte er organiserede, og at Ryanair forbyder sine ansatte at videregive oplysninger om deres lønforhold. Man kan spørge, om det er lovligt. Efter dansk ret er det ulovligt. Det strider mod ligelønslovens § 2 a, hvorefter en lønmodtager har ret til at videregive oplysninger om egne lønforhold. Oplysningerne kan videregives til enhver. Det fremgik imidlertid af Ryanair-sagen, at der i alle ansættelseskontrakterne er aftalt irsk ret, så det er uden betydning for retsforholdet mellem Ryanair og dets ansatte, hvad en arbejdsgiver må eller ikke må efter dansk ret. Man kan ikke slutte fra, at spørgsmålet om lovligheden af kollektive kampskridt i Danmark skal afgøres efter dansk ret, som Arbejdsretten fastslog i Ryanair-sagen, til, at det samme gælder tvister om ansættelseskontrakter mellem Ryanair og dets ansatte. Vedrørende lovvalg i individuelle ansættelseskontrakter er der aftalefrihed, så når Ryan-

28. Se Betænkning nr. 1318/1996 om revision af arbejdsretsloven.

air har en lowalgsklausul til fordel for irsk ret i sine ansættelseskontrakter, skal spørgsmål om lovligheden af et forbud mod at videregive lønoplysninger afgøres efter irsk ret.

6. Konklusion

Ryanair-sagen afspejler den generelle retskildeudvikling i EU-arbejdsretten. Den viser, at hvis fagbevægelsen har råd til det og vælger at prioritere sagen, er der uanset EU-medlemskabet samme konfliktret til støtte for overenskomstkrav mod udenlandske arbejdsgivere, som der har været i mere end 100 år over for danske arbejdsgivere.

German versus Danish Corporate Law

- A Comparative Study of Corporate Board Structure

Professor Georg Ringe

A comparison of the Danish and German approaches to the structure of corporate boards reveals stark conceptual differences. This article argues, however, that the two legal systems for board organization are converging in practice, and places the discussion into the context of comparative corporate law and governance.

1. Board Models

The recent *Lekvall Report on The Nordic Corporate Governance Model* constantly emphasises the conceptual differences between the Nordic board model and its two main rivals: the German-style two-tier board and the UK/US one-tier board.¹ In particular the German model comes off badly in the view of the Report's authors. Above all, the Report highlights the risk of management entrenchment under the German system, as the powers of both the shareholders and of the supervisory board are relatively limited.² By contrast, the Report praises the Nordic model for allocating strong residual power with the shareholders, essentially placing them at the top of the corporate hierarchy of command.³ The effectiveness of sha-

1. Per Lekvall (ed), *The Nordic Corporate Governance Model*, 2014.

2. Ibid pp. 59-60.

3. Ibid pp. 62-63.

reholder control is ensured by a clear distribution of roles between board and executive management.

Behind the veil of conceptual dogma, practical realities often look different. This article argues that the two board models in Denmark and in Germany are certainly conceptually distinct, but show a strong trend towards convergence in practical ways of board organisation. Both systems are moving towards a common ground where management and control are individually balanced between the different participants. This development is driven by business expediency on the one hand and by a set of legal changes over the past years on the other. The purpose of this article is to contribute to the wider debate on board structure and the role of boards in comparative corporate governance.

This article is organised as follows. Section 2 presents the legal framework of the German two-tier board and gives us an idea of the place of the Supervisory Board in German corporate governance. Section 3 sketches out the main theoretical differences between the German approach and the Danish board model. Subsequently, section 4 develops the main argument of convergence by discussing a number of different examples of both board practice and changes to the legal framework of board organisation. As a side note, section 5 enriches the debate by introducing the new Danish optional two-tier board structure and asks what the implications are for the convergence debate. Section 6 concludes.

2. The German Board Model

German public limited companies typically have three corporate »organs« or bodies - a general meeting of shareholders, a Management Board (*Vorstand*) and a Supervisory Board (*Aufsichtsrat*). At the general meeting, shareholders exercise the rights granted to them by the company's articles of association and by the German Stock Corporation Act (*Aktiengesetz* - *AktG*). These include, among many other things, the election of the shareholders' representatives to the Supervisory Board. The Supervisory Board then appoints the Management Board.

The German system of corporate governance calls for a clear separation of duties between management and supervisory functions and therefore prohibits simultaneous membership in both boards. The *Management Board* is responsible for running the company on a day-to-day basis and for representing it in its dealings with third parties. Great emphasis is put

on the fact that the Management Board is acting independently, without Supervisory Board or shareholders being allowed to interfere with management decisions. Unlike some other legal systems, the members of the Management Board including its chairman or speaker are regarded as peers and share a collective responsibility for all management decisions.

The *Supervisory Board* oversees the company's Management Board and appoints its members. Members of the Supervisory Board may generally not be involved in the day-to-day management of the company. However, the company's articles of association must specify those matters of fundamental importance which may only be dealt with upon the prior consent of the Supervisory Board. The Supervisory Board may specify further matters which require its consent, but may not deprive the Management Board of its core management functions. Matters requiring such prior consent usually include decisions or actions having a fundamental impact on the assets, or the financial or profit situation of the company.

It is important to note, in this context, that the Supervisory Boards of major German companies (over 2,000 employees) are subject to employee quasi-parity »codetermination« and are comprised of representatives of the shareholders and employees. The chairman of the Supervisory Board is a representative of the shareholders, and the deputy chairman is typically a representative of the employees. In the event of a tie vote, the deciding vote is cast by the chairman.

With respect to the Supervisory Board, attention is paid to ensure that the board's composition in its entirety covers persons with a wide spectrum of experiences and expertise. German corporate governance also has several rules applicable to Supervisory Board members, which are designed to ensure a certain degree of independence of the board members. In addition to prohibiting members of the Management Board from serving on the Supervisory Board, German law requires members of the Supervisory Board to act in the best interest of the company. They do not have to follow direction or instruction from third parties. Any service, consulting or similar agreements between the company and any of its board members must be approved by the Supervisory Board.

On the positive side, the two-tier model is said to ensure a clear separation of powers: the management experts are charged with directly running the company and setting its strategy, whilst a separate group of controllers specialises in monitoring. The organisational and personal separation between the two functions is supposed to produce more objective monitoring and is less likely to be biased. Finally, supporters of the Ger-

man separation model argue that the composition of the supervisory board succeeds in securing external input: representatives from other firms, banks and investors bring different views and expertise to the table, which may contribute to the firm's commercial success.

From other quarters, however, a number of serious criticisms have been voiced. Chief amongst them is the complaint that Supervisory Boards are too static and inflexible as their organisational framework does not allow for significant individual variation, to adjust it to the needs of each individual company. The personal and organisational separation between the two boards is said to prevent an efficient flow of information, in particular since the Supervisory Board is remote from the direct operations and only meets about six times per year on average.⁴ Supervisory Board members may and do take on board appointments in several companies at a time, which arguably reduces their dedication and availability to each single company. Finally, critics argue that Supervisory Board members frequently lack specific expertise of the firms' line of business.

For better or worse, the German organisational structure was a deliberate choice of corporate legislation and has survived almost a century of reform attempts. One pattern of explanation for the separation of roles would be the objective to insulate the board from too powerful shareholder influence given the tradition of concentrated ownership and large cross-shareholdings among German firms.⁵ Another justification could relate to the theory of the board as a 'mediating hierarch', in the sense that the board as an institution brokers the relationship between the various different constituencies affected by the corporation, and does not or should not exclusively serve the shareholders.⁶

In more recent times, some have argued for allowing more flexibility in the board structure, but the government currently shows little appetite for reform. One of the main reasons for its reluctance is certainly the strong role that employees have in the Supervisory Board, which would

4. Peter Ruhwedel, *Aufsichtsrats-Score 2012 - Studie zu Effizienz, Besetzung, Transparenz und Vergütung der DAX- und MDAX-Aufsichtsräte*, 2012, p. 13.

5. See Fabrizio Barca and Marco Becht (eds), *The Control of Corporate Europe*, 2001.

6. Margaret Blair and Lynn Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, *Virginia Law Review* 85 (1999), p. 247; Margaret Blair and Lynn Stout, *Director Accountability and the Mediating Role of the Corporate Board*, *Washington University Law Quarterly* 79 (2001), p. 403.

be difficult to integrate or to transpose into both a one-tier or a Danish board structure.

3. Differences to the Danish Model

It may surprise many that the Danish model initially does not appear to look very different from its German counterpart. First devised by a 1920s reform/ the model also provides for two separate bodies, called a board of directors (*bestyrelse*) and an executive board (*direktion*). When illustrating the two models graphically (see figure 1), they look surprisingly similar. What, then, are the conceptual differences between the two systems?

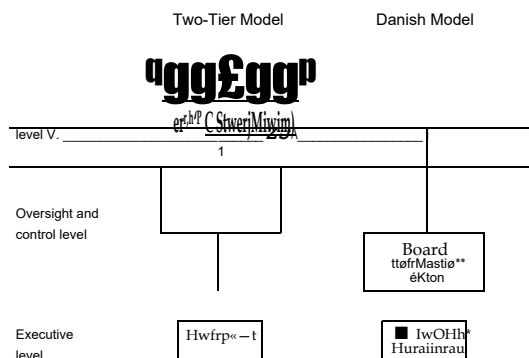


Figure 1. Comparison between German and Danish board structure,⁸

3.1. Different Role and Function

The major difference between the two models relates to the distinct role and function of the boards. The Supervisory Board in Germany is essen-

7. Søren Friis Hansen, *Ledelsesstrukturen i danske SE-selskaber*, in: Bent Iversen (ed), *Juridiske emner ved Syddansk Universitet* 2003, 2003, p. 73, 85 ff. See also Jesper Lau Hansen, *The Role of Shareholders in Public Companies in the Nordic Countries*, in: Holger Fleischer, Jesper Lau Hansen and Wolf-Georg Ringe (eds), *German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law*, 2015, p. 81, 89.

8. Adopted from Lekvall (note 1 above).

tially only a control organ. It is, as the name suggests, only allowed to »supervise« what the management board is doing - for the most part performing *ex post* control. It is barred from taking management decisions itself by express provision in the law.⁹ To be sure, the German Supervisory Board has some influence *ex ante* - in particular, it can and must establish a list of managerial issues that can only be decided with its consent, but it is not the primary decision maker involved in running the company.

The Danish board of directors, by contrast, is the main body of management (*øverste ledelsesorgan*), equipped with own executive powers to enter into contracts on behalf of the company and to take business decisions. It is responsible for the overall management of the company's affairs, including its strategy, organisation and financial structure as well as the oversight of risk management and internal controls. Whilst the executive board is entrusted with the day-to-day running of the company, it has no powers to deal with extraordinary or far-reaching decisions, which remain the sole responsibility of the board.

In other words, the Danish board is not just a control organ, it is rather a supreme management and strategy setter for the corporation, which sits on top of the ancillary executive board and controls the latter at will. In addition, it is also charged with supervision of the executive board's activities.

3.2. Hierarchy

The hallmark of the Danish model is the strict hierarchy between the different levels of command.¹⁰ The shareholders' general meeting as the supreme body appoints and dismisses the board of directors, and can do this at will, i.e. without the need to provide reasons or explanations. The board of directors, in turn, has free discretion to hire and fire the members of the executive board. The executive board works, moreover, under the instructions of the board of directors and must follow and implement these instructions.

This is markedly different from the German model. Under German law, the Supervisory Board's task is only to »supervise«. A Supervisory Board therefore does not stand in the same strict order of hierarchy as the Danish board does. It is not allowed to instruct the Management Board

9. AktG §111(4).

10. Hansen (note 7 above).

specifically; rather, the Management Board leads the company under its own responsibility.¹¹ It is in this logic that the Supervisory Board is not entitled to remove the Management Board at will: rather, a dismissal is only allowed for good cause. § 84(3) of the *Aktiengesetz* requires an »important reason« for dismissal and lists as examples a gross breach of duty, inability to manage the company properly or a withdrawal of confidence on the part of the general meeting.¹²

In a way, the German model vests great power in the hands of the Management Board, insulating it from the shareholders' direct influence. The Supervisory Board acts like an intermediate layer between the two.

3.3 Personal Overlap

The third point of difference is simple: it concerns the question of whether a personal overlap between the two boards is possible. German law mandates a strict incompatibility between membership of the two boards.¹³ By contrast, double mandates in both Danish boards are generally possible, to some extent.¹⁴

3.4. Conclusion

Given these fundamental differences, it appears that the two systems share more differences than commonalities. In particular the order of hierarchy between the two Danish »boards« appears to be a striking difference between the two models. In fact, as the hierarchy between board and senior management is a feature of the Anglo-American one-tier model, the conclusion must be that the Danish model shares more similarities with the one-tier than with a two-tier system. Conceptually speaking, function trumps form: despite being structurally similar and somehow German-inspired, the Danish board model is, from a functional perspective, closer to being a »single« board with authority to run the company.¹⁵

11. Gerhard Wirth, Michael Arnold, Ralf Morshäuser and Mark Greene, *Corporate Law in Germany*, 2nd edition 2010, p. 99.

12. See on the latter section 4.5 below.

13. AktG §105.

14. Hansen (note 7 above).

15. Interestingly, the EU institutions tend to classify the Danish system as a »two tier« system. See European Commission, *Nadonal Factsheet Gender Balance in Boards - Denmark* (2013), available at:

4. Convergence in Practice

Despite these fundamental conceptual differences, this article argues that board models are much closer in reality than the conceptual differences may suggest. In fact, practical experiences and legal changes over the past several years have driven a movement of convergence of board models all across Europe. This section illustrates this development by providing a number of practical examples.

4.1. Changing Roles and Functions

Contrary to what the above account may suggest, a closer look reveals that both »boards« have been changing their traditional roles over the past few decades. This is suggested by corporate board practice as well as a number of legal changes.

First, German supervisory boards have seen a strong tendency towards professionalization over recent years. When they were first set up in their current structure 80 years ago, they were conceived as a rather weak advisory body with limited tasks.¹⁶ This has changed dramatically over time. The function of the supervisory board is said to be much more that of a professional manager today, with a direct embeddedness into the firm's decision-making processes. Whilst many companies have felt pressure to adjust the role of their supervisory board for simple performance and commercial reasons, this development was spurred by legislative changes.

For example, a significant step was the 2002 adoption of a German Corporate Governance Code, which makes a number of best practice recommendations on a comply-or-explain basis with the express view of bringing German corporate governance standards into line with international developments.¹⁷ Another change was the recent introduction of the

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/womenonboards-factsheet-dk_en.pdf>. However, when the European Company (Societas Europaea) was introduced in 2004 and optionality was required, the Danish board structure was classified as a 'one tier' system. See Friis Hansen (note 7 above).

16. Patrick Leyens, *Information des Aufsichtsrats. Ökonomisch-funktionale Analyse und Rechtsvergleich zum englischen Board*, 2006, p. 130.
17. For the current version, see Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, German Corporate Governance Code, as amended on May 5, 2015 (English version), available at:

requirement for companies to specify a catalogue of management decisions that require the supervisory board's *ex ante* consent. This catalogue is laid down in the company's articles of association and typically includes the main element of corporate strategy.

A final important development concerns the changing self-perception of the supervisory board and its objectives. For example, the growing professionalization of the supervisory board has led, over time, to a different understanding of what »control« as the principal task of the supervisory board entails in substance. The earlier interpretation of an exclusive *ex post* control has thereby been gradually reversed in favour of »control« that can be both backwards and forward looking.¹⁸ Control thus includes continuous advice on matters of corporate strategy and on concrete planning of management projects. This change of perception has reinforced the general trend of a growing professionalization of the supervisory board and its much stronger involvement in questions of management and strategy. For example, it is common practice for Management Board members to attend the sessions of the Supervisory Board so as to improve the information flow and dialogue.¹⁹

Conversely, in large Danish companies, the role of the board has become somehow that of a monitoring institution. Due to the size of the operations, boards of directors nowadays tend to leave managerial tasks to the executive board to a large degree, and their main task has become to monitor the exercise of these delegated powers.²⁰ Danish board members tend to sit on the board of several different companies at the same time, which does not allow them to devote all of their time to a single company. As a consequence, they cannot engage fully and solely with the details of everyday business. The board in large Danish companies thereby morphs into a *de facto* control institution, with the only difference that it may always revoke the delegation of its powers.

<http://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/en/download/code/2015-05-05_Corporate_Governance_Code_EN.pdf>.

18. Matthias Habersack, Commentary on § 111 AktG, in Wulf Goette and others (eds), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4th edition 2014.
19. The German Corporate Governance Code even expects this to be standard practice - explicitly granting the Supervisory Board the right to meet separately if necessary (see 3.6).
20. Paul L. Davies and Klaus J. Hopt, *Corporate Boards in Europe - Accountability and Convergence*, *American Journal of Comparative Law* 61 (2013), p. 301, 312.

Further, it is becoming common practice that even those topics which are not delegated to the executive board tend to be prepared at the executive level, sometimes even in the form of draft resolutions which are then rubberstamped by the board. In some situations, members of the board of directors have neither sufficient time nor expertise to carefully study nor seriously examine these proposals from the executive board.

4.2. Formation of Committees

A second consideration to account for the growing convergence of board organisation is the increasing importance of board committees. Again, it is a combination of both practical necessity and legal encouragement to set up board committees. In addition, board committees have become an international standard in corporate governance so that international competitiveness and globalisation can also be said to be responsible for their popularity.

Board committees are separate sub-groups of the board that are tasked with particular, usually sensitive responsibilities. For large companies all over Europe, it has become common to set up such committees, irrespective of their general board structure. Thus, it is as common in Germany as in Denmark to have at least a remuneration committee, an audit committee, and a nomination committee. These subject matters are usually considered as concerning the most sensitive of the board's work, and the most likely to cause conflicts of interest. This is the reason why specific expertise and independence is required to carry out these tasks in a smaller group. It is widely accepted that a major part of the board's work is nowadays entrusted to such committees; as an international trend, they are therefore considered as a prime example of board convergence.²¹

This development has been aided by legal developments. For example, the EU Audit Directive,²² implemented in the different Member States since 2008, requires all public-interest companies across the EU to set up an audit committee. This committee is charged with monitoring the financial reporting process; and with controlling the effectiveness of the company's internal control, internal audit where applicable, and risk management systems. Similarly, the European Commission in its EU Re-

21. Habersack (note 18 above).

22. Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, [2006] OJ L1 57/87.

commendations 2005/162/EC and 2009/385/EC endorses the formation of nomination and remuneration committees in public companies across the continent.²³ Although these recommendations are not binding, they have nevertheless had significant impact on the EU corporate landscape.

4.3. Board Composition

Another area of convergence is the composition of the board. For example, the concept of independence of board members has taken its triumphal course throughout European boardrooms over the past several years, not least due to political endorsement and crisis reaction.²⁴

It was again the European Commission, which initiated broader thinking on this issue in some Member States, including Germany.²⁵ Whilst traditional perceptions of German corporate governance had not been strongly informed by independence criteria, the 2005 EU Recommendation triggered a widespread policy debate about the merits of the concept. The recommendations made by the German Corporate Governance Code now support the presence of independent supervisory board members, but make the concession that the Supervisory Board may itself determine how many independent members are an adequate number.²⁶ The reluctance of German policy makers to this concept is explained by the fact that the structural separation of the two board »tiers« should arguably fulfil many of the policy concerns that the EU Commission sought to achieve with promoting board independence. Further, board independence does not sit easily with the presence of employees on the board, in line with co-determination requirements for large companies (»Mitbestimmung«).

Nordic lawmakers and regulators appear more open-minded towards board independence. A joint paper by the different corporate governance definers states that »[i]n line with generally accepted international stan-

23. European Commission, Commission Recommendation 2005/162/EC of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board [2005] OJ L52/51; European Commission, Commission Recommendation 2009/385/EC of 30 April 2009 complementing Recommendations 2004/913/EC and 2005/162/EC as regards the regime for the remuneration of directors of listed companies, [2009] OJ L120/28.

24. See Wolf-Georg Ringe, *Independent Directors: After the Crisis*, European Business Organization Law Review 14 (2013), p. 401.

25. Commission Recommendation 2005/162/EC (note 23 above).

26. German Corporate Governance Code, section 5.4.2.

dards, the codes or the listing rules of all Nordic countries stipulate that at least half, or a majority, of the Board members to be elected by the shareholders have to be independent.«²⁷ The Danish best practice standards recommend that at least half of the members of the board of directors be independent.²⁸

Further, the Lekvall Report itself notes that, except for employee representatives, most boards of Nordic listed firms are comprised almost exclusively of non-executive directors.²⁹ Best practice standards strongly endorse the personal separation between board and executive board, in particular a split between the Chairman of the board of directors and the CEO.³⁰

It is submitted that these features taken together - personal separation, the presence of mostly non-executive, independent directors, whose work is mainly organized through a committee structure - bring the Danish board model very close to the practical realities of a German supervisory board. Lekvall himself concludes that »an important implication of this is a clear-cut division of duties and responsibilities between a monitoring and strategically steering board and a purely executive management function. This division of roles also serves to strengthen the integrity of the board vis-à-vis the executive function.«³¹

4.4. EU Influence

The shape of board structure and the board's role in corporate law have been subject to numerous legal initiatives on the EU level. The slow but steady stream of measures that aim to align certain practices across the EU has also contributed to the growing comparability and convergence in the field.

27. Danish Corporate Governance Committee, Finnish Securities Market Association, Icelandic Committee on Corporate Governance, Norwegian Corporate Governance Board, and Swedish Corporate Governance Board, *Corporate Governance in the Nordic Countries*, 2009, available at:

<<http://www.corporategovernanceboard.se/media/28287/nordic%20cg%20booklet%20-%20final%20web%20version.pdf>>.

28. Committee on Corporate Governance, *Recommendations on Corporate Governance* (May 2013, updated November 2014), available at:

<<https://corporategovernance.dk/recommendations-corporate-governance>>

29. Lekvall Report (note 1 above), p. 53-54.

30. Joint statement (note 27 above).

31. Lekvall Report (note 1 above), p. 17.

We have already seen that the EU has adopted several measures in the field of accounting, certain board committees and board independence. This list could be extended by recent initiatives on corporate governance in financial institutions,³² the »EU Corporate Governance Framework«,³³ a Recommendation on corporate governance reporting,³⁴ and the pending revision of the EU Shareholder Rights Directive.³⁵ The sum of these (and more) initiatives is a gradual trend towards a common understanding of board function and role. Whilst none of these measures addresses board structure directly, they achieve a rather indirect regulation on the board's role. For example, the recent reform proposal for the Shareholder Rights Directive would, if adopted, assign responsibility for related party transactions to the shareholder meeting, rather than addressing the issue with internal board approval processes (as is currently the case in Germany). This type of action achieves, over time, a gradual conversion of the responsibilities that boards (and supervisory boards) are meant to accomplish.

The final example is an important one: since 2004, companies throughout the Union can choose to convert to the European legal form *Societas Europaea* (SE)³⁶ In the absence of a singular board structure, the founders of an SE can explicitly select either a one-tier or a two-tier board system. The mere existence of this instrument, which is becoming popular among German firms, and its freedom as to board organisation have already triggered a wide debate on the appropriateness of the traditional two-tier board structure.

32. European Commission, Green Paper: Corporate governance in financial institutions and remuneration policies, COM (2010) 284 final.

33. European Commission, Green Paper: The Corporate Governance Framework, COM (2011) 164 final.

34. European Commission, Commission Recommendation 2014/208/EU of 9 April 2014 on the quality of corporate governance reporting (»comply or explain«), [2014] OJ L1 09/43.

35. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement, COM (2014) 213 final.

36. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), [2001] OJ L294/1.

4.5. Accountability

Maybe the only remaining serious difference between the two board systems is the accountability of the board to the shareholders. The Lekvall Report is correct to emphasise that the shareholders have only limited direct power to interfere with board matters in the German system, and the possibilities of removing directors are restricted.³⁷ Described in more detail, the procedure is as follows: members of the management board can only be removed by the supervisory board for cause,³⁸ and the shareholders have no direct way of removing the management board or individual board members. It is only the members of the supervisory board who can be removed by the shareholders: this can be at will, but a 75% majority is required.³⁹

This appears like a strict system with different layers of accountability. The practice is, however, somewhat more complex than the first impression. First, the 75% majority requirement to remove the supervisory board can be modified by the company's articles of association: on individual firm level, a lower majority may thus be sufficient.⁴⁰ Secondly, and even more importantly, there is a possibility of direct shareholder influence on the management board: The shareholders can vote, with simple majority, to withdraw their confidence in individual members of the Management Board or the Management Board as a whole.⁴¹ Such withdrawal of confidence would then count as sufficient reason in the meaning of AktG § 84(3) to allow the Management Board's dismissal by the Supervisory Board. In such a case, the latter would not be legally obliged to dismiss the Management Board, but there would be high pressure on them to do so.

37. Lekvall Report (note 1 above), p. 59-60.

38. AktG § 84(3).

39. AktG § 103. Note that the power to remove members of the supervisory board only refers to those members who were elected by the shareholders, not the employee representatives.

40. AktG § 103(1), sentence 3.

41. AktG § 84(3), sentence 2.

5. The new Optional »two-tier« Model in Denmark

Against the above claim of a general trend towards practical convergence, it surprised many that a recent reform in Denmark introduced an optional »two tier« model German style into its corporation law.⁴² Danish public firms can thus freely choose between the traditional Danish model, as discussed above, and a German-style board model which distinguishes between a »Board of Supervisors« (*tilsynsråd*) and the (familiar) executive board (*direktion*) - with the important consequence that the *tilsynsråd* is only responsible for supervision.⁴³

The reasons for this legislative move are a little in the dark. Part of the motivation seems to have been the desire to give companies more flexibility, and the insight that none of the two board systems appears to be superior. Another motivation seems to have been the existing choice for Danish-registered SEs (*Societas Europaea*, a pan-European corporate law form).⁴⁴ More interesting is the argument of strategic thinking by Danish lawmakers who wanted to attract foreign (German) investment into Denmark by offering them a familiar organisation environment. And finally, commentators see the growing competition between (corporate) legal systems in the EU internal market as responsible for the move.

Two points are noteworthy about this development. First, as we have seen, the traditional Danish board structure is already sufficiently flexible so as to allow for the individual creation of a *de facto* two-tier system on the firm level: by simply delegating most management tasks to the executive board. This can happen without the need for an additional legislative option. Understood in this way, this suggests that window-dressing was the main reason behind the legal change. Secondly, the risk is that Danish lawmakers have been overzealous by establishing a two-tier system that imposes stricter separation than the German original. As argued above, the German two-tier system, as a consequence of legal reform and

42. Søren Friis Hansen, *Ledelsesstrukturen i danske aktieselskaber efter 2009-reformen af aktie- og anpartsselskabsloven*, in: Hans Viggo Godsk Pedersen (ed), *Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009*, 2009, p. 123.

43. Paul Krüger Andersen and Evelyne J.B. Sørensen, *The Danish Supervisory Board - A German Model?* In: Holger Fleischer, Jesper Lau Hansen and Wolf-Georg Ringe (eds), *German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law*, 2015, p. 129.

44. See on the optionality under the SE framework Friis Hansen (note 7 above).

changed business practices, has become much more flexible than it used to be. The new Danish two-tier thus appears more like a copy of the historical law on the books, rather than an integration of a system that has matured through practice.¹⁵

As a side note, the Danish Corporate Governance Standards, as revised after the reform, prefer the traditional Danish board model and explicitly recommend firms not to make use of the new option:

*»In the view of the Committee, [listed companies] should have a board of directors and an executive board, as this structure provides constructive and value-creating interaction between the two governing bodies. Consequently [...], the Committee has chosen to use the designations known so far for the governing bodies: board of directors and executive board«,*⁴⁶

This public endorsement is effectively a death knell for the new two-tier option. And in fact, only a very small number of Danish firms have made use of the two-tier option thus far.

Some reassurance may come from France, where a choice between one tier and two tier boards has been possible for firms since 1966. Research has revealed that only a small number of firms choose the two-tier board, but if so, then mostly for good reasons; further, the larger the firm, the more likely the choice of the two-tier system.⁴⁷ It appears that companies make reflected choices, and that the functionality of a two-tier board may make sense depending on the size of the firm or its business sector. Granting choice may thus be a value-enhancing way forward after all.

45. Similarly, Kriiger Andersen and Sørensen (note 43 above). But see Jesper Lau Hansen, *Tilsynsrådet i dansk ret - Svar til NTS 2013:4*, *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret* 2014, p. 20.

46. Committee on Corporate Governance, *Recommendations on Corporate Governance* (May 2013, updated November 2014), p 8, available at:

[<https://corporategovernance.dk/recommendations-corporate-governance>](https://corporategovernance.dk/recommendations-corporate-governance).

47. Francois Belot, Edith Ginglinger, Myron B. Slovin and Marie E. Sushka, Freedom of choice between unitary and two-tier boards: An empirical analysis, *Journal of Financial Economics* 112 (2014), p. 364.

6. Conclusion

This article has argued that, despite large conceptual differences, the practice of board organisation in both Denmark and in Germany is on a trend of convergence. This is a function of both a number of legal changes, mainly driven by the European Union, and by practical necessities and common board practice. The presence of board committees, independent directors, personal functional separation and delegation of matters to the executive board in Denmark are matched by a growing professionalization of the German supervisory board and its increasingly assertive, strategy-formulating role. Remaining differences include in particular the accountability of the board towards shareholders, although we have seen that the dichotomy between a clear hierarchy here and board insulation there is not an exhaustive description, and that practical realities are similar even here.

These observations contribute to the ongoing debate on the most functional board organisation and the trend towards a choice-based model. But it is important to consider the wider consequences for corporate governance and law. The structure of board organisation always has immediate repercussions on the role of the shareholders. Where the board is strong, the shareholders are weak, and conversely. A discussion on board organisation law is, as we have seen, therefore automatically a debate on the proper role of shareholders in corporate law.

Again, perspectives differ. The German board structure with its partial insulation of the Management Board is explained with an attempt to achieve a counterbalance against the country's traditionally very strong shareholders. This may have to be reconsidered following recent trends towards a dispersion of the large equity blocks and the beginning erosion of the »Deutschland AG«.⁴⁸

The Danish model, by contrast, is considered as a »selling point« for investment in Denmark: it grants the shareholders far-reaching powers to control the board and to take active influence in the company's strategy.⁴⁹ At times where the lack of shareholder engagement is deplorable and regulators worldwide are searching for solutions on how to incentivise »ac-

48. Wolf-Georg Ringe, *Changing Law and Ownership Patterns in Germany: Corporate Governance and the Erosion of Deutschland AG*, *American Journal of Comparative Law* 63 (2015), p. 493.

49. Lekvall Report (note 1 above), p. 63.

tive owners«, the traditional Danish model may turn out to be a stimulating example of a workable approach. However, the Danish framework must be careful to counterbalance powerful shareholders with substantial minority protection. And too strong shareholders may not be desirable either: overly incentivised boards were arguably partially responsible for some of the irresponsible risks that financial institutions entered into, leading to the financial crisis of 2008/09.

50. Andrea Beltratti and René M. Stulz, The credit crisis around the globe: Why did some banks perform better? *Journal of Financial Economics* 105 (2012), p. 1.

Profiling in the Present and New EU Data Protection Frameworks

Associate Professor Andrej Savin

The article is an overview of the present EU law and the proposals for reform. Profile creation based on Internet data and the associated decisions based on such profiles pose dangers to users' privacy. The article argues that the 1995 EU Data Protection Directive contains only a rudimentary regime. Proposals for reform are analysed, including the Commission's Proposal for a General Data Protection Regulation.

1. Introduction

1.1. Profiling Today

The digital world of the 21st century is increasingly the world of automatic decision making. In such a world, an ever larger number of tasks are relegated to computers which gather and process data as well as suggest or make decisions silently and with little supervision. This situation has been made possible by a transfer of a staggering share of our daily lives from the offline world to the Internet. It is a truism that automation would be impossible without our willing participation. We freely join in social networks, browse the Web, post on blogs, and send emails and messages. On the other hand, it is equally true that we are increasingly monitored by the state, by profit-maximizing corporations and by our fellow citizens and that these methods of monitoring are becoming more difficult to control.

Vast amounts of data which have become available and which we contribute form what we today call the Big Data.¹ This is then harvested for connections and correlations and profiles are created that can be used for commercial and other purposes. Profiling is increasing our personal convenience as we get used to and come to depend on targeted services such as news, video-games, TV programmes, music playlists, and electronic shop-fronts. Profiling is also benefiting the corporations, making it possible to target the customers who are likely to be interested in their goods or services.

On the other hand, in spite of the obvious conveniences that profiling brings, its dangers should not be underestimated. First, the capacity to easily build profiles by aggregating information already available has increased dramatically. Browsing patterns, combined with browsing habits revealed through cookies and with login data acquired directly or through interoperable services give easy access to masses of profiles. Second, the ability to make quick decisions based on the profiles so-created has increased. For example, a website can quickly decide, based on the user's profile and/or location to give the user access to certain services or not, or to offer certain items for sale and not others.

Whereas it may be true that a subject fearful of monitoring will not easily share information, the data suggests that there is universal increase in the use of almost all Internet services. This is in spite of the evidence suggesting that users are familiar with the risks involved.² The users, in other words, prefer the convenience of the Internet to their privacy. In this paper, I argue that the reality of Internet usage today requires flexible solutions and increased use of self-regulation rather than strict rules which will be ignored in practice.

1. Data of very large size and complexity that cannot be manipulated with usual database management tools. For an overview see Viktor Mayer-Schonberger and Kenneth Cukier, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, London: John Murray, 2013.
2. The 2011 European Barometer study demonstrates that 74% of Europeans desire the ability to give or refuse consent before collection or processing for online profiling purposes. European Commission, Special Eurobarometer 359, *Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union*, June 2011, pp. 74-75, available at http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf, accessed 5.9.2015.

The purpose of this paper is to critique the present EU legal framework that applies to profiling and to provide a brief analysis of the current proposals for reform and their adequacy.

1.2. What is Profiling?

Although often labelled »profiling«, there are several separate phenomena which are frequently but erroneously used concurrently. In computer science, data mining is an analysis step in a larger process called »Knowledge Discovery in Databases« (KDD). KDD is the extraction of valid, meaningful and non-trivial information from a pool of data sources.³ As such, it is generic and may or may not refer to information about physical or legal persons. Profiling, on the other hand, generally means extrapolation of information that identify and represent people by the process of computer-generated information gathering and subsequent construction and application of profiles.⁴ A definition of profiling proposed in the Article 29 Data Protection Working Party Opinion⁵ says that profiling:

»means any form of automated processing of personal data, intended to analyse or predict the personality or certain personal aspects relating to a natural person, in particular the analysis and prediction of the person's health, economic situation, performance at work, personal preferences or interests, reliability or behaviour, location or movements«.

The definition insists on automated analysis and prediction of personal aspects of natural persons, which will then be used for various purposes (commercial or non-commercial, by the entity who created the profile or by another entity). This is technically distinct from clustering, which is the practice of organizing data in groups so that similar objects belong in the same group. Thus, all users fitting certain criteria (e.g. young parents, high-income, children ...) would be placed in the same group.

Business models on which the profiler relies may vary greatly but three basic patterns can be distinguished. First, a profiler can be a compa-

3. Margaret Dunham, *Data mining: Introductory and advanced topics*, Prentice Hall 2003.

4. See Bart Custers, et al. (eds), *Discrimination and Privacy in the Information Society Data Mining and Profiling in Large Databases*, Springer 2013. On the complexities of profiling in the EU see Mireille Hildebrandt and Serge Gutwirth (eds), *Profiling the European Citizen*, Springer, 2008.

5. Advice paper on essential elements of a definition and a provision on profiling within the EU General Data Protection Regulation, adopted on 13 May 2013.

ny, which, in its own right, seeks to gather information about its own (or its sister companies') users. A big Internet electronic commerce store, for example, will typically gather data for these purposes. Second, an advertising network may gather data for providing targeted information to its customers who will then be able to serve the correct ads. Third, companies can also engage in harvesting information in the form of cookies and other data which they then sell to third parties.

A typical internet setup for all three cases involves behavioral advertising, which is the practice of targeted advertising based on the collection of information about the users' browsing habits. The entity gathering the data (the publisher) may not be the same entity which uses the profile. Here, the publisher will be the website which provides a service or offers goods for sale. The network providing the advertising (and typically buying the advertising space from the website) will be the entity interested in creating a profile. This should be distinguished from contextual advertising, which concentrates solely on content (e.g. a user typing certain keywords in the search engine, which results in ads fitting these keywords being displayed) but does not rely on a profile.

Automated decision-making is the general ability to make decisions based on the generated profiles but without human actors. The difference lies in the fact that automated decision-making is the process of reaching a decision (business, administrative, banking, etc.) based on the already created profile. In other words, a large collection of data is used as a source for creating a profile, which is then put to use and on the basis of which a decision is made. Decisions can, however, also be made by humans on the basis of the very same profiles that machines use. Smart surveillance, on the other hand, normally refers to a sub-set of automated decision making where individuals, companies and states use surveillance technologies (such as CCTVs, social networks, RFID and geo-tagging information, financial data) to gather information, create profiles and make decisions based on them. Profiling based on smart surveillance also falls within the scope of the EU data protection laws.

1.3. The Legal Regime Applying to Profiling

The EU legal framework on profiling is based on constitutional provisions, on comprehensive (albeit somewhat dated) EU secondary law and on tertiary sources in the form of opinions.

Both the EU and the Member States rely on constitutional protection of privacy as a fundamental right. Article 8 of the 1950 European Conven-

tion on Human Rights protects against the collection and use of personal data and guards private and family life. The Charter of Fundamental Rights, which came into force with the Lisbon Treaty in 2009, and which is meant to address the lack of fundamental rights in the original treaties, also protects private and family life (Article 7) and contains special right to data protection (Article 8).

The instrument providing a general framework for personal data protection in the EU is the 20-years-old 1995 Data Protection Directive.⁶ Many solutions that it contains, although introduced in a technically neutral manner, are in need of modernization. Nevertheless, the Directive provides a relatively high level of protection of personal data. The 2002 ePrivacy Directive⁷ is a *lex specialis*, which regulates certain aspects of electronic commerce such as spam and cookies, which were not covered in the original Directive. This directive is relevant to profiling as it covers »cookies«, a key aspect of behavioural advertising."

The old regime has since January 2012 been under the reform process with the Commission's Proposal for a General Data Protection Regulation.⁹ The process is, as of September 2015, still ongoing, with signs that compromise between the Council and the Parliament has been reached on a number of issues. The new Regulation specifically addresses profiling and has, through several revisions, acquired important improvements.

In addition, several opinions have a bearing on the issue of profiling. The Council of Europe Recommendation from 2010, for example, is of significance even though it comes from a non-EU body. The Article 29 Working Party is a group made up of representatives of data protection authorities of each of the Member States, the EU Data Protection Supervisor and the Commission. It is based on Article 29 of the Data Protection Directive and its mission is to advise Member States and give opinions to the Commission. It did so on a number of issues, including profiling and behavioral advertising, which will be discussed below.

6. Directive 95/46/EC.

7. Directive 2002/58/EC.

8. It is worth emphasizing that the Court of Justice of the European Union (CJEU), which has the jurisdiction to interpret both directives, has not had opportunity to rule on profiling.

9. COM (2012) 11 final, 25.1.2011.

In the first part of this paper, I will look at the Data Protection Directive and the Council of Europe Recommendation on Profiling.¹⁰ In the second part, I will analyse the proposed General Data Protection Regulation (the Proposal).

2. Data Protection Directive

The Data Protection Directive is the general instrument on privacy protection in the EU. It applies to collection of personal data except data concerning legal persons, data for purely personal purposes or public or national security and defence.

The Directive defines personal data as »information relating to an identified or identifiable natural person.« The person can be identified »directly or indirectly« and by referring to »physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity.«¹¹ There is little doubt that data protection rules apply to situations where data relating to identifiable individuals is *personal* data. The Preamble (item 26) is clear that the principles of protection do not apply to data rendered anonymous. There is less certainty about the extent to which the principles apply in situations relating to individuals who can only be identified by aggregation of different parts of information. If an advertiser harvests anonymized data contained in the browser (e.g. dietary or sexual preferences) and connects them with an IP number, it would seem logical to assume that such data is not anonymous. If, on the other hand, general browsing habits from a large number of individuals are gathered without any specific identifiable information (other than, maybe, geographical location), there is less reason to assume that the principles of data protection apply.

The basic premise is that data can be collected and processed if one of the prerequisites in Article 7 has been fulfilled. The main but not the only one is the data subject's unambiguous consent. The others refer to situation where data processing is necessary for the performance of the contract, for compliance with a legal obligation, for protection of data subject's vital interests, for official authority or public interest tasks or legitimate interests pursued by the controller.

10. Recommendation CM/Rec (2010)13, 23 November 2010.

11. Article 2(a).

Although consent is not the only basis on which data can be collected, in practice it is the most important one. Consent in the present Directive needs to be given freely and without pressure. It has to be unambiguous which is normally taken to mean that it must be clear and not inferred that data subject has given it. In addition to this, Article 2(h) adds that consent is »specific and informed«. Specific means that consent must be given for precise purposes and not undefined activities. Informed means that data subject has had to have received information on the purpose and scope of the collection before consenting to it. Consent may be withdrawn at any time.

There are serious doubts about whether consent as defined in the Directive answers the demands of modern digital life. This is for the simple reason that the conditions which the Directive requires can be satisfied while completely evading the issue of whether data subjects actually know what they are doing. Modern Internet users are typically presented with Terms and Conditions and Privacy policies, which run to many pages rarely if ever read in full and not likely to be understood. The typical reaction is simply to click on the »I Agree« button. Such consent is, technically speaking, freely given (as the button is freely clicked on), informed (as the opportunity to read the Terms had been given) and reasonably specific (as the reasons for data gathering are usually listed). Nevertheless, the consent here is a pure fiction and a creation of convenience and has little to do with the lawmakers' original intent.

Article 12 refers to right of access to information. Among other things, it provides that data subjects shall have the right to obtain »knowledge of the logic involved in any automatic processing of data.« Special emphasis is put on automated decisions referred to in Article 15 (1) (see below) which should be interpreted as meaning that data subjects always have the right to know the logic but this needs to be explained to them *in particular* in cases where there is automated decision making involved.

The key provision dealing with automated data processing is Article 15, entitled »Automated Individual Decisions«. The first paragraph of the Article grants the right of every person not to be subject to a decision »which produces legal effect« or »significantly affects« the subject's interests and which is »based solely on automated processing of data«. The paragraph specifically mentions that data needs to be intended to »evaluate« personal aspects and, by way of an example mentions performance at work, creditworthiness, reliability and conduct but leaves the list open.

Article 15(1) applies, therefore, only to situations, which affect the individual significantly *or* produce legal effect. An automated decision by a bank not to grant credit falls under the provision as it produces significant (although not necessarily legal) effect. A decision by a local council to classify a property as falling under a particular tax regime falls under the provision due to its legal effect. A decision by a local sports club's computer system that a member is more likely to be interested in football than basketball and should, therefore, receive updates about the former produces neither legal nor significant effects.

If the *intention* is not to evaluate personal aspects, the article does not apply. The key to application of the article is the intention understood as the data processor's awareness of and desire to analyse personal information. If personal information analysis is not the intended but ancillary effect, the article would not apply. This is not an ideal solution. It is submitted here that intention should not form part of the provision. The individual should be able to object to automatic decision making based on personal data whether the data controller's intention had originally been to analyse such data or not.

Article 15(1) does not demand consent in the meaning of Article 7. The data originally obtained may have been based on any of the other bases in Article 7. The obligation imposed is only to grant the right to object to *automatic decisions* being made on the basis of data otherwise legitimately obtained. The original consent, if required, would therefore still be valid for the ordinary data processing that does not involve automated decisions. If data were originally obtained by consent, for instance because a user agreed to terms and conditions on a website, withdrawal of the consent automatically delegitimizes the data.

In derogation to the first paragraph, automated decisions may, according to Article 15(2) be taken in the course of the entering into or performance of a contract. The condition in both situations is that data controller can produce a log demonstrating that the data subject had himself initiated the contract or, in the alternative, that *»there are suitable measures to safeguard his legitimate interests«*. By way of example for the latter, arrangements allowing the subject *»to put his point of view«* have been quoted. The second derogation exists in cases authorized by law, provided that such laws *»safeguard the data subject's legitimate interests«*.

A difference has been made above between profiling and decision-making. Article 15 of the Directive in its present form applies to *»a decision«*. In other words, it applies to profile *application* - not profile *making*.

Whereas original drafts of the Directive had the same solution, original proposal for the Directive on telecommunications privacy¹² had not.¹³ Article 4(2) of that proposal (though not of the final Directive) specifically provides that »the telecommunications organization shall not use such data to set up electronic profiles of the subscribers or classifications of individual subscribers by category«. The result of this position is that *profile creation* is, by default, allowed but that persons who are unhappy with the profile being used for *automated* decision-making may object according to Article 15.

There are several reasons why this situation is not ideal. The first is that profiles, which play an increasingly important commercial role and are treated as commodities by modern companies, contain a significant potential for privacy violations irrespective of whose hands they are in. Data mining (computer-aided extraction of useful information from the Internet) and data aggregation (combining data from several sources) can constantly improve profiles and increase their commercial value. An example can be found in common social networking sites. A public profile is available to anyone who browses social networks. The same profile can easily be connected to other social networking sites. If a hypothetical aggregator obtains such information by means of automatic computerized search and then displays it, the original legal basis for each of the sites would not seem to cover the aggregator but the harmful effect of the profile might still be present. Such aggregator would inevitably be both the processor and the controller within the meaning of Article 2 of the Directive.

The Directive contains a key requirement of purpose-binding (or purpose-limitation) in Article 6(1)(b). This principle forbids the processing of data which is not compatible with the purposes which made the initial data processing lawful. This has the effect of delegitimizing secondary uses of data. In behavioural advertising, if the data had been lawfully collected for specific purposes by an ad network operator, e.g. because consent had been given, it cannot be used for non-related purposes. This

12. Proposal for a Council Directive concerning the protection of personal data and privacy in the context of public digital telecommunications networks, in particular the Integrated Services Digital Network (ISDN) and public digital mobile networks, COM (90) 314 final.
13. Lee Bygrave, *Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling*, Computer Law and Security Reporter 7 (2000) 67-76.

provision goes some way in limiting the harmful effects, which may result from profiles being sold to 3rd parties. On the other hand, if the data subject had (possibly inadvertently and in haste) given consent to transfers to 3rd parties, this limitation would be without effect.

In addition to this, Article 6(1) (e) demands that data is deleted when it is no longer necessary for the purpose for which the data were collected (retention principle). This means that companies need to provide a concrete timeframe to the data subject.

3. Other Sources

The 2010 Council of Europe Recommendation on Profiling¹⁴ provides a significantly more detailed regulatory solution for profiling than the Data Protection Directive. The Recommendation, the first international attempt at regulating profiling, is meant as an application of data protection principles from the Council of Europe Convention 108¹⁵ to profiling. It does not have a binding effect but can be considered soft law directed at all states which have adopted the Convention.

In addition to this, also in 2010, the Article 29 Working Party issued its highly relevant Opinion on Online Behavioral Advertising, which suggests possible ways for interpreting present laws in light of the difficulties presented by profiling.¹⁶

These two instruments are analyzed below.

3.1. Council of Europe Recommendation on Profiling

The preamble to the Recommendation lists a number of reasons for its adoption. Nevertheless, a closer look demonstrates that the authors' primary worries were the following. First, profiles, when they are attributed to a data subject, make it possible to generate *new* personal data which are not those which the data subject had communicated to the controller or which can be presumed to be known to the controller. This is a justified fear in light of the increasing data aggregation practices. The second diffi-

14. See footnote 10.

15. Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.1.1981.

16. Opinion 2/2010 on online behavioural advertising, 22 June 2010, 00909/10/EN WP 171.

culty is the lack of knowledge that the individual is being profiled, the lack of transparency and the lack of accuracy. This fear is also justified as the user often has little or no control over what happens to data after consent had been obtained. The subsequent profiling may continue without his knowledge and the original data may be degraded as they are combined with older or less accurate data or even data relating to a completely different individual. The final worry relates to children whose profiling may have serious consequences for their subsequent lives. Since children are not in the position to give consent, special protection measures need to be applied.

The Recommendation, unlike the Directive, does make the important distinction between profile *generation* and profile *application*. Article 1(d) defines a »profile« as a set of data characterising an individual, which is meant for »applying« to an individual. Furthermore, in Article 1(e) »profiling« is defined as applying the profile to an individual. The choice of words is somewhat unfortunate as profiling is often understood elsewhere in the Recommendation as only the process of gathering information not the process of applying it.

Section 3 contains detailed conditions for collection. Article 3.1 provides that collection and processing must be »fair, lawful and proportionate« and that it must be for »specific and legitimate« purposes. The requirement that purposes should be specific is unrealistic. Modern profiles are often collected without specific purpose in mind or the purpose may become apparent at a later stage. Facebook's »like« button, for example, was originally introduced without commercial purposes but these have subsequently been found. Condition 3.2 demands that profiling be »adequate, relevant and not excessive«.

Collection and processing can be allowed in two situations only. The first (Article 3.4.a) is where they are *provided* for by law. In this case, no further conditions need be fulfilled. This will often be the case in laws involving administrative situations (ID cards and numbers, passports, insurance, police records, etc.). The second situation (Article 3.4.b) is where they are *permitted* by law and one of the five preconditions are met. The words *permitted* should here be understood to mean that the purpose for the collection must not be illegal according to local law.

The first precondition for permitted collection and processing is a »free, specific and informed consent«. This is a slight improvement over the solution currently given in Article 15 of the Data Protection Directive. The Recommendation demands a consent that specifically relates to profi-

ling - a general consent given in the context of the ordinary data processing is not sufficient. Moreover, the consent must be »informed«, meaning that data subject must be aware that data would be used for profiling and not for other purposes, however legitimate they may be. The second precondition covers performance of a contract and implementation of pre-contractual measures taken at data subject's request. The third precondition relates to tasks carried out »in the public interest« or »in the exercise of official authority«. The authority may be vested either in the controller or in a third party. The fourth precondition exists where the controller's or the third party's legitimate interests demand profiling. This can be overridden in the situation where data subject's own fundamental rights are at stake. The final precondition exists where the »vital interests of the data subject« demand it. Profiling of persons incapable of demonstrating their own free consent is allowed only when protecting their own interest (Article 3.5).

Article 3.7 of the Recommendation demands that »as much as possible«, it should be able to access information about goods and services or access goods or services themselves without disclosing personal information. The article demands that providers of information society services should provide by default non-profiled access to their information. Sensitive data are subject of a separate entry in Section C (Article 3.11). The default position here is the prohibition of profiling except where necessary for the »lawful and specific purposes« in the presence of adequate domestic safeguards.

In the course of profiling the controller must provide the subject with a number of predetermined pieces of information (Article 4.1). When data is collected directly from the subject (and not transferred from a third party), this information needs to be given at the time of collection at the latest. The subjects need to be told that data would be used for profiling and need to know the purpose of profiling and the categories of personal data. The identity of the controller must be disclosed as well as the fact that safeguards exist.

A separate category (4.1.f) is designed to demonstrate the fairness of profiling to the subject. The subsequent list is given as a way of example. This includes the persons to whom data may be communicated, the possibility to refuse to give consent or to withdraw it subsequently, the right to object to or demand correction and others.

Of particular interest here is the »envisaged effects of the attribution of the profile to the data subject« which means that the data subject needs to

learn not only about the fact that profiles are created about him or her but also the possible implications of these profiles being applied.

The fact that data is not collected from the data subject but obtained from the third party (by way of purchase, for example) does not exonerate the controller from providing the information to the data subject at the time of transfer (i.e. when the controller receives the data). It is interesting to note that Article 4.4 is aware that data is often not collected for the purposes of profiling but only become its subject later. The obligation to inform arising out of Article 4.1 is then extended to such a situation.

Data subjects have the right, according to Article 5.1 to learn not only about the fact that they are being profiled but also the logic underlying the profiling. They are entitled to correction, deletion or blocking only in the cases where profiling is performed contrary to domestic law. The right to correction, deletion or blocking does not exist purely because the data subject had changed its mind about the profiling. A separate right of objection is inserted in Article 5.3, which entitles the data subject to complain on »compelling legitimate grounds«.

3.2. Behavioral Advertising, ePrivacy Directive and Article 29 Working Party Opinion

Behavioral advertising involves the tracking of Internet users and the building of profiles, which are used to provide advertising that matches these users' interests.¹⁷ The Article 29 Working Party 2010 Opinion on Online Behavioral Advertising is issued as a sign of concern that such advertising might be harmful to consumers and that the use of modem browsers, including the use of »cookies«, may be detrimental to users' interests. Since »cookies« are central to profiling, the Article 29 Working Party has specific recommendations.

The ePrivacy Directive¹⁸ Article 5(3) requires informed consent for gaining access to information stored on the users' computers. It provides that the use of »cookies« for gathering information is only allowed with the user's explicit consent. Such gathering is allowed if the user's consent has »been provided with clear and comprehensive information, in ac-

17. On behavioural advertising in EU law in general and behavioural economics see Jan Trzaskowski, *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive*, *Journal of Consumer Policy*, September 2011, Volume 34, Issue 3, pp 377-392.

18. See footnote 7.

cordance with Directive 95/46/EC, *inter alia*, about the purposes of the processing.« This is the *opt-in* system where the cookies are allowed only after the consent has been given. The solution from the original 2002 text was an *opt-out* system where the gathering was allowed *a priori* but the user could opt out of it.

The Opinion emphasizes that Article 5(3) applies to those who place and retrieve cookies, irrespective of whether they are controllers or processors but it also underlines the fact that ad network providers are data controllers within the meaning of the Data Protection Directive. The Opinion adds that situations where users visit publishers' websites actually involve browsers automatically transferring users' IP addresses to ad network providers. This may make publishers joint controllers with ad network providers but this will depend on a case-by-case analysis. For instance, publishers will always be under a duty to inform the data subject that information is gathered but if personal data is also collected, the publisher is a co-controller with the ad network providers. The Opinion is clear in saying that this only entails »some responsibility« but not necessarily full. The Opinion emphasizes that the ad network operator can combine data obtained in the course of targeted advertising, registration data from the website and surfing behavior to create profiles. This puts it in the role of an independent data controller.

Article 5(3) of the ePrivacy Directive requires prior informed consent obtained after clear and comprehensive information had been provided to the data subject. The information must be given prior to the placing of the cookie. The Opinion emphasizes that consent given by way of browser settings (i.e. setting the browser to automatically accept certain kinds of cookies) is not valid as it is rarely, if ever, possible to obtain informed consent in such a way. This is so even though Recital 66 of the ePrivacy Directive allows, in principle, a technological solution which is »effective« in achieving the same result as the informed consent. This is because the users are often ignorant of the technical side and may not understand the true implications of the settings they choose. In addition, utilizing a particular setting would give *a priori* consent for all future situations, which cannot have been the purpose of Article 5(3). The Opinion goes on to say that setting the browser to reject 3rd party cookies might satisfy these conditions as it would require affirmative action on the user's part. The problem remains, however, in situations involving cookies, which were set before changes in the browser settings took effect. Such cookies would still be able to be transmitted unless blocked by the users. The Article 29

Working Party Group suggests that privacy-by-design,¹⁹ where browsers are set to default to maximum security settings, might be a significant step forward.

As alternatives to browser settings, the Opinion welcomes opt-out lists where data subjects can visit web-sites and indicate their desire to be excluded. In any case, the Article 29 Working Party is of the opinion that properly informed consent is the most desirable option for behavioral advertising.

4. Regulation Proposal

4.1. The Proposed Version

The current data protection regime is almost 20 years old. A need for reform was recognized and a new proposal saw light in 2012.²⁰ The new Regulation is meant as a shift from bureaucratic requirements to compliance in practice.²¹

One of the most important changes was the extension of the territorial scope of application. The regulatory models in Europe and in the United States are different. Data protection in the United States has traditionally been more restricted while the EU has been more proactive.²² Some of the largest data gatherers, however, are based in the USA. The Regulation proposes to extend its application (Article 3) to situations where either the processing takes place in the Union or the EU data subjects are targeted (not necessarily in a commercial context). This extension of the scope of the future Regulation, if adopted, is a welcome step.

The Regulation has a significantly more coherent protection of profiling. Recital 24 recognizes the danger of online identifiers such as cookies or IP numbers, which their »devices, applications, tools and protocols« may leave behind. This, combined with unique identifiers and other in-

19. »Privacy-by-design« and »privacy-by-default« are fundamental concepts in the proposed Regulation. See Preamble.

20. See footnote 9.

21. See Christopher Kuner, *The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law*, *Privacy & Security Law Report*, 11, 2012, p. 6.

22. See Schwartz., Paul M. »The E.U.-U.S. Privacy Collision: A Tum to Institutions and Procedures« 126 (2013) *Harvard Law Review* 1966.

formation, may lead to profile creation. The Commission concludes, however, that identification numbers, location data, online identifiers or other specific factors are not personal data as such. It is puzzling why this conclusion had been reached as this data is not anonymous by default. On the contrary, IP numbers and cookies are by default connected to particular machines, which are, more often than not, accessed by particular users. Amendment 15 of the Draft Report (see below) changes the text, saying that the default position is Regulation application »unless those identifiers demonstrably do no relate to natural persons«, giving as a way of example company IP addresses.

The main provision on profiling, Article 20, is entitled »measures based on profiling«. This may suggest that the article is only regulating *decision-making* based on profiles and not the actual profile *creation*. The word »decision«, however, prominently featuring in Article 15 of the Directive has been removed. This has to be interpreted to mean that the new regime applies to profile *creation* as well as to *decision-making*, automatic or other, resulting from the application of the profile to an individual.²³

Recital 58 outlines the bases for lawful profiling. Such measure should be allowed when expressly authorised by law (and proper safeguards exist), when it is carried out in the course of entering or performance of a contract, or when the data subject has given his consent. These requirements are repeated in Article 4(8) of the main body of the Regulation.

Article 20 applies to measures which produce legal effect or which »significantly affect« natural persons. This means that only measures based on profiling are covered and not profile creation itself.²⁴ The measures must be »based solely on automated processing« and »intended to evaluate certain personal aspects«. This part is worded in the same manner as the Directive. The first addition is that the measure may also be intended »to analyse or predict« various factors. This is a small but important clarification of how profiles may be applied. By way of example, performance at work, economic situation, location, health, personal preferences, reliability and behaviour are quoted. It will be recollected that the

23. See Mathias Vermeiden, *Regulating Profiling in the European Data Protection Regulation: An Interim Insight into the Drafting of Article 20*, EMSOC Working Paper, available at SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=2382787> or

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2382787> accessed 6.9.2015.

24. See also the LIBE version below which specifically confirm this.

Directive only provided three examples: performance at work, creditworthiness, reliability and conduct.

Paragraph 2 allows profiling in the course of conclusion or performance of a contract, where it is expressly authorized either by EU or national law or is based on consent. The latter provision points to new Article 7, which is an updated and more precise definition of consent. That article demands that the controller bears the burden of proof. Paragraph 2 furthermore demands that consent, which is in a written declaration containing other matters (e.g. »terms of use«), be distinguishable. Consent can be withdrawn, which has the effect of making processing unlawful from the moment of withdrawal but not before. Consent is not a valid basis where there is an imbalance between the data subject and the data controller.

Article 4(8) of the proposal defines consent as »freely given specific, informed and explicit indication«. This indication can be given by a statement or affirmative action. Article 4(8) is an improvement of the situation in the Directive. The most common situation is where an individual is presented with lengthy 'privacy policy' or 'terms and conditions'. The users are unlikely to read those due to their length or the fact that they change frequently. It is submitted that an average user is not capable of making an informed decision about profiling in the situation described here. Nevertheless, it would have been better had the solution in the Recommendation been adopted where consent is specifically related to profiling.²⁵

An important addition to the old regime is paragraph 3, which says that decisions cannot be made solely on Article 9. This article deals with special categories of data (racial, ethnic, political, religious, trade union-related and others). If a commercial entity engages in, for example, racial profiling, assigning their clients into groups based on racial criteria that would be illegal.

The business communities reacted adversely to the proposal believing that extra burden was being placed on them.²⁶ In particular they objected to potential requirement to consent to cookies, the potential to apply the

25. See Article 3.6.

26. UK House of Commons Justice Committee, The Committee's opinion on the European Data Protection Framework proposals. Available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmjust/572/572.pdf>, accessed 6.9.2015.

proposed Regulation to behavioural advertising and to consent as a basis in general.²⁷ They emphasized that comprehensive and wide-ranging clause would not be risk-based and would unduly restrict a number of useful practices. Some of the criticism is directed at the individualized/anonymized dichotomy, which the Regulation operates on but which does not necessarily coincide with the reality.

The Opinion of the Committee on Industry, Research and Energy²⁸ proposes through Amendment 182 a new industry friendly solution, which would apply to »advertising, market research or tailoring telemedia«. In such cases, user profiles can be created using pseudonymised data, in cases where the person concerned does not object. To make sure that problems do not arise, the amendment suggest that user profiles may not be combined with data about the bearer of the pseudonym.

Article 29 Working Party, consisting from EU data protection authorities, suggested, contrary to the industry views summarized above, that the Regulation could do more to protect individuals against profiling. It objected to the fact that stronger differentiation had not been made between the collection of data for the purposes of profiling on one hand and the creation of profiles as such. The Working Party suggested that provisions ensuring greater transparency and control for data subjects should be introduced.

4.2. The LIBE Versions

The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs proposed in 2012 significant amendments that would change the picture of the Proposal.²⁹ The Draft Report has as a basis four important principles. The first is that monitoring of data in the sense of Article 3 (as amended) would take place depending on how comprehensive the tracing efforts were. Offline use or sporadic aggregation would not be considered monitoring. Second, protection would apply to information concerning an identified or identifiable person. If data cannot be related in any way to such a person, the Regulation would not apply. Third, processing relating to identifiers,

27. See Mathias Vermeiden, *op. cit.* p. 11-12.

28. 26.2.2013. COM (2012)0011 - C7-0025/2012 - 2012/001KCOD)).

29. Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM (2012)0011-C7-0025/2012-2012/0011 (COD)).

which leave traces should be covered by Regulation. Fourth, consent is only valid where the choice made is genuinely free and valid.

In respect of controllers not established in the Union, the Regulation proposes its application in Article 3 to such controllers where they offer goods or services to data subjects in the EU or where they monitor their behaviour. The Draft Recital recommends that monitoring of *behaviour* be replaced with monitoring of data *subjects*. This is widening of the scope of the Regulation's application as monitoring of subjects includes all collection and processing of the subjects' data and not just regular tracking.³⁰ A data subject becomes, in amendment to Article 4(1), a person who can be singled out alone or »in combination with associated data.«

The Draft Report streamlines and tightens the requirements for lawful profiling. The title of Article 20 is changed from »Measures based on profiling« to »Profiling« signifying that the regime applies to profile *generation* as well as to *decision making* based on generated profiles. It adds a new and significant paragraph 2(a), which says that:

»Profiling that has the effect of discriminating against individuals on the basis of race or ethnic origin, political opinions, religion or beliefs, trade union membership, sexual orientation or gender identity, or that results in measures which have such effect, shall be prohibited«.

It is worth adding here that the Report created a category of »pseudonymous data«. This category, introduced in Amendment 105 which modifies Article 7 on consent by adding a new paragraph - 2a, is subject to less strict treatment. The article provides that data, which is processed only in the form of pseudonymous data allows consent »by automated means using a technical standard with general validity in the Union«.

30. For example, ID numbers, photos and voice samples are normally not behaviour-related.

The LIBE Committee issued the final Report in 2013 with some changes to the 2012 Draft.³¹ The draft Article 4(3)(a) contains a definition of profiling:

»Profiling' means any form of automated processing of personal data intended to evaluate certain personal aspects relating to a natural person or to analyse or predict in particular that natural person's performance at work, economic situation, location, health, personal preferences, reliability or behaviour«.

Pseudonymous data is defined in Article 4(2)(a) as:

»Personal data that cannot be attributed to a specific data subject without the use of additional information, as long as such additional information is kept separately and subject to technical and organisational measures to ensure non-attribution«.

The Draft begins with an assumption that pseudonymous data is not significantly affecting the interest of the data subject. The Recital 58a:

»Profiling based solely on the processing of pseudonymous data should be presumed not to significantly affect the interests, rights or freedoms of the data subject. Where profiling, whether based on a single source of pseudonymous data or on the aggregation of pseudonymous data from different sources, permits the controller to attribute pseudonymous data to a specific data subject, the processed data should no longer be considered to be pseudonymous«.

The LIBE Amendment to Article 10 then provides that controller or processor shall not be obliged to take extra steps to identify the data subject in cases where a natural person cannot be identified or data is pseudonymous. This is in line with the amended Recital 38, which talks about the legitimate interests of the controller and says that »processing limited to pseudonymous data should be presumed to meet the reasonable expectations of the data subject based on his or her relationship with the controller.«

Article 10(a) adds that the basis for data protection is data subject's rights and that such rights include, inter alia, »the right to object to profiling«. More detailed rules are found in Article 19, which allows the right

31. Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 - C7-0025/2012 - 2012/0011 (COD)), 22 November 2013, A7-0402/2013.

to object to profiling. In addition to the Proposal, the Draft adds that objection can be exercised by automatic means in case of information society services.

The Draft Article 20 is more precise on profiling than the Proposal. It provides that everybody can object to profiling and should be informed about the right to object adequately. A person can be subject to profiling which produces legal effect under the similar conditions as in the Proposal. The difference is in point a) where this is allowed only if necessary for the performance of a contract in cases where proper safeguards have been provided.

Paragraph 5 specifies that profiling which produces legal effects or »significantly affect the interests, rights or freedoms of the concerned data subject« cannot be based »solely or predominantly« on automated processing and must also be based on human assessment which must include an explanation of any potential decisions.

The Draft Article 4(2)(b) also contains a definition of encrypted data, which are »personal data, which through technological protection measures is rendered unintelligible to any person who is not authorised to access it«. The effect of this data is felt in Article 13(l)(f) where the controller must communicate to the data subject whether data are kept in encrypted form or not.

5. Concluding Remarks

While a reader may quickly agree with the idea that profiling and automated decision-making are widespread and important, it is more difficult to reach generalized conclusions concerning any future direction in which law should move. This is a result of the importance, which the law puts on the consent and limited practical effect that this has on users' behaviour on the Internet. In other words, although the law is unambiguous (and increasingly more stringent) about the legal requirements, the risky behaviour patterns have not changed.

Both the Council of Europe Recommendation and the LIBE Committee versions of the General Data Protection Regulation overcome some of the indicated problems. The LIBE version's insistence on both the profile generation and measures based on the profiles being covered expands coverage and so does the significantly more precise language of Article 20.

In spite of this, at least two problems still need to be addressed.

The first problem can be summarized as a difference between the *a priori* and *a posteriori* approaches, which Custers and others have suggested.³² The *a priori* limiting measures such as access controls, anonymity and purpose specification are increasingly failing in the fight against privacy violation and discrimination and time is possibly ripe for a focus on *a posteriori* including accountability and transparency.

Second, while these ideas are yet to be tested, it is possible to say that law-making alone will not give the answer and that traditional law-making, in particular, may have to be complemented by modern and less traditional approaches. Coupled with this, there is little encouragement in the present EU debate on the data protection reform of alternative solutions such as industry standards.

32. Bart Custers, et al. (eds) *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases* (Berlin: Springer, 2013), p. 342.

Begrænsning af aftalefriheden i offentlige K03-aftaler

- En analyse af det dobbelthaltende retsforhold

Ph.d.-stipendiat Henriette S.G.T. Schleimann

Denne artikel handler om K03-aftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder. Udbudsretten sætter en række begrænsninger op for aftalefriheden i offentlige aftaler. Samtidig finder en række andre aftaleretlige principper stadig anvendelse for offentlige K03-aftaler, hvilket i nogle situationer bevirker, at retsstillingerne for de forskellige parter påvirkes. I artiklen sammenholdes nogle af disse aftaleretlige principper med udbudsretten for dels at undersøge samspillet imellem udbudsretten og aftaleretten, dels for at kunne konkludere, hvilke principper der finder anvendelse i et kontraktforhold mellem en offentlig myndighed og en privat virksomhed som indgår en K03-itsoftware aftale.

1. Indledning

Når en offentlig myndighed og en privat virksomhed skal indgå en softwareaftale via en K03-standardaftale foregår det ved, at den offentlige part i henhold til udbudsreglementet afholder et udbud og dermed en konkurrence om et it-software program. Herefter er det op til de private parter at afgive tilbud efter udbudsreglementet. Afhængigt af, hvordan den offentlige myndighed har udformet udbudsbekendtgørelsen samt de kriterier, der skal lægges til grund for konkurrencen, vinder den private part, som bedst muligt lever op til kriterierne, det være sig pris og kvalitet.

Aftaleloven gælder for private retsforhold, men dette til trods præger den aftaleretlige regulering også offentlige aftaler. De forvaltnings-, of-

fentlig- og udbudsretlige regler betyder modsat, at den offentlige part ikke har den »frie vilje«, som private agerer under. De offentlige parter er undergivet *politisk kontrol* og er derfor begrænset af en ressort lovgivning samt de retlige rammer, der i øvrigt følger af den *offentlige ret*. Dermed må der foreligge et *bevillingsmæssigt grundlag* for de offentlige parters beslutninger, i overensstemmelse med at dispositioner må respektere hjemmelsgrundlaget. Det forvaltningsretlige legalitetsprincip indebærer, at en offentlig part ikke ved aftale kan gå ud over, hvad den i forvejen havde hjemmel til. Dertil må de offentlige parter overholde de almindelige og specielle sagsbehandlingsregler, idet en tilsidesættelse heraf medfører, at der ikke kan tillægges aftaleretlige virkninger, jf. U 2009.1961 V.²

Når den offentlige part, der aftaleretligt anses som tilbudsmodtager grundet udbudsreglerne, sender opgaver i udbud, kan forskellige virksomheder byde ind på opgaverne. For at kunne afgive tilbud skal de bydende virksomheder, der således er tilbudsgivere efter reglerne i aftaleloven,³ deltage i en budrunde. Der kan her være tale om it-relaterede opgaver som f.eks. hardware, software og blandede kontrakter, der indeholder særlige vilkår og betingelser, hvilket medfører, at den offentlige part er underlagt særlige og strenge krav til at udvælge de leverandører, der byder ind på en opgave. Dette sikrer, at en udbudt opgave bliver løst konkurrenceretligt på bedst mulig måde under optimale vilkår i forhold til varetagelsen af opgaven samt under iagttagelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet,⁴ af økonomiske aktører ved at agere på en gennemsigtig måde.³

Den offentlige part er bundet af udbudsforpligtelser defineret i udbudsmaterialet. Heri har den offentlige part fastsat detaljerede krav til udbudsprocessen, kontraktgenstanden og kontraktens udførelse.⁶

Den offentlige part definerer kravspecifikationerne, hvilket beskrives i overensstemmelse med udbudsmaterialet, så længe de udbuds- og offent-

1. Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udg. 2010, s. 21 f.

2. Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 4. udg. 2013, s. 128.

3. Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område som ændret ved lov nr. 1376 af 28. december 2011 med ikrafttrædelse 2013-02-01.

4. Princippet om ikke-diskrimination af de økonomiske aktører.

5. Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udg. 2010, s. 67 f.

6. Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udg. 2010, s. 27 f. og 138.

ligretlige principper overholdes/ herunder krav fra GPA⁸ og EU-regler om, at udbud fra en offentlig part ikke må være udelukkende teknisk specifikt for at forhindre diskrimination samt undgå handelshindringer.⁹ Der tages forbehold for dette i K03-kontrakterne.

2. K-kontrakter i dansk ret

K03-kontrakterne er udbud af it-relaterede opgaver indeholdende særlige vilkår og betingelser, hvilket anses som værende specialprogrammel ved softwareudvikling og lign. udbud. Der findes tre udarbejdede standardkontrakter og udviklingsaftaler, der anses som en programmodel for staten. Formålet er at gøre det nemmere at indgå kontrakter om indkøb af it-systemer (integration med hardware), både for kunder og leverandører, samt at skabe et fælles paradigme for udarbejdelse af it-kontrakter. Det er ikke et krav, at involverede parter benytter disse standardkontrakter, men de er gavnlige, da kunder i it-retlig henseende antageligvis har mangel på dybere forståelse og kendskab til it-området, og leverandører antageligvis mangler forståelse for den juridiske håndteringsproces. I henhold til tekniske specifikationer i udbudskontrakter kan der tages udgangspunkt i standard-udviklingsaftaler¹⁰ inden for digitale informationsydelser gennem K03-kontrakter,¹¹ hvor anvendelsesområdet er længerevarende it-systemer og standardsoftware.

KOI, K02 og K03 kendes som K-kontrakter.¹² Heri forefindes både en offentlig og en privat part,¹³ hvori der tages udgangspunkt i K03-kontrak-

7. De udbudsretlige principper er afledt af traktatens principper og omfatter; ligebehandling, gennemsigtighed, ikke-diskrimination, gensidig anerkendelse og proportionalitet, jf. Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.
8. The Government Procurement Agreement.
9. Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udg. 2010, s. 158 f.
10. KOI Standardkontrakt for kortvarige it-projekter, K02 Standardkontrakt for længerevarende it-kontrakter og K03 Standardkontrakt for agile it-projekter.
11. Henrik Udsen, IT-ret, 4. elektroniske udg. 2015, s. 33 og 517.
12. Ophavsretten til standardkontrakterne/ K-kontrakteme (KOI, K02, K03) tilhører Digitaliseringsstyrelsen, men det er tilladt enhver vederlagsfrit at kopiere og anvende standardkontrakternes tekster helt eller delvist ved udarbejdelse af kontrakter for aftaler om udvikling af it-projekter.
13. Digitaliseringsstyrelsen anbefaler, at de statslige institutioner anvender standardkontrakterne (KOI, K02, K03) inden for de respektive kontraktens anvendelsesom-

ten, hvis krav specificeres på et overordnet niveau, der kræver at parterne skal detailspecificere aftalens krav, hvilket iht. tilpasning i offentlige it-projekter kan være en udfordring ved den agile model i udbudsregleme, hvis hverken pris eller realydelse ligger fast på aftaletidspunktet. K03-kontrakter definerer dog, hvilke forpligtelser begge parter pålægges i det kontraktlige forhold, og det er derfor interessant at se på, hvilke faktorer der gør sig gældende for kontraktindgåelsen, samt om kontrakterne er efficiente for parterne.¹⁴ Hertil er det især det haltende retsforhold, der opstår i den givne udbudssituation, der er relevant. Et haltende retsforhold defineres i aftaleretten som værende *»hvor den ene part (tilbudsgiveren) er bundet, uden at der foreligger en tilsvarende bundethed for den anden (tilbudsmotageren) «Λ''*

2.1. Kontraktindgåelsen

Traditionelt vil aftalefriheden i den almindelige obligationsret være det grundlæggende princip for et aftaleforhold. Dette er ikke tilfældet, når der er tale om offentlige it-leverancer og offentlig-private it-aftaler. Udbudsretten samt de forvaltningsretlige og EU-retlige principper for offentlige aftaler har stor indflydelse på, hvordan en aftale skal indgås, når en offentlig part skal indkøbe it-ydelser. Sam- og modspillet mellem udbudsreglerne og de obligationsretlige bestemmelser¹⁶ for aftaleindgåelse

råde. Standardkontrakterne kan desuden anvendes til it-projekter i kommuner og regioner samt på det private marked. K03 kontrakten kan bruges i sammenhæng med den fællesoffentlige it-projektmodel.

14. En væsentlig potentiel ulempe i den agile udviklingsmodel, som den kendes fra K03, er at kunden ofte ikke kender prisen for systemet ved aftaleindgåelsen, da det nærmere indhold af systemet først fastlægges i løbet af udviklingsprojektet. Tilhængere af den agile udviklingsmodel vil ofte hævde, at dette erfaringsmæssigt også gælder for mange systemer udviklet efter vandfaldmodellen (som kendes fra KOI og K02), da prisen ofte viser sig at blive væsentligt højere end først aftalt (pga. ændringsbehov undervejs).
15. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 37.
16. EU-retten forholder sig rent principielt neutralt i forhold til medlemsstaternes brug af sondringen mellem offentlig-og privat ret. Udbudsdirektiverne er gældende uanset om medlemsstaterne vælger at bruge privatretten eller den offentlige ret på udbuds kontrakter. I henhold til subsidiaritetsprincippet er det op til hver enkelt medlemsstat at vælge hvilken model, den agter at benytte: Rent privatretlig, rent forvaltningsretlig eller en blandet model. Danmark har valgt den blandede model. Se også Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, 4. udg. 2010, s. 25 f.

opstiller nogle aftaleretlige betingelser, der har indflydelse på risikofordelingen. Dette gør det relevant at se på det forhold, der adskiller sig fra en traditionel aftaleindgåelse mellem private parter, og en aftaleindgåelse mellem en offentlig part og en privat part, der skal fordele risiko i forbindelse med et offentligt indkøb af it-software.

2.2. Aftaleretten

Aftalefriheden fremstod som en selvfølge for det 19. århundredes økonomiske liberalisme, og i retlig henseende blev aftalefriheden anset som en naturlig konsekvens af, at aftalen giver udtryk for de kontraherende parter fælles vilje, også kaldet viljesdogmet. Grundet et ændret syn på det økonomiske politikals mål og midler samt samfundets udvikling er der efterhånden sket betydelige indskrænkninger i aftalefriheden, dog anses den til stadighed som et grundlæggende retligt princip. Aftalefriheden er ikke længere retligt en deduktion fra viljesdogmet, men funderet i de almindelige aftaleretlige retskilder.¹⁷

2.3. Løfteprincippet

I selve kontraktindgåelsen er løfteprincippet yderst essentielt, særligt i forhold til offentlige kontrakter, der indgås på grundlag af en udbudsforretning, er det relevant at forholde sig til, hvilke forpligtelser der påhviler den private virksomhed og den offentlige part.

AFTL § 1, 1. pkt., specificerer forpligtelsen hos en afgiver af et tilbud, som i dette tilfælde er den private virksomhed, men på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, der indeholder en lang række kravspecifikationer, afgiver den private part tilbud i konkurrence på grundlag af disse regler. Den private tilbudsgiver er ifølge aftaleloven bundet af sit tilbud med virkning fra kundskabsøjeblikket. I henhold til AFTL § 7 er det kun muligt for løftegiver at tilbagekalde sit tilbud, såfremt dette sker inden tidspunktet, hvor tilbuddet kommer til modtagerens kundskab.¹⁸

Udbudsretten sikrer en formaliseret aftaleindgåelse, hvor flere tilbudsgivere har mulighed for at afgive tilbud under samme vilkår. Disse

17. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 20.

18. Kundskabsbegrebet fokuserer på den menneskelige erkendelse, ikke på et medie der bibringer denne erkendelse, der på samme måde er gældende med påbud, der forpligter modtageren og ikke afgiveren.

udbudsregler er sammensat af flere rets discipliner,¹⁹ herunder bl.a. aftaleretten og konkurrenceretten. Da udbudsretten retter sig mod de konkurrencemæssige aspekter og de aftaleretlige begreber, bruges disse som redskab til at fremme den ønskede optimering af konkurrencen. De generelle licitationsregler udgør en udfordring for det etablerede aftaleindgåelsessystem ved to forhold:

1. *I modsætning til det normale aftaleretlige system er offentlige udbud reguleret af strenge indgåelsesprocedurer, og*
2. *Mange af de aftaleretlige begreber har en anden (dvs. udvidet/indskrænket) betydning under udbud.*

Det er ikke alle aftaleretlige principper, der kan anvendes under udbud. Her sætter udbudsretten selv grænser ved direkte frasortering af de aftaleretlige regler, hvilket baseres på en »ustruktureret« aftaleindgåelse.²⁰ De afgørende forskelle på disse to juridiske områder er, at:

1. *udbudsretten er præget af et stort antal formelle krav,*
2. *udbudsretten omhandler tilbudsgivning fra flere tilbudsgivere under samme opgave, og udbudsrettens aftaleregler er præget af licitationsinstituttets²¹ konkurrencemæssige særpræg (dvs. den naturlige aftalefrihed elimineres i udbudsretten).²²*

2.4. Løfteprincippet og offentlig-private it-leverancer

Løfteprincippet er en medvirkende faktor til at skabe et haltende retsforhold, i og med den private tilbudsgiver bindes, uden at der foreligger en tilsvarende bundethed for modparten, altså den offentlige part. Normalt søges det inden for den formueretlige lovgivning at undgå en tilstand, hvor der opstår et haltende retsforhold, der - navnlig ved svingende priser - giver tilbudsmotageren mulighed for at spekulere i den forpligtede

19. Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udg. 2010, s. 21.

20. Michael Steinicke, Aftaleretten og offentlige udbud, Juristen 2000, s. 302 f.

21. Ved licitationsinstituttet forstås måden, hvorpå licitation/udbudsreglementet er indrettet. Således skabes en konkurrence, der må eliminere de grundlæggende aftaleregler, da man naturligt nok for at sikre konkurrencen ikke kan fastslå, at en aftale er bindende, hvis den indgås uden gennemført udbud.

22. Michael Steinicke, Aftaleretten og offentlige udbud, Juristen 2000, s. 303 f.

parts omkostning.²³ Dette var dog bevidst i forhold til de skandinaviske aftalelove, hvor det blev lagt til grund, at det ligeledes er i tilbudsgivers interesse, at tilbudsmotager er oplyst om, at tilbudsgiver kun er bundet i et vist interval, eftersom dette typisk vil bevirke, at tilbudsmotageren vil overveje tilbuddet mere seriøst.²⁴

I en traditionel privatretlig aftale er der større ligevægt mellem parterne, til trods for, at der stadig eksisterer et haltende retsforhold. Såfremt tilbudsgiveren ikke er indstillet på et haltende retsforhold over længere sigt, kan acceptfristen forkortes,²⁵ og betydningen af det haltende retsforhold begrænses dermed. Modsat forholder det sig i forhold til en offentlig aftale, hvor en tilbudsgiver i en it-leverance, afgiver tilbud på grundlag af en udbudsbekendtgørelse, i denne situation er det den offentlige tilbudsmotager, som fastsætter fristen for tilbud og accept i udbudsbekendtgørelsen. Her gælder, at den private tilbudsgiver er underlagt en konkurrence ud fra en udbudsbekendtgørelse og de frister, der er fastsat i denne.²⁶ Den private part kan således alene vælge at deltage eller ikke deltage.

Ofte vil en tilbudsgiver i private aftaler kunne angive, at denne kun har interesse i at være bundet, indtil andet er tilkendegivet, hvorfor der i tilbuddet er angivet et forbehold for frit at tilbagekalde det pågældende tilbud (med fremadrettet virkning).²⁷ Er tilbudsgiver derimod ikke indstillet på, at der kun skal være én bunden part, der i en vis periode skal være bundet, mens tilbudsmotageren overvejer tilbuddet, kan der rettes henvendelse til tilbudsmotageren med tilkendegivelse om, at tilbudsgiver er indstillet på at slutte aftalen på de opgivne vilkår, men at aftalen først kommer i stand i forbindelse med ordrebekræftelse fra tilbudsgiveren. Dette privatretlige princip gælder således ikke i forhold til it-kontrakter. Her er tilbudsgiveren overladt til de regler, som den offentlige part har opstillet.

23. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 37.

24. LFF1916-11-19 nr. 114 *Aftaler og andre retshandler på formuerettens område*.

25. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 37 f.

26. Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, 4. udg. 2010, s. 138 ff.

27. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 38.

I en traditionel obligationsretlig situation er der to muligheder for accept. Afhængigt af det nærmere ordvalg i tilbudsgivers tilkendegivelse til tilbudsmotageren er den retlige situation enten den, at:

1. *En tilbudsgiver, der i tilfælde af rettidig og overensstemmende accept fra tilbudsmotager kun har to muligheder:*
 - a) *at meddele ren ordrebekræftelse (hvorved aftale kommer i stand), eller*
 - b) *at lade være, hvorved aftalen ikke bliver indgået, eller at*
- 2) *en tilbudsmotager kommer med en uoverensstemmende accept og derved bliver tilbudsgiver af ændringen, hvormed den oprindelige tilbudsgiver kan acceptere overensstemmende med tilbuddet ved at give en blank ordrebekræftelse. Der kan bringes nye vilkår ind i en igangværende kontraktforhandling ved at give en uoverensstemmende accept i form af en ordrebekræftelse, såfremt vilkår er anderledes end dem, der var indeholdt i den oprindelige henvendelse til den offentlige part.²¹*

Den traditionelle obligationsretlige ordning af aftaleforholdet kan dog ikke overføres til situationen med offentlige-private aftaler om it-leverancer, fordi den private part, i tilfælde af at denne afgiver et ukonditions-mæssigt tilbud, er ude af konkurrencen. Ligeledes bliver situation 2 ikke aktuel, da dette vil være i strid med udbudsreglerne, dvs. forhandlingsforbuddet.²⁹ Den offentlige part kan ikke ændre væsentligt på de konditioner, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen, uden at tilsidesætte konkurrencen, og dermed er der risiko for, at udbuddet underkendes.³⁰

Ofte søger tilbudsgivere kontakt med tilbudsmotagere, hvis nærmere økonomiske formåen er sælger ubekendt. Det kan opleves som økonomisk ufornuftigt og ineffektivt at anstille undersøgelse af betalingsevnen forinden i henhold til andre adressater end dem, der reagerer (positivt) på sælgers henvendelse, f.eks. i en udbudssituation. Anskues situationen fra

28. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 38.

29. Udbudsdirektivet nævner ikke eksplicit noget omkring forhandlingsforbud. Det må her antages, at det er udledt af ligebehandlingsprincippet foreskrevet i direktivets art. 2 sammenholdt med hidtidig praksis på området f.eks. EUD Sag C-243/89 (Storebælt-sagen), Kommissionen mod Danmark, der skal fortolkes som et omfattende forhandlingsforbud. Se også Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, 4. udg. 2010, s. 89.

30. Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, 4. udg. 2010, s. 89 ff.

en privatretlig synsvinkel, kan en privat parts egen ordrebekræftelse få det endelige ord, hvilket er forståeligt og indikerer, at aftaleloven på adskillige punkter ikke svarer til forretningslivets behov.³¹

Det ligger således forudsætningsvis i det anførte, at såfremt en part i sit »tilbud« (eller i sin »accept«) tydeligt tilkendegiver, at han selv skal bekræfte, at en aftale indgås, så medfører dette, at »tilbuddet« først ved bekræftelsen er bindende.³² Igen er denne privatretlige forudsætning ikke forekommende i forhold til offentlige-private it-leverancer, da forudsætningen ophæves af udbudsreglernes karakter og krav om konkurrence, gennemsigtighed og ligebehandling.³³ Løftebegrebet er således normalt medvirkende til, at der ved den traditionelle aftaleindgåelse opstår et haltende retsforhold. Derved gør det aftaleretlige løftebegreb det muligt at blive bundet både ved tilbud og accept.

Som ovenfor nævnt gælder det efter reglerne i udbudsretten, at løfte- og påbudsbegrebene påføres en yderligere dimension. Dette skyldes, at antallet af erklæringstyper med aftaleretlig virkning som afgives i forbindelse med udbud, er øget i forhold til aftaleretten.³⁴

Forskellen i en »almindelig« aftaleretlig situation og et udbudsretligt scenarie består grundlæggende i, at både udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet i et udbud har betydning for den efterfølgende aftaleindgåelse, hvilket ikke er tilfældet efter den traditionelle aftaleret, hvorfor det på denne baggrund er nødvendigt at opdele det udbudsretlige løftebegreb i to dele:

1. *Det udbudsretlige løftebegreb rummer den del af løftet, som traditionelt efter aftaleretten kan binde erklæringsafgiveren. Denne del af løftet findes ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet.*
2. *Det udbudsretlige løfte i udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet indeholder en binding på det materielle indhold.*

31. Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, 6. udg. 2012, s. 38 f.

32. Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, 6. udg. 2012, s. 39; herved bl.a. Håstad i Forhandlingerne på Det 32. Nordiske Juristmøde I 1990, s. 239.

33. Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udg. 2010, s. 91 f.

34. Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udg. 2010, s. 63 f.

Det udbudsretlige løfte indeholder således to elementer, nemlig evnen til at binde en afgiver samt en indholdsmæssig afgrænsning. Evnen til at binde modparten/sig selv er den aftaleretlige del af »endelig fastlæggelse« ved løftet/påbuddet, mens den materielle afgrænsning af opgaven er den konkurrencemæssige del af »at lægge bånd på« ved løfte/påbuddet.³⁵ Den indholdsmæssige afgrænsning skal respekteres i alle udbuddets faser, og afvigelse på et givet tidspunkt i licitationen kan medføre afvisning fra konkurrencen.³⁶

I en udbudssituation om K03-kontrakter er situationen den samme. Såfremt den private it-leverandør afgiver tilbud på en given opgave, vil parten være bundet af dette, indtil den offentlige ordregiver har accepteret eller afslået tilbuddet. For den private it-leverandør er selve tilbudsprocessen i udbud en tidskrævende og omkostningsfuld affære, hvortil det haltende retsforhold skaber en barriere, eftersom leverandøren er bundet af sit tilbud uden at vide, om det munder ud i en ordre eller ej. Dette aspekt er en overordnet hindring for private tilbudsgivere i udbudssituationer, da det er mere favorabelt for den offentlige part, i den forstand at den ikke er bundet, som den private part er, og dermed ikke er tilpasset markedet. Til trods for udbudsreglernes formål om at skabe gennemsigtighed, ligestilling samt øget konkurrence kan det udledes, at det haltende retsforhold kan være mere konkurrencehæmmende, end det er gavnligt, fordi det haltende retsforhold kommer den private part til ulempe. Dette aspekt er bl.a. nogle af de problemstillinger, den danske udbudsret står over for i forbindelse med valget af den blandede udbudsmodel.

3. Aftaleret, udbudsretten og offentlige-private it-leverancer

Anvendelsen af aftaleretten i forbindelse med EU-udbud afhænger overordnet af to forhold. Først hvorvidt aftaleloven kan anvendes ved offentlige myndigheders aftaleindgåelse, eller om offentlig ret skal benyttes. Her gælder forvaltningslovens § 2, som afgrænser de formueretlige di-

35. Michael Steinicke, Aftaleretten og offentlige udbud, Juristen 2000, s. 304.

36. Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udg. 2010, s. 139.

spositioner fra aftalelovens anvendelsesområde.³⁷ Domstolene har truffet flere afgørelser, hvor aftaleloven anvendes i forbindelse med offentlige organers indkøb, jf. bl.a. U 1994.344 H (Vejle Sygehus).³⁸ Demæst skal mulighederne fastslås for anvendelse af national ret (aftaleloven i Danmark) som supplement til de EU-retlige direktiver.

Udgangspunktet heri er forrangsprincippet, som fastslået af EF-Domstolen i Sag 6/64, Costa-ENEL. Dette princip bevirker, at EU-retten i tilfælde af regelkonflikt mellem national ret og EU-ret har forrang. Hertil kommer, at udbudsdirektiverne ikke er udtryk for en totalharmonisering, hvilket medfører, at der er mulighed for at supplere EU-udbudsreglementet med national ret i det omfang, at den nationale ret konformerer med EU-retten. Tilbudsloven³⁹ har dertil forrang for aftaleloven.

Hvorvidt aftalerettens principper kan bruges i forhold til udbudsretten, er derfor af væsentlig karakter, da det belyser, hvorvidt de to retsdiscipliner kan sidestilles, eller om den ene har forrang. Dette er vigtigt i forhold til K03-kontrakterne og den private it-leverandørs retsstilling ved kontraktindgåelsen. Da udbuds- og aftalerettens principper på nogle punkter er modstridende, er det vigtigt at definere princippernes ligheder og uligheder. Dette kan udfordre kontraktindgåelsen i en udbudssituation i forbindelse med dette haltende retsforhold samt et forsøg på at gøre denne mere efficient.

3.1. Udbudskontrakter

Udbudsretten opstiller visse krav til udbuddets detaljering, hvorfor aftalegrundlaget i udbudsretten har funktion af et løfte eller påbud. Ud-

37. Om denne bestemmelse, se bl.a. Vogter, 2001, s. 117 samt Pagh, 1992, s. 11. Spørgsmålet om aftalelovens anvendelse ved offentlige indkøb behandles ligeledes i Palle Bo Madsen, Aftalefunktioner, 2. genoptryk 1983, s. 130 f.

38. Vejle Amtskommune udbød udvidelsen af Vejle Sygehus i licitation. Et entreprenørfirma afgav et tilbud om at udføre betonentreprisen på baggrund af anførte Håndværksrådets standardforbehold. Det fandtes, at Vejle Amtskommune ved at fremsende entreprisekontrakten med udeladelsen af nogle af de tagne forbehold havde afslået entreprenørens tilbud og i stedet fremsat et nyt tilbud i henhold til de almindelige aftaleretlige regler, jf. AFTL § 6, stk. 1. Det oprindelige tilbud fra entreprenøren ansås derfor for bortfaldet, og entreprenørfirmaet var ikke længere bundet af sit oprindelige tilbud.

39. Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter som ændret ved lov nr. 618 af 14. juni 2011 og lov nr. 1234 af 18. december 2012.

budsmaterialets funktion kan beskrives som et løfte, da det forpligter afgiveren af viljeserklæringen, men samtidig kan det have funktion af påbud, da det forpligter modtageren således, at denne er afgrænset til et bestemt materielt indhold af tilbuddet med virkning ved fremkomst. Samtidig har det karakter af en opfordring til at gøre tilbud, hvilket i princippet reguleres af udbudsreglerne. Ligeledes vil den almindelige aftaleret betyde, at afgrænsningen af det materielle indhold af aftalegrundlaget ofte vil falde sammen med opfordringen til at gøre tilbud, jf. APTL § 9.

I sammenhæng hertil kan dette betragtes således, at den offentlige part i selve opfordringen til at gøre tilbud har foretaget en afgrænsning af det emne, som aftalen kan omhandle. Dette er dog ikke muligt i forbindelse med udbud, eftersom udbudsmaterialet som nævnt indeholder en materiel afgrænsning ved både løfte og påbud. Heri forekommer den juridiske konsekvens, at aftalegrundlagets løftefunktion har karakter af et påbud. I en udbudsretlig henseende vil denne konstruktion medføre, at tilbuddet vil indeholde en viljeserklæring, som lægger bånd på modtageren.

I aftaleforholdet mellem en offentlig part og en privat it-leverandør vil situationen være den samme i form af et løfte, da den offentlige part sender en opgave i udbud, hvorefter den private part frit kan byde ind på denne. Grundet udbudsreglerne vil den offentlige part i tilbuddet specificere opgaven, herunder også de formelle specifikationer, hvad den udbudte opgave nærmere skal indeholde, herunder de tekniske specifikationer samt et detaljeret grundlag for den offentlige parts udbudsgrundlag indeholdende det løfte, der samtidig afgrænser den private part til et bestemt materielt indhold af tilbuddet. Dette udbudsgrundlag skal være yderst specifikt, og det er pålagt den offentlige part at udarbejde dette således, at det ikke er i strid med udbudsreglerne eller de EU-retlige principper. Det er især de tekniske specifikationer, der kan være komplekse, når det drejer sig om it, da dette er en form for nicheområde. Såfremt den offentlige part ikke formår at beskrive opgaven til mindste detalje, kan det være svært for den private part at byde ind på en opgave, da et ukonditionsmessigt tilbud vil blive udelukket af konkurrencen.

I henhold til udbudsretten foreligger der som nævnt strenge krav til, hvorledes en udbudsproces skal forløbe. Dette er ligeledes tilfældet i forbindelse med udbud ved K03-kontrakter. Det er essentielt at klarlægge, hvad den offentlige parts udbudsopgave indeholder, samt hvornår der foreligger en reel accept af indkomne tilbud til tilbuddet.

Aftaleloven angiver ikke eksplicit, hvorledes et tilbud skal forstås.⁴¹ Dog indeholder loven flere bestemmelser, som angiver, hvilke rettigheder samt forpligtelser et tilbud og et svar på tilbud indebærer. I den aftaleretlige forstand defineres tilbud som et løfte. I den udbudsretlige forstand forstås et tilbud som indeholdende et dobbelt tilbud. Dette er et resultat af den todelte løftefunktion.⁴¹ Et udbudsretligt tilbud indeholder et traditionelt aftaleretligt løfte, hvilket bærer evnen til at binde tilbudsgiver ved tilbudsmodtagerens accept. Tillige indeholder tilbuddet et løfte om overholdelse af den materielle afgrænsning af den udbudte opgave. Heri findes således også påbuddet om at overholde det udbudsretlige løfte.

3.2. Tilbud og accept i K03-kontrakter

I forhold til K03-kontrakter er der sammenfald mellem aftalerettens og udbudsrettens løfteprincipper, dog med den væsentlige undtagelse, at udbudsretten definerer tilbuddet som værende et dobbelt tilbud. Dermed er den private it-leverandør bundet af sit tilbud, samtidig med at der ligeledes er krav til specifikationen. I forbindelse med it-leverancer kan det teknisk være yderst krævende at definere opgavens nærmere omfang og præcisere indholdet på længere sigt, hvilket skaber risiko for den private it-leverandør, såfremt det ikke er muligt at levere det pågældende tilbud. Dertil kan det skabe en juridisk tvist imellem den private it-leverandør og den offentlige tilbudsmodtager, såfremt der ikke er klarhed om, hvad der falder inden for tilbuddet. På denne måde kan udbudsrettens definition af et tilbud være til større gene end gavn, såfremt udbudsmaterialet ikke er tilstrækkeligt specificeret.

Udbudsretligt skal den offentlige part skelne mellem de forskellige tilbud ud fra de udbudsretlige kriterier og udvælge de tilbudsgivere, der befinder sig inden for tilbuddets rammer. Eftersom der er flere tilbud til et udbud, der kan tages i betragtning, kan det umiddelbart være vanskeligt at fastslå, hvornår et tilbud kan accepteres, da der her skal skelnes mellem, hvorvidt der foreligger et løfte eller et påbud. I K03-kontrakter gælder dette også, hvorfor det her er vigtigt at definere, hvornår et tilbud er accepteret.

Idet aftaleloven ikke præciserer definitionen af et tilbud, eksisterer der ingen klar afgrænsning af begrebet accept. Aftaleretligt er en accept både

40. Se CISG art. 14, stk. 1.

41. Michael Steinicke, Aftaleretten og offentlige udbud, Juristen 2000, s. 307.

gældende ved et løfte og et påbud, hvilket gør den til en viljeserklæring i samme ombæring.

I forbindelse med et påbud er der tale om bindende accept ved fremkomsttidspunktet, hvorimod der ved et løfte først er tale om en bindende accept ved modtagerens kundskab om accept. Forskellen mellem løfte og påbud er, hvorvidt det er afgiveren eller modtageren, der forpligtes. Ved løfte er det afgiveren, der forpligtes, mens det ved påbud er modtageren. Selve kundskabsbegrebet fokuserer på den menneskelige erkendelse og ikke på det medie, der bibringer denne erkendelse. Netop herved forekommer problemet ved EDI-systemer, hvor et system automatisk igangsætter klargøring af en varelevering baseret på en automatisk, elektronisk ordre fra købers it-system.

En accept kan derfor anses som bindende ved dens fremkomst, hvilket i sig selv giver anledning til diskussion. Rent aftaleretligt skal dette forstås således, at tilbudsgiver er bundet og forpligtet af det løfte, som afgives i form af tilbuddet, der derfor anses for og kaldes accepten. Fordelingen mellem ret og pligt ved accepten suppleres igen af de udbudsretlige løfte- og påbudsbegreber. Accepten indeholder både en udbudsretlig løfte- og påbudsfunktion, hvilket bevirker at accepten både skal være overensstemmende med tilbuddet samt udbudsgrundlaget. Såfremt der er overensstemmelse mellem tilbuddet og accepten, men ikke mellem accepten og udbudsmaterialet, vil aftalen ikke kunne angribes ud fra aftal retten, men den vil være i strid med udbudsretten.

Dette kan nærmere uddybes, idet tilbudsgiver i en udbudssituation både indtræder i en løfte- og påbudssituation, så der opstår et dobbelt haltende retsforhold, hvilket forværrer situationen for den private it-leverandør. Det interessante i denne forbindelse er, at såfremt der er overensstemmelse mellem tilbuddet og accepten, men ikke mellem accepten og udbudsmaterialet, hvordan står tilbudsmodtager i en sådan situation, og hvorledes kan det så defineres, hvorvidt udbudsmaterialet er fyldestgørende. Eftersom it-kontrakter er i fokus, må tilbudsmodtager have en vis margin i forhold til bedømmelsen af, hvorvidt et udbudsmateriale er fyldestgørende eller ej. Dette afhænger af de tekniske specifikationer omkring den pågældende opgave. Fra et udelukkende udbudsretligt aspekt bør det i visse opgaver være en konkret vurderingssag fra tilbudsmodtagers side, hvorvidt udbudsmaterialet falder inden for udbuddet, samt hvorvidt tilbudsgiver kan være bundet af det, såfremt det ikke falder præcist inden for den pågældende opgave. I forhold til K03-kontrakter kan der argumenteres for, at den offentlige tilbudsmodtager i

konkrete vurderingssager må foretage en vurdering af tilbudsmaterialet fra en privat it-leverandør, da disse tilbud omhandler it og dermed tekniske specifikationer. Det kan fremkomme som en grå zone at vurdere, hvorvidt tilbuddet falder inden for udbudsmaterialet. Derudover er det ikke muligt at forhandle i udbudsretten, jf. forhandlingsforbuddet. Det bør være muligt, såfremt det ikke kolliderer med forhandlingsforbuddet.

4. Passivitet

Ved sammenholdelsen af de aftale- og udbudsretlige regler om en offentlig-privat aftale om it-leverancer bør princippet om passivitet og det utilsigtede løfte om ikke-brug af ret klarlægges. Dette er en essentiel faktor vedr. bidraget til at efterleve kontrakten. Hvorvidt passivitet finder anvendelse, er af afgørende betydning, da det herved er muligt at indgå aftaler med en privat it-leverandør via passivitet.

Det kan være nødvendigt for den offentlige part i en offentlig-privat aftale om it-leverancer at føre tilsyn med, om den private it-leverandør efterlever kontrakten. I modsat fald risikerer den offentlige part f.eks. at få leveret en it-ydelse, som har en kvalitet eller pris, der ikke svarer til det aftalte. Såfremt den offentlige part blot forholder sig passivt til it-leverandørens manglende efterlevelse af kontrakten, risikerer den offentlige part at overtræde udbudsreglene. Det kan have økonomiske og administrative konsekvenser i form af betaling af erstatning til forbigåede private it-leverandører og gennemførelse af nyt udbud, hvis forbigåede private it-leverandører klager over den offentlige ordregivers passivitet. Manglende efterlevelse af kontrakten kan for it-leverandøren indebære, at den offentlige part ophæver kontrakten og udbyder kontrakten på ny. It-leverandøren risikerer derved ikke blot at miste indtjening fra den ophævede kontrakt, men skal også bruge ressourcer på at deltage i et nyt udbud, som leverandøren ikke er sikker på at vinde. Endvidere risikerer leverandøren at få et dårligt rygte og at blive udelukket fra at deltage i fremtidige udbud. Når den offentlige part sender en opgave i udbud, er der flere private parter, der afgiver tilbud på den pågældende opgave, hvorfor det er vigtigt at klarlægge, hvorvidt en aftale kan accepteres via passivitet, da dette i så fald stiller større krav til den offentlige part omkring accept samt overholdelse af acceptfristeme.

Aftaleretten indeholder ud over den traditionelle aftaleindgåelsesform ved tilbud og en i overensstemmelse med tilbuddet afgivet accept flere

anvendelige måder for indgåelse af kontrakter. Eksempelvis findes i AFTL § 4, stk. 2, § 6, stk. 2, og § 9, 2. pkt., bestemmelser, som lader aftaleindgåelse afhænge af, hvorvidt der reklameres eller ej, dvs. aftaleindgåelse gennem passivitet. Yderligere forelægger der i praksis handlinger, som medfører aftalemæssig bundethed. Sådanne aftaler kaldes undertiden for kvasiaftaler eller kvasiløfter, der indebærer, at en af parterne ikke før aftalens indgåelse har givet samtykke.⁴² Et kvasiløfte er en tilegnelseshandling, der rubriceres som et løfte, fordi det er forbundet med løftevirkninger, men som i modsætning til et ordinært løfte ikke udspringer af en viljeserklæring.⁴³ I det følgende undersøges derfor, i hvilken grad den offentlige part kan blive bundet af et tilbud på anden måde end en i overensstemmelse med tilbuddet afgivet accept.

Af U 1994.344 H (Vejle Sygehus) fremgår det, at fremsendelse af en kontrakt til tilbudsgivers underskrift skulle forstås som en accept af tilbud, til trods for at ordregiver påstod, at denne handling udelukkende var en opfordring til at føre de afsluttende forhandlinger vedrørende kontraktindgåelsen. Det var i denne sag formentlig uden betydning, hvilke intentioner den offentlige part havde for at fremsende kontrakten; så længe handlingen af tilbudsgiver kunne opfattes som en accept, ville fremsendelsen få denne virkning. Graden af hvorvidt en færdigudformet, fremsendt kontrakt skulle få virkning som en accept blev ikke nærmere afklaret af Højesteret.

Udbudsretligt har det betydning, i hvilken udstrækning tilbudsgivere kan prækvalificeres på anden måde end ved udtrykkelig skrivelse, hvoraf det fremgår, at den pågældende tilbudsgiver inviteres til at deltage i udbuddet. Prækvalifikationen har funktion af opfordring til at gøre tilbud i flere facetter udbudsretligt end aftaleretligt. Opfordringen spiller således en reel rolle ved aftaleindgåelsen i forbindelse med udbud, hvilket ikke er tilfældet efter aftaleloven, dog undtaget AFTL § 9. Det formodes, at fremsendelse af udbudsmateriale til en ansøger må fortolkes som en prækvalifikation.

42. Michael Steinicke, Aftaleretten og offentlige udbud, Juristen 2000, s. 210.

43. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, 6. udg. 2012, s. 35.

Det er derfor tydeligt, at praksis samt udbudsretten ikke danner belæg for at benytte passivitet som en form for accept i kontraktindgåelsen mellem en offentlig part og en it-leverandør i udbudsretten, hvorfor at det aftaleretlige princip ikke finder anvendelse herpå. Det er tydeligt, at aftale- og udbudsretten fortolker kontraktindgåelsesaspektet anderledes, og af hensyn til den offentlige part er det ikke muligt at bruge passivitet som accept, da dette stiller den offentlige part i en mindre favorabel position, såfremt ikke alle it-leverandører ville få besked omkring deres tilbud. Det kan ligeledes være til fordel for it-leverandørerne, at denne form for accept ikke er tilladt, eftersom de allerede ved deres tilbud indgår i et dobbelt haltende retsforhold, hvorfor de vil vide sig sikre på, om de har vundet opgaven.

5. Standardkontrakter i offentlig-private it-kontrakter

K03-kontrakter er en standardkontrakt i udbudsretten, hvorfor at det er et interessant aspekt, om kutymen kan danne præcedens for udvidelse af disse kontrakter. Generelt skal udbudskontrakter genudbydes, når de er udløbet, hvorfor kutymbegrebet ikke benyttes, som det ellers gør i den almindelige kontraktret. K03-kontrakter vil være en standardkontrakt i udbudsretlig forstand, men ikke i kontraktrettens forstand, dermed vil kutymen ikke have indvirkning herpå.

Aftaler er det dynamiske element i det økonomiske liv. Aftaler er et instrument i den økonomiske omsætnings tjeneste såvel som i et markedsøkonomisk samfund og i Danmark og som i lande med større grad af planøkonomi. Aftaler har dog størst betydning der, hvor markedsøkonomien hersker.

Aftalefriheden giver den private part mulighed for at deltage i den frie produktion samt i den frie konkurrence.⁴⁴

Aftaler er vigtige i det samfund, vi befinder os i, hvorfor offentlig-private kontrakter om it-leverancer ligeledes er af høj prioritet. Eftersom udbudsretlige aftaler er stærkt reguleret af udbudsreglerne, virker det oplagt at lade aftalerettens principper få større indvirkning på kontraktforholdet mellem den offentlige og private part. Såfremt aftalerettens principper fandt større anvendelse herpå, ville det med stor sandsynlighed

44. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 19.

give anledning til større konkurrence, til trods for at udbudsretten har konkurrencen på markedet for øje og har til formål at opretholde denne. I et sådant tilfælde ville aftalefriheden være et interessant aspekt at inddrage i udbudsretten. Dog ville det ligeledes skabe udbudsretlig præcedens, hvorfor nogle af de aftaleretlige principper ville være til større gene end gavn på langt sigt. Dette kunne dog have relevans inden for specialområder såsom handel ved it-leverancer, da dette er et hurtigt udviklede marked, hvor den offentlige parts behov hurtigt ændres. Som it-verdenen fungerer i dag, skabes de enkelte, konkrete behov på baggrund af den løbende udvikling, hvorfor den offentlige parts behov med stor sandsynlighed er anderledes og mere specifikt i morgen, ligesom it-retten om fem år beskæftiger sig med spørgsmål, som ingen vil kunne forestille sig i dag. Ved offentlig-private it-kontrakter kunne en modificeret udgave af aftalefriheden i udbudsretten være gavnlig, idet den offentlige part sender en opgave i udbud, men formentlig ikke helt forstår dets reelle behov, samt hvorvidt dets præferencer løbende ændres, da de ikke er specialiseret inden for den teknologiske it-verden. Det er derfor vigtigt at klarlægge de vilkår, der gør sig gældende inden for en offentlig-privat it-kontrakt.

Kontraktindgåelser forekommer ofte på grundlag af i forvejen udarbejdede standardkontrakter, som de enkelte aftagere ikke gør til genstand for forhandling eller tilpasning med udbyderen, idet de først og fremmest tjener et standardiseret rationaliseringsbehov. Dette behov er bl.a. vokset i takt med den stigende anvendelse af it, hvorfor det i dagens samfund må anses som en nødvendighed for at kunne følge med samfundets hurtige it-udvikling. Anvendelsen af standardiserede kontrakter afføder dog juridiske problemstillinger, da de enkelte aktører oparbejder en fortrolighed inden for de forretningsmæssige, økonomiske samt juridiske problemer, som handel med de pågældende varer/ydelse ofte giver anledning til, uden at der tages specifikke forbehold herfor i de enkelte standardkontrakter.⁴⁵

Virksomheder har som regel udarbejdet egne standard vilkår, og mange brancher forsøger at generalisere vilkårene på markedet, da det derved er muligt at udforme regler, der specifikt er tilegnet branchen samt dennes forhold. Dette kan på visse væsentlige punkter skabe mindre harmoni i forhold til den deklaratoriske lovgivning, da dette anses for et alternativ

45. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 34 f.

set i forhold til generel retlig regulering, og dermed sagt bidrager standardkontrakter til kontraktrettens hensigtsmæssige differentiering.⁴⁶ Dette har også betydning for offentlige myndigheder, der, til trods for at de er underlagt udbudsreglementet, bør tage disse standardvilkår i betragtning for at få en større markedsforståelse, og såfremt det kan lade sig gøre, inkorporere disse vilkår i de udbudsretlige standardkontrakter.

Udformes disse kontrakter ud fra flere aspekter, vil de med tiden kunne opnå status som komplette og fyldestgørende »regler« på området, og derved vil disse kontrakter helt eller delvist fremkomme som anvendelseselementer, evt. frem for de deklaratoriske lovregler. Standardkontraktens svaghed er, at koncipisten let falder for fristelsen til at varetage egne interesser og dermed får tilskrevet sig rettigheder, som denne ellers ikke ville have. I den forbindelse er det retsordenens opgave at bekæmpe vildledende standardkontrakter.

Herudfra er det essentielt at have for øje, at standardvilkårenes problematik i betydeligt omfang er den almindelige aftaleretlige problematik, samt at betegnelsen »standardvilkår« dækker over en højst forskelligartet masse. Nogle standardvilkår er sædvanlige, mens andre er usædvanlige; nogle er decideret byrdefulde; andre er helt ensidigt fastlagt af udbyderne, de såkaldte adhæsionskontrakter.⁴⁷

K03-kontrakter er udarbejdet som en standardkontrakt, men fordi forhandlingsaspektet ikke er en mulighed, og da udbudsprocessen skal foregå efter udbudsreglementet, vil disse offentlige kontrakter ikke kunne undergå samme transformation som almindelige kontrakter. Endvidere er de danske instanser underlagt forskellige udbudsretlige principper, som skal overholdes, herunder ligebehandlingsprincippet. Dermed finder aftalefriheden i ovenstående forstand ikke anvendelse. Ligeledes sker udbud i konkurrence, hvorfor en aktiv inddragelse af erhvervslivet i denne sammenhæng kan medføre en overskridelse af de EU-retlige principper.

46. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 26 f.

47. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg. 2012, s. 27.

6. Afsluttende bemærkninger

Ovenstående analyse af K03-kontrakteme i udbudsretten har vist, hvorledes aftaleretten finder anvendelse i udbudssituationer. Heraf er det udledt, at ikke alle principper fra aftaleretten finder anvendelse herpå, herunder bl.a. aftalefriheden. Dette princip er ikke foreneligt med de udbudsretlige regler, da det åbner op for forhandling, hvilket ikke er en mulighed i udbudsretten grundet forhandlingsforbuddet. Et aftaleretligt princip, der alligevel finder anvendelse på K03-kontrakter og udbudskontrakter, er det aftaleretlige løfteprincip. K03-kontrakter underlægges den private part ved dennes tilbud til den offentlige part, hvilket er et dobbelt haltende retsforhold både i forhold til en løfte- og påbudsfunktion, indtil tilbuddet er accepteret, for derefter at pådrage sig den fulde risiko for opgaven. Dette påvirker den private parts retsstilling og skaber konkurrenceforvridning på området.

Den skatteretlige behandling af stiftere af trusts

- En analyse af ligningslovens § 16 K

Adjunkt Peter Koerver Schmidt

I denne artikel analyseres den ny bestemmelse i ligningslovens §16 K, som indebærer, at stiftere af udenlandske trusts mv. under visse betingelser skal medregne trustens indkomst til deres egen skattepligtige indkomst. Bestemmelsen blev indsat med vedtagelsen af L 167 (2014/2015 - 1. samling) og udgør et led i lovgivers bestræbelser på at hindre international skatteudnyttelse. Baseret på en analyse af bestemmelsens anvendelsesområde og retsvirkninger konkluderes det, at indgrebet i en række henseender må formodes at lukke effektivt af for brugen af udenlandske (familie-) trusts mv. i skatteøjemed. Imidlertid konstateres det også, at der kan sættes spørgsmålstegn ved, om indgrebet er udformet med tilstrækkelig præcision, og om målet med fordel kunne være opnået på anden vis.

1. Introduktion

Brugen af udenlandske trusts har i en længere årrække givet anledning til udfordringer i dansk skatteret og til debat i litteraturen såvel som i den bredere offentlighed. Baggrunden er dels, at trusten ikke kan genfindes som anerkendt retsfigur i dansk ret, og dels at brugen af trusts ofte kædes sammen med skatteplanlægning, skatteundgåelse og skatteunddragelse.

Debatten om brugen af trusts har senest ført til, at der med vedtagelsen af lovforslag L 167 (2014/2015 - 1. samling) er indført en ny bestemmelse i ligningslovens § 16 K, hvorefter stiftere af udenlandske trusts under visse betingelser skal medregne trustens indkomst til deres egen skattepligtige indkomst. Formålet med bestemmelsens indførelse er at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning og skatteunddragelse ved at gøre

reglerne om den skattemæssige behandling af trusts lettere at administrere og håndhæve for SKAT.¹ Lovforslaget udmønter en aftale om en styrket indsats mod skattely indgået i november 2014 mellem den daværende regering, Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten, og indgrebet er baseret på de anbefalinger, som en tværministeriel task force i den forbindelse fremkom med.² Denne task force blev i kølvandet på en række kritiske fjernsynsprogrammer om brugen af skattely oprettet i 2013 og havde til opgave at gennemgå den gældende lovgivning og praksis på området samt at udarbejde mulige initiativer til bekæmpelse af skatteunddragelse mv. i relation til skattelylande.³

I nærværende bidrag analyseres indholdet og retsvirkningerne af den nye bestemmelse i ligningslovens § 16 K om beskattning af stiftere af trusts. Inden denne analyse påbegyndes, skal der dog kort gøres nogle overordnede bemærkninger om selve trustbegrebet. Endvidere vil det indledende blive omtalt, hvordan udenlandske trusts hidtil er blevet kvalificeret og behandlet i dansk skatteret.

2. Trustbegrebet

Trusten er en almindeligt anvendt retsfigur i common law-jurisdiktioner, her forstået som en fællesbetegnelse for de retssystemer, som tilhører den anglo-amerikanske retsfamilie.⁴ Trustens historiske rødder kan føres helt tilbage til den normanniske invasion af England i 1066,⁵ og trusten kan anses som en af det såkaldte equity-systems frembringelser.⁶ Idet trusten har en aftalebaseret og fleksibel struktur, findes den i mange forskellige former inden for og på tværs af de enkelte jurisdiktioner. Af samme årsag

1. Jf. de almindelige bemærkninger til L 167 (2014/2015 - 1. samling), afsnit 3.1 og bilag 1 (høringsskemaet). Lovforslaget indeholder også en række andre tiltag og blev vedtaget den 21. april 2015. Se lov nr. 540 af 29. april 2015.
2. Jf. Regeringen, Styrket indsats mod skattely, november 2014.
3. Jf. Skatteministeriet, Afrapportering fra den tværministerielle task force mod skattely, 6. november 2014.
4. Om common law's flere betydninger se Ole Lando, Kort indføring i komparativ ret, 3. udg. 2009, s. 102 ff.
5. For en grundig gennemgang af trustens historiske baggrund, se Rasmus Kristian Feldthusen, Trusts, 1. udg. 2002, s. 21 ff. Se endvidere John H. Langbein, The Contractarian Basis of the Law of Trusts, Yale Law Journal 1995, s. 627 ff.
6. Jf. Erik Werlauff, Trust, Anstalt og Fond, UFR 1997 B 96 ff.

findes der ikke én almengyldig og universelt accepteret definition af trustbegrebet.

I forsøget på at indkredse trustbegrebet synes Haagerkonventionen om trusts af 1. juli 1985 at være et velegnet udgangspunkt. I konventionens art. 2 anføres:⁷

»For the purpose of this Convention, the 'trust' refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose ...«

Udtrykt på dansk kan en trust med andre ord siges at være kendetegnet ved, at en person betegnet settlor (dvs. »stifteren«) overfører aktiver til en anden person betegnet trustee (dvs. en form for »administrator«), som settlor har instrueret i, hvordan trustens aktiver skal forvaltes til fordel for en eller flere beneficiaries (»begunstigede«). Over for omverdenen fremstår trustee som ejer af trustens aktiver (legal owner), men trustee kan ikke råde frit over aktiverne, eftersom settlor's instrukser skal følges, og fordi the beneficiaries har nydelsesretten til aktiverne (equity owner). The beneficiaries er i øvrigt i vidt omfang beskyttet mod trustees private kreditorer og aftaleerhververe.⁸

Der eksisterer en række ligheder mellem trusts og fonde, herunder at der ved stiftelsen af begge skal ske en overførsel af aktiver, således at aktiverne udskilles fra stifterens private midler. Endvidere vil stifteren i begge tilfælde fastsætte et eller flere formål med trusten, henholdsvis fonden. Imidlertid eksisterer der også en række forskelle, hvoraf den væsentligste formentlig må anses for at være, at en trust - modsat en fond - ikke udgør en selvstændig juridisk enhed. Herudover kan som eksempler på forskelle nævnes, at trustee ikke nødvendigvis er uafhængig af stifteren, og at det ikke nødvendigvis er et krav ved stiftelse af en trust, at udskillelsen af aktiver er uigenkaldelig.⁹

7. Danmark har ikke tiltrådt konventionen.

8. For yderlige om trustens karakteristika se David Kleist, En skatterettslig analys af trust-instituttet, Skattenyt 2013, s. 3 ff. Se også Rasmus Kristian Feldthusen, Trusts, 1. udg. 2002, s. 79 ff.

9. For en opregning af forskelle og ligheder se Skatteministeriet, Afrapportering fra den tværministerielle task force mod skattely, 6. november 2014, s. 71.

3. Den skattemæssige kvalifikation og behandling af udenlandske trusts

I en dansk skatteretlig kontekst er det væsentligt at få afklaret, om en dansk stifter af en udenlandsk trust fortsat skal beskattes af afkastet af den indskudte formue. Efter praksis er det i den forbindelse blevet tillagt afgørende betydning, om trustformuen er definitivt og effektivt udskilt fra stifterens formue. Er dette ikke tilfældet, vil trustformuen fortsat blive anset som en del af stifterens formuesfære, hvorfor stifteren fortsat vil blive beskattet af afkastet i trusten.¹⁰

Ved definitivt menes, at stifteren ikke må have mulighed for at tilbagekalde trusten, således at den udskilte formue igen kommer til at indgå i stifterens formue. Med effektivt menes, at stifteren ikke fortsat må have rådighed over den udskilte formue. Kan stifteren eksempelvis afsætte *trustee*, anses formuen ikke for effektivt udskilt.¹¹

I litteraturen er det blevet kritiseret, at der ved den skatteretlige vurdering af trusts lægges afgørende vægt på, om trustformuen er definitivt og effektivt udskilt, og dermed implicit på om trusten i tilstrækkelig grad ligner kendte danske retsfigurer såsom en fond, der udgør et selvstændigt skattesubjekt, eller en båndlagt kapital med rentenydelsesret. Dette indebærer ifølge kritikken en for simplificeret måde at anskue forholdet mellem trustee og den begunstigede på.¹² Denne kritik er dog blevet imødegået med, at kritikken ikke i tilstrækkeligt omfang synes at have erkendt, at det beror på dansk international skatteret - og ikke udenlandsk ret - om en trust skatteretligt skal anerkendes i dansk ret.¹³ Henset til formålet med dette bidrag skal diskussionen ikke forfølges yderligere her.

10. Jf. de almindelige bemærkninger til L 167 (2014/2015 -1. samling), afsnit 3.1.1.

11. Se Skatterådets årsberetning 2014, s. 26-39, hvori nyere administrativ praksis fra Skatterådet er sammenfattet.

12. Jf. Rasmus Kristian Feldthusen, Afgivelse af formue til trusts, Skattepolitisk Oversigt, 2009, s. 179 ff. og samme, Skattemæssig kvalifikation af trusts i praksis, Skattepolitisk Oversigt, 2013, s. 511 ff.

13. Jf. Aage Michelsen i Niels Fenger et al. (red.), Festskrift til Erik Werlauff, 1. udg. 2012, s. 321. For yderligere om den skatteretlige kvalifikation af udenlandske trusts se til eksempel også Jakob Bundgaard, Skatteret & Civilret, 1. udg. 2006, s. 638-640 og samme Skatteretlig kvalifikation af udenlandske selskaber og fonde mv. Skat Udland, 2002, nr. 298, Erik Werlauff, Trust, Anstalt og Fond, UfR 1997 B 96 ff. og Thøger Nielsen, Gave gennem mellemand - fond og trust, Tidsskrift for Skatter og Afgifter, 1989, nr. 213.

Diskussionen og den efterhånden righoldige praksis illustrerer dog fint de besværligheder, som brugen af trusts har bibragt dansk skatteret.¹⁴

Herudover skal det nævnes, at indførelsen af LL § 16 K ikke er det første initiativ, lovgiver har taget mod brugen af udenlandske trusts i skatteøjemed. Således følger det allerede af FBL § 3 A, at skattepligtige, som indskyder midler i en udenlandsk fond eller trust - som er stiftet eller oprettet i et land, hvor fonde eller trusts beskattes væsentligt lavere end efter danske regler - skal betale en afgift på 20 pct. af indskuddet. Dette gælder dog kun den del af de årlige indskud, der overstiger 10.000 kr. Endvidere finder bestemmelsen ikke anvendelse, såfremt indskyderen godtgør, at midlerne i den udenlandske fond eller trust anvendes i almenvelgørende eller på anden måde almennyttigt øjemed til fordel for en større kreds af personer. Bestemmelsen indeholder passager, der skal sikre, at reglen ikke kan omgås ved at foretage indskuddet via kontrollerede udenlandske selskaber mv. eller ved at foretage indskuddet forud for tilbageflytning til Danmark, jf. FBL § 3 A, stk. 3, og 4.

Om indkomsten i den udenlandske fond eller trust skal anses for at blive beskattet væsentligt lavere end efter danske regler, afgøres ud fra en sammenligning med danske fondsbeskatningsregler. For så vidt angår trusts, skal der foretages en sammenligning mellem beskatningen af *trustee* og de danske fondsbeskatningsregler.¹⁵ Herudover fremgår det af bestemmelsens stk. 5, at en udenlandsk fond eller trust tillige anses for beskattet væsentlig lavere end efter danske regler, hvis der er indgået en aftale om skattesats eller beskatningsgrundlag med skattemyndighederne i den stat, hvori den er hjemmehørende, herunder efter bestemmelserne i

14. Der er fortrinsvis tale om administrativ praksis, men enkelte domme af relevans for den skatteretlige behandling af trusts forefindes også. Se f.eks. SKM 2012.95.HR og SKM 2015.9.HR. Førstnævnte dom er omtalt af Jørn Qviste & Rasmus Vang, Beskatning af trusts, Tidsskrift for Skatter og Afgifter, 2012, nr. 206 og samme, Supreme Court Decides Case on the Application of Danish Law to an Advancement from a UK Trust, European Taxation, 2012, s. 372-373. Herudover findes der en række strafferetlige domme, der angår trusts. Se f.eks. Jan Pedersen, Kommentar til udvalgte strafferetlige domme, SR-Skat, 2015, s. 129 ff.

15. Jf. bemærkningerne til § 6, L 118 (1995/1996). For omtale af dette lovforslag se Otto Johnsen & Birgitte Tabbert, Indskud i fonde, Skat Udland, 1996, nr. 193. For yderligere om bestemmelsen se Aage Michelsen i Niels Fenger et al. (red.), Festskrift til Erik Werlauff, 1. udg. 2012, s. 325 og Jesper Anker Hansen, Den skattemæssige behandling af gaver til skattesubjekter omfattet af fondsbeskatningsloven, Tidsskrift for Skatter og Afgifter, 2009, nr. 515.

en dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller hvis skattereglerne i den pågældende stat er indrettet efter, hvor indskyderen er hjemmehørende.

Bestemmelsen i FBL § 3 A havde til formål at fjerne de skattemæssige incitamenters til at placere aktiver i lavbeskattede udenlandske fonde og trusts i stedet for i danske fonde,¹⁶ og bestemmelsens indførelse skal ses i lyset af, at reglerne om CFC-beskatning i SEL § 32 og LL § 16 H, ikke finder anvendelse i relation til udenlandske fonde og trusts.¹⁷ I forbindelse med behandlingen af L 167 (2014/2015 - 1. samling) konstaterede lovgiver imidlertid, at bestemmelsen i FBL § 3 A ikke er tilstrækkelig effektiv, idet den eksempelvis kan omgås ved at stifte trusten i et højskattelands og efterfølgende flytte trusten til et lavskattelands.¹⁸

4. Ligningslovens § 16 K

Som anført ovenfor er formålet med indførelsen af LL § 16 K at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning og skatteunddragelse ved at gøre reglerne om den skattemæssige behandling af trusts lettere at administrere og håndhæve for SKAT. Dette er uddybet i lovbemærkningerne, hvoraf det fremgår, at det væsentligste problem hidtil har været, at det i praksis har været meget vanskeligt for SKAT at opdage, og derefter bevise, at trustens formue reelt ikke var definitivt og effektivt udskilt fra stifterens formue.

Ifølge bemærkningerne synes det således muligt for stifteren at hemmeligholde, at formuen er genkaldelig. Dette kan f.eks. gøres ved at udstede et underhåndsbrev (letter of wishes) til trustee. Underhåndsbrevet er formelt set ikke bindende for trustee, men kan reelt blive det, hvis der samtidig indsættes en såkaldt protector med vide beføjelser til f.eks. at afsætte trustee. Protector kan således drage omsorg for, at trustee i sin administration af trusten følger stifterens underhåndsbrev. I den forbindelse fremhæver lovbemærkningerne desuden, at trusts ikke nødvendigvis bliver overvåget af offentlige myndigheder, som sikrer trustees uafhængighed, samt at problemstillingen i praksis tillige ses i forhold til fonde i visse lande.¹⁹

16. Jf. de almindelige bemærkninger til L 118 (1995/1996), afsnit 2.

17. Se Peter Koerver Schmidt, Dansk CFC-beskatning, 1. udg. 2013, s. 152.

18. Jf. de almindelige bemærkninger til L 167 (2014/2015 -1. samling), afsnit 3.1.2.

19. Jf. de almindelige bemærkninger til L 167 (2014/2015 - 1. samling), afsnit 3.1.2.

Det er på denne baggrund, at der med indførelsen af LL § 16 K nu er indført løbende beskatning af stifteren af indkomst i udenlandske trusts og fonde, i de tilfælde hvor det efter det pågældende lands regler mv. ikke er en ufravigelig gyldighedsbetingelse, at formuen er endeligt og uigenkaldeligt udskilt. Bestemmelsen har virkning for trusts og fonde, der stiftes eller hvori der foretages indskud den 1. juli 2015 eller senere.²⁰

4.1. Grundlæggende anvendelsesområde

De skattesubjekter, som ifalder beskatning efter LL 16 K, er fuldt skattepligtige fysiske personer og dødsboer omfattet af KSL § 1 og DBSL § 1, stk. 2, som har stiftet og indskudt aktiver i en trust på et tidspunkt, hvor den skattepligtige var fuldt skattepligtig til Danmark efter en af de førnævnte bestemmelser, jf. LL § 16 K, stk. 1, 1. pkt. Endvidere finder bestemmelsen anvendelse på skattepligtige efter førnævnte bestemmelser, der indskyder aktiver i en trust uden at være stifter, jf. LL § 16 K, stk. 1, 2. pkt. Endelig fremgår det af LL § 16 K, stk. 1, 3. pkt., at skattepligtige efter DBSL § 1, stk. 2, indtræder i afdødes skattemæssige stilling.

Ved vurderingen af, om LL § 16 K finder anvendelse, er det centralt at få fastlagt, hvorvidt der overhovedet foreligger en trust i bestemmelsens forstand. Hverken bestemmelsens ordlyd eller lovbemærkningerne indeholder en definition af, hvad der i denne sammenhæng skal forstås ved en trust, hvilket også blev kritiseret under lovbehandlingen. Som svar på kritikken anførte skatteministeren, at det som følge af aftalefriheden på området ikke er muligt at opstille en egnet lovgivningsmæssig definition, idet en sådan definition ikke vil være tilstrækkelig robust over for omgørelse.²¹ Manglen på en egentlig definition af trustbegrebet betyder formentlig, at vurderingen af, om et givet set-up omfattes af LL § 16 K, må tage udgangspunkt i de kendetegn ved trusts, som er beskrevet i litteraturen herom, og som der kort er redegjort for i afsnit 2 ovenfor.²²

Det fremgår dog af forarbejderne, at LL § 16 K ikke finder anvendelse i situationer, hvor trustens formue ikke er endeligt og uigenkaldeligt ud-

20. Jf. § 8, stk. 3, i lov nr. 540 af 29. april 2015.

21. Jf. L 167 (2014/2015 -1. samling), bilag 1 (høringsskemaet).

22. Skatteministeren henviser da også eksplicit til Rasmus Kristian Feldthusen, *Trusts*, 1. udg. 2002, jf. L 167 (2014/2015 - 1. samling), bilag 1 (høringsskemaet).

skilt.²³ I sådanne situationer anses trustens formue fortsat som en del af stifterens egen formue, hvorfor stifteren - ligesom det hidtil har været tilfældet - skal beskattes af trustindkomsten. Med andre ord ændrer indførelsen af LL § 16 K ikke på noget, for så vidt angår de trusts, hvor trustformuen ikke kan anses for endeligt og uigenkaldeligt udskilt.

Ud over at angå (visse) trusts følger det af LL § 16 K, stk. 8, at bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse på udenlandske fonde og andre lignende enheder, hvor det ikke er en ufravigelig gyldighedsbetingelse for enheden, at der er givet endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen. Igen indeholder lovteksten ikke en nærmere præcisering af, hvilke enheder som omfattes. Forarbejderne nævner dog Stiftungs, Treuhands og Anstalten som eksempler.²⁴

4.2. Udvidelser

I LL § 16 K, stk. 2, findes en udvidelse af anvendelsesområdet, der skal forhindre, at en person kan undgå beskatning efter bestemmelsen ved at stifte trusten, imens han/hun er fraflyttet Danmark midlertidigt. Mere præcist fremgår det, at bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse på skattepligtige, der bliver omfattet af KSL § 1 og DBSL § 1, stk. 2, selv om de ikke var fuldt skattepligtige på henholdsvis stiftelses- eller indskudstidspunktet. Dette gælder dog kun, hvis de pågældende tidligere har været fuldt skattepligtige, og hvis stiftelsen eller indskuddet af aktiver er foretaget inden for de sidste 10 år forud for den fulde skattepligts genindtræden. En tilsvarende regel findes i FBL § 3 A om afgift ved indskud i udenlandske fonde og trusts, hvor tidsfristen dog blot er på fem år, mens den efter LL § 16 K, stk. 2, er på 10 år.²⁵

Herudover findes der i LL § 16 K, stk. 5, en udvidelse til anvendelsesområdet, der skal sikre, at bestemmelsen ikke kan omgås ved at indskuddet i trusten foretages af et selskab mv., som den skattepligtige kontrollerer, frem for af den skattepligtige selv. Af ordlyden fremgår således, at skattepligtige efter KSL § 1 eller DBSL § 1, stk. 2, skal medregne indkomsten i en trust, hvis trusten er stiftet af eller aktiverne er indskudt af kon-

23. Jf. de almindelige bemærkninger til L 167 (2014/2015 - 1. samling), afsnit 3.1.2 og bilag 1 til lovforslaget (høringsskemaet). Se afsnit 4.3 for yderligere om, hvad der skal forstås ved formuleringen »endeligt og uigenkaldeligt udskilt«.

24. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling).

25. 10 år er valgt, fordi det svarer til tidsperioden i KSL § 48 E om forskerskatteordningen, jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling).

trollerede selskaber, og den skattepligtige ville være blevet skattepligtig af indkomsten, hvis den skattepligtige selv havde stiftet trusten eller indskudt aktiverne. I sådanne tilfælde skal alene medregnes en andel af trustens indkomst svarende til den skattepligtiges direkte eller indirekte ejerandel af det kontrollerede selskab, jf. LL § 16 K, stk. 5, 2. pkt. Vurderingen af om det indskydende selskab er kontrolleret, skal ske efter LL § 16 H, stk. 6, der egentlig angår kontrolbetingelsen i relation til CFC-beskatning af fysiske personer. Udgangspunktet herefter er, at den skattepligtige anses for at kontrollere et selskab, hvis vedkommende direkte eller indirekte eller i fællesskab med nærtstående ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen i selskabet eller råder over mere end 50 pct. af stemmerne i selskabet. Også reglen i LL § 16 K, stk. 5, kan genfindes i FBL § 3 A.

4.3. Undtagelser

En række undtagelser følger af LL § 16 K, stk. 4. Den første undtagelse fastslår, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, såfremt den skattepligtige godtgør, at det er en ufravigelig gyldighedsbetingelse for trustens eksistens, at der er givet endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen, jf. LL § 16 K, stk. 4, nr. 1. Denne undtagelse udgør kimen til at forstå bestemmelsens reelle anvendelsesområde. Sammen med bestemmelsens stk. 1 og 8 bevirker denne undtagelse således, at bestemmelsens anvendelsesområde skæres sådan til, at trusts og fonde mv. kun omfattes i de tilfælde, hvor der reelt er givet endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen, men hvor dette ikke følger af en ufravigelig gyldighedsbetingelse. Som ovenfor nævnt fremgår det direkte af forarbejderne, at LL § 16 K slet ikke finder anvendelse i situationer, hvor trustens formue ikke er endeligt og uigenkaldeligt udskilt, idet stifteren i sådanne situationer fortsat skal beskattes af indkomsten relateret til trustformuen, som var det en del af stifterens egen formue.²⁶

Med formuleringen »endeligt og uigenkaldeligt udskilt« menes formentlig, at trustformuen skal være effektivt og definitivt udskilt fra stifterens formue, selv om den i forarbejderne anvendte terminologi ikke forekommer ganske klar.²⁷ Det følger således af forarbejderne, at forståelsen af

26. Se afsnit 4.1.

27. Jf. de almindelige bemærkninger, L 167 (2014/2015 - 1. samling), afsnit 3.1.1.

formuleringen »endeligt og uigenkaldeligt« udskilt skal følge den hidtidige praksis herom.²⁸

Det følger af forarbejderne, at den ufravigelige gyldighedsbetingelse skal fremgå af lovgivningen, retspraksis eller fast administrativ praksis. Betingelsen vil således ikke anses for opfyldt, hvis stifteren eksempelvis kan fravige kravet om endeligt og uigenkaldeligt afkald ved aftaler eller lignende med trustee eller andre. Endvidere anses betingelsen ikke for opfyldt, hvis det er muligt at flytte trusten til en anden jurisdiktion, hvor der ikke gælder en sådan ufravigelig gyldighedsbetingelse for trustens eksistens.²⁹ Det må antages, at denne undtagelse reelt set sjældent vil kunne bringes i anvendelse, da trustinstituttet bygger på aftalefrihed, hvorfor ufravigelige krav om endeligt og uigenkaldeligt afkald normalt ikke følger af lovgivningen mv. i de lande, der opererer med trustinstituttet. Dette anerkendes da også direkte i lovebemærkningerne.

Den anden undtagelse medfører, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, såfremt den skattepligtige godtgør, at midlerne i trusten udelukkende anvendes i almenvelgørende eller på anden måde almennyttigt øjemed til fordel for en større kreds af personer, jf. LL § 16 K, stk. 4, nr. 2. Det er således op til stifteren at dokumentere, at trusten anvender sine midler til de nævnte formål. Med hensyn til afgrænsningen af, hvad der skal forstås ved almenvelgørende og almennyttigt, skal bedømmelsen foretages ud fra de kriterier, som gør sig gældende ved vurderingen af fradragsret for uddelinger efter fondsbeskatningsloven og for gaver til almenvelgørende eller almennyttige formål efter LL § 8 A.³⁰ For at et formål kan anses for almenvelgørende eller på anden måde almennyttigt, kræves, at den kreds af personer eller institutioner, der kan komme i betragtning ved uddelinger, er afgrænset efter retningslinjer af et objektivt præg. Formålet må komme en videre kreds til gode. For at et formål kan anses for almenvelgørende, er det en forudsætning, at støtten ydes til personer inden for en videre kreds, der er i økonomisk trang. Almennyttige formål foreligger, når formålet ud fra en almindeligt fremherskende opfattelse

28. Jf. L 167 (2014/2015 - 1. samling), bilag 1 (høringsskemaet). Om den hidtidige praksis se afsnit 3 ovenfor.

29. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling). Se endvidere skatteministerens svar på henvendelse fra Kromann Reumert, SAU - spørgsmål 3, hvori det anføres, at det ikke er tilstrækkeligt, hvis udskillelsen blot følger af den såkaldte trust deed.

30. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling).

kan karakteriseres som nyttigt. Blandt sådanne almennyttige formål kan eksempelvis nævnes sociale, kunstneriske og andre kulturelle formål, miljømæssige, videnskabelige, humanitære, religiøse og undervisningsmæssige formål.³¹

Den tredje undtagelse bevirker, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, såfremt den skattepligtige godtgør, at midlerne i trusten udelukkende anvendes til pensionsformål for en større kreds af personer, som ikke er omfattet af BAL 1, stk. 2, jf. LL § 16 K, stk. 4, nr. 3. Dette indebærer med andre ord, at den større kreds af personer ikke må være i familie med afdøde.³²

Den fjerde og sidste undtagelse fastslår, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, såfremt den skattepligtige godtgør, at trusten er et investeringsselskab omfattet af ABL § 19, jf. LL § 16 K, stk. 4, nr. 4. Ved et investeringsselskab forstås for det første investeringsinstitutter i henhold til det såkaldte UCITS-direktiv (2009/65/EF). Herudover omfattes andre selskaber mv., hvis virksomhed består i investering i værdipapirer mv., og hvor andele i selskabet på forlangende af ihændehaverne skal tilbagekøbes for midler af selskabets formue til en kursværdi, der ikke i væsentlig grad er mindre end den indre værdi. Endelig gælder det, at uanset at der ikke er pligt til tilbagekøb, så anses selskabet for et investeringsselskab, hvis dets virksomhed består i kollektiv investering i værdipapirer mv. Baggrunden for denne fjerde undtagelse må være, at ABL § 19 i forvejen sikrer en løbende beskatning af deltagerne i sådanne enheder.

4.4. Retsvirkning

Den grundlæggende retsvirkning er, at den skattepligtige efter KSL § 1 eller DBSL § 1, stk. 2, skal medregne trustens eller fondens indkomst til sin egen skattepligtige indkomst, såfremt trustens eller fondens indkomst er positiv, jf. LL § 16 K, stk. 1.1 LL § 16 K, stk. 6, er det specificeret, at trustens eller fondens indkomst skal opgøres efter de regler, der gælder for den skattepligtige selv. Det bevirker, at indkomsten vil kunne være personlig indkomst, kapitalindkomst eller aktieindkomst alt afhængig af den

31. For yderligere om begreberne »almenvelgørende« og »almennyttig« se Niklas Bjerggaard Andersen, Om begrebet almennyttig, SR-Skat, 2012, s. 106 ff..

32. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling).

33. For yderligere om definitionen af investeringsselskaber se f.eks. Jakob Bundgaard & Peter Koerver Schmidt, Investeringsselskaber, Tidsskrift for Skatter og Afgifter, 2009, nr. 567.

skattepligtige og indkomstens art.³⁴ Hvorvidt beskatning efter LL § 16 K i praksis vil aktualiseres ofte, er nok tvivlsomt, idet bestemmelsen må forventes at få et profylaktisk virke, hvilket da også må formodes at være den bagvedliggende hensigt.

Det er værd at være opmærksom på, at anvendelsen af LL § 16 K på en given trust eller fond ikke indebærer, at der ændres på den skattemæssige kvalifikation af enheden. I stedet sker der blot det, at stifteren mv. undergives en supplerende beskatning af trustens eller fondens indkomst i lighed med CFC-beskatning af fysiske personer efter LL § 16 H. Dette betyder endvidere, at LL § 16 K ikke ændrer på beskatningen af selve trusten, trustee eller de begunstigede i trusten, hvis disse er dansk skattepligtige. Transaktioner med trusten eller fonden vil således skulle behandles ligesom hidtil, og de begunstigede vil forstsat være skattepligtige af uddelingerne efter SL § 4.^b

Hvis der er flere stiftere eller indskydere i trusten eller fonden, er der behov for at fordele indkomsten til beskatning ud på de enkelte stiftere og indskydere. LL § 16 K, stk. 3, fastlægger rammerne herfor. Heraf fremgår således, at indkomsten i sådanne situationer skal fordeles forholdsmæssigt efter handelsværdien af de indskudte aktiver på stiftelses tidspunktet. De indskudte aktiver er ikke begrænset til indskud af kontante midler, men omfatter indskud af aktiver af enhver art. De indskudte aktiver kan således også være fysiske aktiver eller immaterielle aktiver. I øvrigt skal det bemærkes, at fordelingsreglen finder anvendelse, uanset om de øvrige stiftere og indskydere er omfattet af bestemmelsen.³⁶ Ved efterfølgende indskud foretages en ny beregning af indkomstfordelingen baseret på stifteres og indskyderes andel af handelsværdien af aktiverne i trusten inden indskuddet og handelsværdien af aktiverne ved det efterfølgende indskud. I det indkomstår, hvor det efterfølgende indskud foretages, skal der alene fordeles en forholdsmæssig del til det efterfølgende indskud svarende til den andel, som perioden fra indskuddet til udløbet af indkomståret udgør af indkomståret. Et par eksempler hentet fra forarbejderne kan illustrere, hvordan fordelingen skal findes sted.³⁷

34. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling).

35. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling) samt bilag 1 (høringskemaet).

36. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling).

37. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling).

Eksempel 1: To fysiske personer stifter trusten A. Den ene af stifterne er fuldt skattepligtig i Danmark, mens den anden ikke er fuldt skattepligtig i Danmark. Den danske stifter indskyder aktiver med en handelsværdi på 1 mio. kr., mens den anden stifter indskyder aktiver med en handelsværdi på 0,3 mio. kr. Den fuldt skattepligtige danske person skal derfor medregne 2/3 af indkomsten i trusten.

Eksempel 2: Efter 5 år er handelsværdien af aktiverne i trusten i eksempel 1 steget til 2,1 mio. kr. Den anden person, der ikke er skattepligtig i Danmark, indskyder aktiver med en handelsværdi på 0,7 mio. kr. Den danske stifters andel af handelsværdien af de oprindelige aktiver er 1,4 mio. kr., mens den anden stifters andel er 0,7 mio. kr., hvortil der skal lægges det efterfølgende indskud på 0,7 mio. kr. Den danske stifter skal herefter medregne $<1,4/2,8>$ 50 pct. af trustens indkomst.

Eksempel 3: Det efterfølgende indskud på 0,7 mio. kr. indskydes midt i indkomståret (1. juli i et kalenderårsindkomstår). Ved beregningen skal der alene medregnes 0,35 mio. kr. Den danske stifters andel af handelsværdien af de oprindelige aktiver er 1,4 mio. kr., mens den anden stifters andel er 0,7 mio. kr., hvortil der skal lægges halvdelen af det efterfølgende indskud på 0,35 mio. kr. Den danske stifter skal herefter medregne $(1,4/2,45)$ ca. 57 pct. af trustens indkomst i indkomståret.

Af LL § 16 K, stk. 6, 2. pkt., følger, at KSL § 9 om indgangsværdier på aktiver og passiver finder tilsvarende anvendelse på de aktiver og passiver, der måtte være anskaffet, før trusten eller fonden blev omfattet af LL § 16 K. Der tænkes her på de situationer, hvor den skattepligtige har stiftet trusten eller fonden inden tilbageflytning til Danmark omfattet af bestemmelsens stk. 2.1 sådanne tilfælde vil udgangspunktet herefter være, at aktiverne og passiverne skal anses for anskaffet på det faktiske anskaffelsestidspunkt til handelsværdien på tidspunktet for tilbageflytningen.³⁸

Som nævnt ovenfor skal trusten eller fondens indkomst kun medregnes, såfremt den er positiv. Hvis indkomsten derimod er negativ, kan underskuddet fremføres til modregning i trusten eller fondens indkomst i de følgende indkomstår efter de regler, der ville gælde for den skattepligtige, jf. LL § 16 K, stk. 6, 3. pkt. Det medfører ifølge forarbejderne, at kildeartsbegrænsninger finder tilsvarende anvendelse på tab.³⁹ Underskud kan kun fremføres, hvis det ikke kan rummes i indkomsten i et tidligere

38. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 -1. samling).

39. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling). Heraf fremgår endvidere, at såfremt der er flere stiftere/indskydere i trusten, anvendes fordelingsnøglen i LL § 16 K, stk. 3, på hver enkel indkomstart.

indkomstår, jf. LL § 16 K, stk. 6, 4. pkt. Det er værd at bemærke, at underskudsreglerne i LL § 16 K samlet set medfører en mindre gunstig situation for stifteren end den situation, hvor trustformuen ikke anses for tilstrækkeligt udskilt, da stifteren i sidstnævnte situation potentielt straks kan få gavn af underskud relateret til trusten ved modregning i anden indkomst.⁴⁰

Det følger af LL § 16 K, stk. 7,1. pkt., at der gives nedslag efter LL § 33, stk. 1, og 7, for trustens danske og udenlandske skatter. Med andre ord indebærer dette, at der gives creditlempelse for trustens eller fondens danske og udenlandske skatter.⁴¹ Endvidere gives der creditlempelse for danske og udenlandske skatter på trustindkomsten betalt af trustforvalteren (trustee), jf. LL § 16 K, stk. 7, 3. pkt. Samlet set gives der dog kun nedslag for den del af årets samlede skatter, der svarer til forholdet mellem den skattepligtiges andel af indkomsten og den samlede indkomst, jf. LL § 16 K, stk. 7,2. pkt.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at den i afsnit 3 omtalte bestemmelse om afgift ved indskud i fonde og trusts oprettet i lavskattelande ikke finder anvendelse, hvis indskyderen som følge af indskuddet er skattepligtig efter LL § 16 K af afkastet i den udenlandske fond eller trust, jf. FBL § 3 A, stk. 2, 2. pkt. Med andre ord viger FBL § 3 A i sådanne tilfælde for LL § 16 K. Endelig skal det bemærkes, at der i BAL § 11 er indsat en ny regel, som medfører, at aktiver og passiver i en trust eller fond mv. omfattet af LL § 16 K skal medregnes ved boopgørelsen, i det omfang den afdøde har været skattepligtig af eventuel positiv indkomst i trusten eller fonden mv. Der er tale om en objektiv regel, der skal sikre, at værdien i de omfattede trusts og fonde mv. altid bliver omfattet af den såkaldte til lægsboafgift.”

40. Dette blev påpeget under det lovforberedende arbejde. Hertil svarede skatteministeren, at det svarer til principperne i CFC-lovgivningen, jf. L 167 (2014/2015 - 1. samling), bilag 1 (høringskemaet).

41. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 3, L 167 (2014/2015 - 1. samling).

42. Jf. bemærkningerne til § 2, L 167 (2014/2015 - 1. samling) samt skatteministerens svar på henvendelse fra Kromann Reumert, SAU - spørgsmål 3.

5. Afsluttende bemærkninger

Som udgangspunkt er det ved udformningen af lovgivning, herunder også skattelovgivning, fornuftigt at lægge vægt på, om de relevante myndigheder reelt har mulighed for at håndhæve lovgivningen. Det er således svært at kritisere lovgiver for det bagvedliggende hensyn med indførelsen af LL § 16 K, som ifølge forarbejderne netop er at gøre reglerne om beskatning i relation til udenlandske trusts mv. administrerbare for SKAT.

Imidlertid virker det berettiget at sætte spørgsmålstegn ved, om indgrebet er udformet med tilstrækkelig præcision. Som det er fremgået ovenfor, er det grundlæggende anvendelsesområde for LL § 16 K ganske bredt, og hverken bestemmelsens ordlyd eller forarbejderne indeholder en præcis definition af, hvilke udenlandske set-ups der ønskes ramt. Uanset at de fornuftige og nødvendige undtagelser i LL § 16 K, stk. 4, indebærer en vis tilskæring af anvendelsesområdet, så ændrer det ikke ved, at nogen uklarhed om bestemmelsens anvendelsesområde står tilbage. Dette begrundes fra lovgivers side med en bemærkning om, at bestemmelsen ikke vil være tilstrækkelig robust over for omgåelse, såfremt der i bestemmelsen indsættes en egentlig definition. Hvorvidt denne argumentation kan tiltrædes, og i det hele taget findes i orden, afhænger utvivlsomt af øjnene der ser, men udsagnet illustrerer om ikke andet, at der har været stor politisk vilje til effektivt at lukke af for brugen af udenlandske (familie-) trusts mv. i skatteøjemed - koste, hvad det vil. Og med vedtagelsen af LL § 16 K er dette formentlig lykkedes i en række henseender, da stifterne i virkelighedens verden næppe vil kunne godtgøre, at det er en ufravigelig gyldighedsbetingelse for den pågældende trusts eksistens, at der er givet endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen.

Herudover skal det bemærkes, at stifterne af udenlandske trusts og fonde mv. tilsyneladende kan ende i en situation, hvor de løbende undergives beskatning efter LL § 16 K, selvom de på grund af det aftalemæssige set-up reelt er afskåret fra igen at få rådighed over de indskudte midler. Dette forekommer at være tilfældet i situationer, hvor midlerne reelt er endeligt og uigenkaldeligt udskilt, men hvor dette ikke følger af lovgiv-

ningen eller praksis. Stifterne vil således potentielt kunne befinde sig i en fastlåst situation, hvilket i givet fald er svært at se det rimelige i.⁴³

En anden problemstilling der trænger sig på, er spørgsmålet om, hvorvidt LL § 16 K potentielt er i strid med EU-retten, for så vidt angår trusts og fonde mv. oprettet i andre EU-lande. Skatteministeren blev forelagt spørgsmålet i forbindelse med høringen forud for lovforslagets fremsættelse, men affærdigede, at der skulle være et problem. Argumentationen var, at danske fonde og de omfattede udenlandske trusts og fonde mv. ikke befinder sig i en sammenlignelig situation, da en dansk fond udgør en selvstændig juridisk person, er underlagt offentligt tilsyn og har som ufravigelig gyldighedsbetingelse, at formuen er endeligt og uigenkaldeligt udskilt.⁴⁴ Hvorvidt denne argumentation holder, kunne med fordel gøres til genstand for yderligere analyse.⁴⁵

Afslutningsvis synes det værd at overveje, om indgrebet mod trusts i stedet med fordel kunne være foretaget via en egentlig udvidelse af de gældende regler om CFC-beskatning. I international sammenhæng findes der således eksempler på, at jurisdiktioner har indrettet deres CFC-regimer på en sådan måde, at også udenlandske fonde og trusts mv. omfattes.⁴⁶ Dette gælder eksempelvis efter norsk ret, hvor trusts, fonde og stiftelser under visse betingelser inddrages under CFC-reglemlene (NOKUS-reglemlene).⁴⁷ Det kan ikke udelukkes, at lovgiver herved kunne have foretaget et mere målrettet og smidigt indgreb.

43. Se i denne retning Jan Pedersen, Kommentar til udvalgte strafferetlige domme, SR-Skat, 2015, s. 129 ff., der derudover giver udtryk for, at dansk ret ligefrem synes at »demonisere« trustinstituttet.

44. Jf. L 167 (2014/2015 -1. samling), bilag 1 (høringsskemaet).

45. Se også Lars Kjærgård Terkilsen, Nordic News - Denmark, Nordic Tax Journal 1995, s. 67 ff. I øvrigt indeholder de tyske regler om »Zurechnungsbesteuerung« netop en undtagelse for trusts etableret i EU/EØS, jf. Bemd Noll i Thomas Rödder et al. (red.), Cross-border Investments with Germany, 1. udg. 2014, s. 353 ff.

46. Mattias Dahlberg & Bertil Wiman, Cahiers de droit fiscal international, 2013, s. 29, samt Brian Arnold & Patrick Dibout, Cahiers de droit fiscal international, 2001, s. 41

47. Jf. Henning Naas et al., Norsk International Skatteret, 1. udg. 2011, s. 596-598.

Skatteret og det EU-retlige forbud mod statsstøtte

Lektor Michael Tell

Forfatteren behandler samspillet mellem indretningen af selskabsskattereglerne i de enkelte medlemsstater og forbuddet mod statsstøtte i art. 107 TEUF. Området er særdeles aktuelt med de væsende sager med Apple (Irland), Amazon (Luxembourg), Fiat (Luxembourg) og Starbucks (Holland). Resultatet af disse sager kan have stor betydning for den frie konkurrence og såkaldt harmful tax competition.

1. Indledning

Den Europæiske Union (EU) indbefatter et system, der har til formål at sikre at konkurrencen ikke forvrides.¹ Det er således en integreret del af EU-systemet, at der skal være fri og åben konkurrence på det indre marked, dvs. de enkelte medlemsstaters markeder under ét. Det er forholdene i de enkelte medlemsstater, herunder infrastruktur, produktivitet, lønniveau og ikke mindst beskattningen, der udgør fundamentet for den frie konkurrence.² Virksomhedernes konkurrenceforhold afhænger derfor i høj grad af de forskellige forhold i de enkelte medlemsstater, da ingen af netop disse forhold er fuldstændigt harmoniseret inden for EU.

På det skatteretlige område er f.eks. selskabsbeskatningen næsten udelukkende nationalt reguleret, og kun i meget begrænset omfang er der sket EU-harmonisering.³ Selskabsbeskatningen, herunder skattebasen og

1. Jf. art. 119 TEUF, SEK (2001)69 og Protokol nr. 27 om det indre marked og konkurrence. Se tidligere art. 3 EF-traktaten.

2. Jf. Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 19.

3. Jf. Moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU), Rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) og Fusionskattedirektivet (2009/133/EF), mens CCCTB-direktivforslaget af 16. marts 2011 fortsat ikke er vedtaget.

selskabsskattesatsen, fastsættes således næsten udelukkende af de enkelte medlemsstater og i hvert tilfælde under hensyn til medlemsstaternes egne interesser. Det betyder, at der mellem medlemsstaterne er opstået en intern konkurrence om at tilbyde »de bedste vilkår« i forhold til selskabsbeskatning, for at tiltrække flest selskaber, investeringer eller arbejdspladser. Dette sker f.eks. ved at tilbyde den laveste, simpleste eller mest skræddersyede selskabsbeskatning, hvilket af nogen betegnes som *harmful tax competition* (skadelig skattek konkurrence).⁴ Selv medlemsstater, der ikke aktivt ønsker at være en del af denne *tax competition*, vil være påvirket af at andre medlemsstater tilbyder bedre vilkår end dem selv for så vidt angår beskatningen af selskaber.

I de senere år er forbuddet mod statsstøtte i art. 107 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) blevet anvendt af Kommissionen og EU-Domstolen til at *anskyde* noget af denne skattek konkurrence ved at underkende nationale skatteregler, skattepraksis eller konkrete skatteafgørelser. Dette har i den grad skabt usikkerhed om rækkevidden af forbuddet mod statsstøtte i forhold til de direkte skatter. Dette er i litteraturen beskrevet som følger:

»The application of Art. 107 (i) TFEU to tax measures has long been riddled by particular complexity and intransparency of the relevant tests developed in European jurisprudence. Predicting when exactly a given tax measure would fall foul of the state aid prohibition and, particularly, when it would not, regularly left practitioners scraping their heads and scholars bending their minds and pens.«

Formålet med denne artikel er at analysere anvendelsen af forbuddet mod statsstøtte i art. 107 TEUF i forhold til de direkte skatter. Artiklens fokus er på selskabsbeskatningen og den vanskelige statsstøtteretlige vurdering af, om en skatteregel eller en skatteafgørelse er *selektivt begunstigende*. I artiklen gennemgås udvalgt praksis på området, og artiklen afsluttes med en kritisk analyse af de verserende sager med Apple (Irland), Amazon (Luxembourg), Fiat (Luxembourg) og Starbucks (Holland).

4. Jf. COM (2015) 302 final, s. 3.

5. Jf. Jaeger: From Santander to Lux Leaks - and Back, European State Aid Law Quarterly, Issue 3/2015.

2. Generelt om statsstøtte og skatteret

I december 1997 vedtog Rådet (Økofin) adfærdskodeks for erhvervsbeskatning (soft law).⁶ Adfærdskodekset skal imødegå skadelig skattekonkurrence, hvor en medlemsstat nedsætter erhvervsbeskatningen for enkelte sektorer eller områder på en sådan måde, at skattebegunstigelsen tiltrækker udenlandske investeringer uden samtidig at medføre provenutab for staten selv. Samtidig med vedtagelsen af adfærdskodekset forpligtede Kommissionen sig til at udarbejde nærmere retningslinjer for anvendelsen af forbuddet mod statsstøtte i forhold til den direkte beskatning af virksomheder samt *omhyggeligt* at påse, at statsstøtteregele anvendes *strengt* på sådan støtte.⁷ Derved blev fundamentet lagt for et omhyggeligt og strengt fokus på samspillet mellem statsstøtteregele og de direkte skatter i jagten på at bekæmpe skadelig skattekonkurrence.⁸

I forlængelse heraf udsendte Kommissionen meddelelse af 10. december 1998 om anvendelsen af statsstøtteregele på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomheder.⁹ Denne meddelelse anses for vejledende for den praksis, der skal følges af Kommissionen.¹⁰ Meddelelsen spiller derfor en central rolle i anvendelsen af forbuddet mod statsstøtte og direkte skatter, ligesom meddelelsen samtidig uddyber de enkelte betingelser og giver skatteretlige eksempler. Kommissionen har senest i 2014 udarbejdet et udkast til meddelelse om det nærmere indhold af statsstøttebegrebet, hvori skatteretlige eksempler ligeledes behandles. Dette er dog fortsat ikke vedtaget.¹¹

Statsstøtte er konkret reguleret af art. 107-109 i TEUF, hvoraf art. 107 TEUF regulerer selve forbuddet mod statsstøtte, mens art. 108 og 109 TEUF regulerer procedurer for vedtagelse af retsakter, herunder godken-

6. Jf. 98/C 2/01.

7. Jf. 98/C 384/03.

8. jf. også Traversa og Flamini: Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?, European State Aid Law Quarterly, Issue 3/2015.

9. Jf. 98/C 384/03.

10. Jf. bl.a. Gibraltar C-160/09 P og C-107/09 P, præmis 128.

11. Jf. udkast til Kommissionens meddelelse om statsstøttebegrebet i art. 107, stk. 1 i TEUF fra 2014.

delse af visse statsstøtteordninger, f.eks. individuelle godkendelser og gruppefritagelsesforordninger.¹² Det følger konkret af art. 107, stk. 1, at:

»Bortset fra de i traktaterne hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked, idet omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.«

Herfra kan det udledes, at såfremt følgende betingelser er opfyldt, vil der være tale om statsstøtte, som i udgangspunktet er uforeneligt med art. 107 TEUF:

1. Modtageren udøver økonomisk virksomhed (aktivitet)
2. Støtten er ydet af statsmidler og tilregnes staten
3. Tilstedeværelse af en økonomisk fordel for modtageren
4. Begunstigelse af visse virksomheder eller visse produktioner
5. Fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen og påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne.

Disse betingelser behandles nærmere i det følgende.

3. Statsstøtteelementerne

Efter ordlyden af art. 107 TEUF betinges det *for det første*, at modtageren skal *udøve* økonomisk virksomhed (aktivitet). Dette understreger, at forbuddet mod statsstøtte er en del af konkurrenceretten og derved retter sig mod aktørerne i økonomisk konkurrence på det indre marked. Virksomhedsbegrebet fortolkes bredt og omfatter bl.a. udbud af varer og tjenesteydelser.¹³ Derudover lægges der bl.a. vægt på, om aktiviteten udføres med profit for øje, om aktiviteten er rettet mod erhvervslivet eller hvorvidt den har social karakter/har et væsentligt element af offentlig interesse.¹⁴ Det er således en vurdering af den konkrete aktivitet, der udøves af modtageren, som er afgørende for, om art. 107 TEUF overhovedet finder anvendelse.

12. Jf. f.eks. forordning nr. 651/2014.

13. Jf. EUD, Sag C-41 /90 (Höfner).

14. Se for nærmere Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 95 ff.

Det betinges *for det andet*, at støtten er ydet af statsmidler og tilregnes staten.¹⁵ Det understreger netop betegnelsen statsstøtte. Afgørende er derfor, at staten er afsender af støtten, samt at støtten hidrører fra statens resourcer (statsmidler), mens fremtrædelsesformen er irrelevant. Ved staten forstås hele den offentlige sektor, herunder f.eks. Folketinget, ministerier, styrelser, regioner og kommuner, hvorved beslutninger truffet af disse organer kan udgøre statsstøtte.¹⁶ Herudover er det en betingelse, at statsmidlerne er tildelt af staten, f.eks. ved en skattenedsættelse som følge af en regelændring, praksis eller en konkret afgørelse, således at der »mangler« en indtægt på statens budget.¹⁷ Der synes sjældent tvivl, om en manglende beskatning opfylder denne del af statsstøttedefinitionen, da sådanne beslutninger oftest tilregnes staten (Folketinget eller skattemyndighederne) og ydes af statsmidler (manglende indtægter).¹⁸ Dog må det bemærkes, at såfremt en regel f.eks. er en minimumsimplementering af et direktiv, vil en eventuel støtte i den forbindelse ikke udgøre statsstøtte, da støtten i så fald ikke kan tilregnes staten.

Det betinges *for det tredje*, at virksomheden er blevet begunstiget med en økonomisk fordel. Begunstigelsen skal altså bestå af en økonomisk fordel, som kan tilregnes staten.¹⁹ En økonomisk fordel omfatter ikke kun direkte tilskud og andre positive ydelser, men også lempelse af de byrder, som normalt belaster virksomhedens budget.²⁰ I forhold til de direkte skatter opnås en økonomisk fordel, normalt ved, at virksomheden fritages for en økonomisk byrde (skat), som ellers ville have påhvilet den.²¹ Det afgørende er ikke, om det har været hensigten, at virksomheden skulle opnå en økonomisk fordel, men derimod om virkningen er, at virksomheden opnår en økonomisk fordel.²² Mere konkret er det afgørende, om virksomheden har modtaget en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået på normale markedsbetingelser.²³ I udkast til Kommissio-

15. Jf. Jens Fejø og Grith Skovgaard Ølykke, EU-konkurrenceret, 5. udg. 2014, s. 474 ff. samt Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 131.

16. Jf. Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 133.

17. Jf. f.eks. EUD, Sag C-126/01 (GEMO), præmis 24.

18. Jf. Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 176, note 60.

19. Jf. Jens Fejø og Grith Skovgaard Ølykke, EU-konkurrenceret, 5. udg. 2014, s. 476 ff. samt Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 38 ff.

20. Jf. f.eks. EUD, Sag C-81 /10 (Franco Telecom), præmis 16.

21. Jf. Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 176.

22. Jf. f.eks. EUD, de forenede sager C-106/09 P og C-107/09 P (Gibraltar), præmis 87.

23. Jf. EUD, Sag C-342/96 (Spanien mod Kommissionen), præmis 41.

nens meddelelse om statsstøttebegrebet anses betegnelsen »normale markedsbetingelser« for at være en situation »uden statslig indgriben«.241 vurderingen af, om en virksomhed er blevet begunstiget, anvendes derfor ofte det markedsøkonomiske investorprincip (MEIP), hvorefter det konkret vurderes, om staten (myndigheden) har ageret som en hypotetisk privat aktør.²³ Denne test er dog mest anvendelig i de situationer, hvor staten udgør en markedsaktør, f.eks. en investor eller sælger på et marked. Derimod synes MEIP ikke anvendelig i situationer, hvor staten optræder som myndighed, som f.eks. ved vedtagelse af skattelove eller myndighedsbeslutninger. I de situationer benytter og forvalter staten sit beskatningsmonopol til skattelemper eller skattefritagelser, hvilket ingen markedsaktør jo har mulighed for at gøre, da beskatningsmonopolet tilhører staten. Det synes i disse situationer derfor meningsløst at tale om en situation med en »hypotetisk privat aktør« og »uden statslig indgriben«, da enhver skat er en statslig indgriben. I disse situationer synes begunstigesvurderingen derfor i stedet at udgøre en integreret del af selektivitetsvurderingen, dvs. om visse virksomheder ellers behandles anderledes og bedre end andre virksomheder, som behandlet i det følgende.²⁶

Det betinges for *det fjerde*, at denne begunstigelse kim tilfalder visse virksomheder eller produktioner. Det er således ikke alle økonomiske begunstigelser, der udgør ulovlig statsstøtte, men kun *den*, som gives til *visse* virksomheder eller *visse* produktioner. Der skal derfor foretages en vurdering af, om alle virksomheder har (lige) adgang til begunstigelsen, og ikke kun om visse udvalgte virksomheder har adgang hertil.²⁷ Det afgørende er derfor at fastlægge en referenceramme, hvorefter det kan fastlægges, om alle virksomheder i samme retlige og faktiske situation har adgang til begunstigelsen (generel ordning), eller om kun visse virksomheder eller visse produktioner har adgang til begunstigelsen (sektiv ordning).

Det betinges for *det femte* og slutteligt, at den ydede statsstøtte fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen og aktuelt eller potentielt påvir-

24. Jf. udkast til Kommissionens meddelelse om statsstøttebegrebet i art. 107, stk. 1 i TEUF, 2014, s. 19.

25. Jf. Jens Fejø og Grith Skovgaard Ølykke, EU-konkurrenceret, 5. udg. 2014, s. 476 ff. samt Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 48 ff.

26. Jf. Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 49.

27. Jf. Jens Fejø og Grith Skovgaard Ølykke, EU-konkurrenceret, 5. udg. 2014, s. 485 samt Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 159 ff.

ker samhandlen mellem medlemsstaterne. Disse to betingelser må anses for naturlige, da statsstøtte reglerne jo udgør EU-konkurrenceretlig regulering. EU-Domstolen synes dog ikke at foretage en nøje analyse af disse to betingelser, men tværtimod at antage, at disse to betingelser er opfyldt, såfremt de øvrige betingelser er opfyldt.²⁸ Det følger dog af forordning nr. 1407/2013, at en enkelt virksomhed i udgangspunktet kan modtage op til 200.000 EUR over en periode på 3 år, uden at dette anses for at påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne og fordreje konkurrencevilkårene.

Konsekvensen af ulovlig statsstøtte er, at den modtagne støtte skal tilbagebetales til staten med renter, hvorved en *level playing field* genskabes. Dette er en mærkbar og betydelig konsekvens for skatteyderen, der har handlet i fuld overensstemmelse med f.eks. en lov eller en myndighedsbeslutning. Omvendt må det erindres, at den eller disse skatteydere har modtaget en uretmæssig fordel i forhold til andre lignende skatteydere, hvorved tilbagebetalingen med renter skal genoprette den konkurrencemæssige balance. Dette ændrer dog ikke ved, at konsekvensen er hård for den enkelte virksomhed, der har handlet og ageret i tillid til staten

Det mest omdiskuterede i de skatteretlige statsstøttesager er unægteligt fastlæggelsen af, hvorvidt virksomheden har modtaget en økonomisk fordel, som kun tilfalder visse virksomheder eller visse produktioner, dvs. hvorvidt der er sket en *selektiv begunstigelse*.

4. Selektiv begunstigelse

Staten kan, som nævnt, begunstige visse virksomheder eller visse produktioner i kraft af enten sin rolle som myndighed, f.eks. ved ændringer af skattereglerne eller ved skatteretlige afgørelser, eller som en økonomisk markedsaktør, f.eks. ved investering og deltagelse i virksomheder. Disse situationer må adskilles, da problemstillingerne er forskellige, alt afhængigt af hvilken rolle staten indtager.²⁹ Det må dog erindres, at begge kriterier, henholdsvis begunstigelse og selektivitet, principielt skal opfyldes, for at der er tale om ulovlig statsstøtte.

I de situationer, hvor staten optræder som markedsaktør, er der ofte ikke tvivl om selektiviteten, da der ofte er tale om én konkret støttemod-

28. Jf. Jens Fejø og Grith Skovgaard Ølykke, EU-konkurrenceret, 5. udg. 2014, s. 487 samt Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 159.

29. Jf. Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 49.

tager i én transaktion. Derimod er spørgsmålet her, om der i den konkrete situation er sket en begunstivelse af den konkrete virksomhed, hvortil den markedsøkonomiske investortest (MEIP-testen) anvendes som *benchmarking* til at vurdere, om staten har ageret, som en *hypotetisk privat aktør* ville have ageret, i en tilsvarende transaktion, på samme tidspunkt og på samme vilkår.³⁰

I de situationer, hvor staten optræder som myndighed, vil der derimod ofte ikke være tvivl om, hvorvidt der er tale om en begunstivelse eller ej (økonomisk fordel). Derimod vil tvivlen dreje sig om, hvorvidt kun *visse* virksomheder eller *visse* produktioner begunstiges (selektiviteten). I disse situationer er selektivitetstesten central, da det vurderes, om virksomheder i en sammenlignelig retlig og faktisk situation begunstiges på samme måde som den potentielle støttemodtager, f.eks. om denne beskattes på samme måde eller har adgang til samme fradrag. Derved er det afgørende, om det kun er visse virksomheder eller visse produktioner, der begunstiges, hvorved selve begunstigelsen må anses som en integreret del af selektivitetstesten.³¹ Selektivitetstesten er langt fra simpel og kan på det skatteretlige område opdeles i tre trin:

1. *Etablering af en referenceramme på baggrund af et overordnet formål*
2. *Forskelsbehandling af retlig og faktisk sammenlignelige situationer (inden for referencerammen)*
3. *Retfærdiggørelse af forskelsbehandling.*³²

Det er i udgangspunktet op til medlemsstaten selv at vælge sammensætningen af beskatningen, herunder også at give særlige skatteretlige incitamenter til f.eks. forskning og udvikling. Det er derfor inden for denne ramme, at selektiviteten skal bedømmes (referencerammen). Det betyder dog ikke, at ethvert formål er acceptabelt, og det er ej heller nødvendigvis det af medlemsstaten udtrykte formål, der lægges til grund. En medlemsstat kan naturligvis ikke omgå forbuddet mod statsstøtte ved blot at erklære et specifikt formål om at tildele en økonomisk fordel til visse virksomheder, da denne på forhånd vil være selektiv.³³ I stedet er det centralt ved fastlæggelsen af referencerammen at identificere et overordnet eller

30. Jf. EUD, Sag C-525/04 P (Lenzing), og EUD, Sag T-68/03 (Olympiaki).

31. Jf. Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 49.

32. Jf. Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 183-192.

33. Jf. EUD, Sag C-487/06 P (British Aggregates Association), præmis 87.

bagvedliggende formål, som herefter kan lægges til grund i selektivitetsvurderingen.³⁴

Vurderingen er herefter, om virkningen gør, at virksomheder i samme retlige og faktiske situation inden for referencerammen opnår samme behandling (generel ordning), eller om visse virksomheder opnår en særlig begunstigelse (selektiv ordning). En generel ordning er kendetegnende ved, at denne er åben for alle, indeholder objektive kriterier og er gennemsigtig. Omvendt er en selektiv ordning kendetegnende ved, at denne ikke er åben for alle, indeholder mere subjektive (skønsmæssige) kriterier og er ugenomsigtig.³⁵ Derfor kan eksempelvis ordninger, der er baseret på skøn, udgøre en selektiv begunstigelse, hvis skattemyndighederne i høj grad er tillagt et skøn, således at der kan inddrages uvedkommende hensyn.³⁶

Endelig kan en forskelsbehandling i visse situationer retfærdiggøres. Det gælder, såfremt forskelsbehandlingen er begrundet i skattesystemets logik, karakter og opbygning, dvs. er uadskilleligt forbundet med selve skattesystemet.³⁷ Retfærdiggørelsen er dog forholdsvis snæver og uforudsigelig,³⁸ men synes foreløbig at indeholde hensynet til at bekæmpe bedrageri eller skatteunddragelse, regnskabsmæssige hensyn, administrative hensyn, princippet om skattnetralitet, indkomstskattens progressive karakter og dens omfordelingslogik, behovet for at undgå dobbeltbeskatning samt målet om at optimere inddrivning af skattetilgodehavender.³⁹

Praksis fra EU-Domstolen, Retten og Kommissionen indeholder ovennævnte test, men viser samtidig, hvor svært det til tider kan være at fastsætte referencerammen vedrørende direkte skatter og derved hele grundlaget for selektivitetsvurderingen.

34. Jf. EUD, Sag C-487/06 P (British Aggregates Association), samt i denne retning Sune Troels Poulsen, *Statsstøtteren i EU*, 1. udg. 2015, s. 187.

35. Jf. Sune Troels Poulsen, *Statsstøtteren i EU*, 1. udg. 2015, s. 165.

36. Jf. EUD, Sag C-6/12, præmis 32. Se også Gunn og Luts: *Tax Rulings, AP As and State Aid: Legal Issues*, EC Tax Review 2015-2.

37. Jf. Sune Troels Poulsen, *Statsstøtteren i EU*, 1. udg. 2015, s. 190.

38. Jf. Jaeger: *From Santander to Lux Leaks - and Back*, European State Aid Law Quarterly, Issue 3/2015.

39. Jf. udkast til Kommissionens meddelelse om statsstøttebegrebet i art. 107, stk. 1, i TEUF, 2014, præmis 139.

5. Praksis

Som tidligere nævnt fik statsstøtte og direkte skatter et omhyggeligt og strengt fokus fra december 1998, hvilket bl.a. førte til en del sager vedrørende de såkaldte *coordination centers*, herunder i Belgien. I februar 1999 rettede Kommissionen således henvendelse til de belgiske myndigheder om yderligere oplysninger om dette koordinationscenters skatteregime. Kommissionen meddelte senere, at ordningen sandsynligvis skulle betragtes som statsstøtte - og det, selv om Kommissionen tilbage i 1984 havde godkendt ordningen.⁴⁰

Kort fortalt fulgte det af det dagældende regime, at selskaber i Belgien, der ydede visse services (f.eks. finansiering, forsikring, marketing osv.) til andre koncernselskaber, under visse betingelser kunne opnå godkendelse som koordinationscenter og derved blive beskattet på en særlig (lempe- lig) måde. Koordinationscentrenes skattepligtige indkomst skulle opgøres efter *cost p/ws*-metoden (skattebasen), mens selve beskattningen skete med den almindelige selskabsskattesats. Kommissionen fandt, at der intet var i vejen med at anvende en *cost p/ws*-tilgang i opgørelsen af den skattepligtige indkomst, men at den konkrete anvendelse udgjorde statsstøtte. De belgiske myndigheder anvendte konsekvent en overskudsmargin på 8 pct., uden nogen form for verifikation af, om dette reflekterede den økonomiske realitet. Hermed skete beskattningen ikke i overensstemmelse med den *cost plus*-metode, som var forudsat i reglen (formålet). Mere konkret fandt Kommissionen, at den systematiske anvendelse af en ensartet og en ifølge Kommissionen for lav procentsats kunne føre til et lavere skattepligtigt grundlag og derved en selektiv begunstigelse. Sagt på en anden måde: Ifølge regelsættet skulle *cost plus*-metoden anvendes (referenceramme), mens den skønsmæssige forvaltning førte til en forkert anvendelse af *cost plus*-metoden, der reelt førte til en lavere beskattning. Kommissionen førte lignende sager med tilsvarende resultater mod bl.a. Irland, Holland, Frankrig, Tyskland, Luxembourg og Spanien.⁴¹ Derved

40. Jf. også Traversa og Flamini: Fighting Harmful Tax Competetion through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?, European State Aid Law Quarterly, Issue 3/2015.

41. Jf. EUD, de forenede sager C-182/03 og C-217/03 (Forum 187) samt Green: Coordination centres: the end of an era? Not quite ..., Competition Policy Newsletter, udsendt af Kommissionen i 2003, no. 2, s. 23 ff.

lagde Kommissionen dengang fundamentet for anvendelsen af forbuddet mod statsstøtte på lempelige skatteordninger og skattepraksis.

Den senere praksis vedrørende *IP boxes* og *interest boxes* illustrerer også den vanskelige vurdering af selektivitetskriteriet. I mindst 12 europæiske lande er der forskellige former for *IP boxes*, hvorefter beskattningen af indkomst (royalties mv.) fra visse immaterielle aktiver er mere lempelig end den almindelige beskattning.⁴² Dette behandledes af EU-Kommissionen i en undersøgelse af den spanske *IP box*⁴³ og tilsvarende af EFTA's overvågningsorgan i en undersøgelse af Liechtensteins *IP box*.⁴⁴ Disse *IP boxes* indførtes i begge tilfælde for at understøtte forskning og udvikling af immaterielle aktier (referencerammen).⁴⁵ Kommissionen og EFTA's overvågningsorgan fandt begge, at eftersom ordningerne er åbne for alle virksomheder, der udvikler immaterielle aktier uanset størrelse, retlig form og sektor, sker der ikke forskelsbehandling af retlig og faktisk sammenlignelige virksomheder.⁴⁶ Denne konklusion ændredes i øvrigt ikke, alene fordi ikke alle virksomheder udvikler og udnytter immaterielle aktiver, da det afgørende er, at adgangen til at benytte disse *IP boxes* er ens for alle i overensstemmelse med formålet.⁴⁷

Samme konklusion nåede Kommissionen vedrørende en foreslået (men aldrig vedtaget) *interest box* i Holland.⁴⁸ Efter denne foreslåede *interest box* skulle koncerninterne renter kun beskattes med 5 pct., ligesom fradraget for koncerninterne renter reduceredes til en skattesats på 5 pct.⁴⁹ Holland anførte, at formålet med ordningen var at sikre en større grad af skattemæssig neutralitet ved koncernintern finansiering ved henholdsvis egenkapital og fremmedkapital, og begrænse arbitrage herimellem (referencerammen).⁵⁰ EU-Kommissionen fandt herefter, at da definitionen af *koncernintern* var baseret på faktisk kontrol, skete der ikke en forskelsbehandling af virksomheder i samme faktiske og retlige situation, set i lyset af formålet. Ordningen var åben for alle virksomheder, der modtog og betalte renter i koncerninterne forbindelser, og var i øvrigt obligatorisk,

42. Jf. Robert J. Danon, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100A, 2015, s. 31 ff.

43. Jf. N 480/2007.

44. Jf. 177/11/COL.

45. Jf. N 480/2007, præmis 11 og 12 samt 177/11/COL, I. Facts, section 2.1.

46. Jf. N 480/2007, præmis 14 og 15 samt 177/11/COL, II. Assessment, section 1.4.

47. Jf. N 480/2007, præmis 17 samt 177/11/COL, II. Assessment, section 1.4.

48. Jf. N 465/06.

49. Jf. N 465/06, præmis 21.

50. Jf. N 465/06, præmis 57 og 106.

hvorved alle i sammenlignelige situationer behandledes ens.⁵¹ Det udgjorde derved ikke statsstøtte at beskatte koncerninteme renter lavere end koncerneksterne renter, da disse ikke var i sammenlignelige situationer i lyset af ordningens formål.

Det skal understreges, at der ud fra ovennævnte sager ikke kan drages generelle konklusioner om, at alle *IP boxes* eller *interest boxes* ikke er selektive. Dette må naturligvis undersøges særskilt, hvorvidt disse er åbne for alle i overensstemmelse med regimes formål.⁵² Kommissionen har fortsat fokus på disse *boxest*

Praksis er ikke begrænset til lempelige skatteordninger eller lempelig skattepraksis (skattemæssige undtagelser). I Gibraltar-sagerne⁵⁴ fandt EU-Domstolen f.eks., at hele det foreslåede selskabsskattesystem udgjorde en selektiv begunstiggelse af visse virksomheder ved *ikke* at inkludere nok selskaber under selskabsbeskatningen. Gibraltar havde på daværende tidspunkt et selskabsskattesystem indeholdende skattefritagne selskaber og skattelettede selskaber, hvilket potentielt udgjorde ulovlig statsstøtte. I forbindelse med en sådan undersøgelse meddelte Gibraltar, at de agtede at afskaffe denne ordning med skattefritagne/skattelettede selskaber (undtagelser), og foreslog i stedet at indføre et selskabsskattesystem for alle selskaber etableret i Gibraltar.⁵⁵ Den foreslåede beskatning skulle bl.a. bestå af en lønskat og en skat på besiddelse af erhvervsjendom i Gibraltar. Alle selskaber i Gibraltar skulle således betale 3.000 GBP pr. ansat om året, for så vidt angik alle fuldtids- og deltidsansatte beskæftiget i Gibraltar. Ligeledes skulle alle selskaber, der besad fast ejendom i Gibraltar i erhvervsøjemed, betale en såkaldt *business property occupation tax (BPOT)*.^{*} Den samlede lønskat og BPOT skulle dog begrænses til 15 pct. af overskuddet. Det foreslåede skattesystem var således en kombination af lønskat, BPOT og et indkomstskatteloft. EU-Domstolen fandt i lyset af formålet med skattesystemet, at kombinationen af disse kriterier udgjorde en forskelsbehandling af selskaber i sammenlignelige situationer, da formålet var at indføre et almindeligt skattesystem for *alle* selskaber hjem-

51. Jf. N 465/06, præmis 107 og 108.

52. Jf. også KOM (2006) 728 final og Luts: Compatibility of IP Box Regimes with EU State Aid Rules and Code of Conduct, EC Tax Review 2014-5.

53. Jf. f.eks. IP/14/309.

54. Jf. EUD, de forenede sager C-106/09 P og C-107/09 P.

55. Jf. præmis 11.

56. Jf. præmis 21.

mehørende i Gibraltar (referencerammen)/⁷ Kombinationen af lønskatten og BPOT'en udelukkede fra starten en beskatning af såkaldte offshore-selskaber, der hverken har ansatte i Gibraltar eller benytter erhvervslokale i Gibraltar.³⁸ Sagt på en anden måde var det foreslåede skattesystem selektivt begunstigende for visse virksomheder (offshore) set i lyset af, at formålet var at beskatte alle selskaber.

Denne formålsvurdering i selektivitetsvurderingen, hvorefter det forventes, at der er sammenhæng i reguleringens formål og virkning, synes ligeledes central i de verserende sager om selektiv begunstiging, nemlig *transfer pricing tax rulings*-sageme mod Irland (Apple), Luxembourg (Amazon og Fiat) og Holland (Starbucks).

6. De aktuelle sager

Fælles for de aktuelle sager vedrørende Irland (Apple), Luxembourg (Amazon og Fiat) og Holland (Starbucks) er, at multinationale selskaber har opnået en (for) lav effektiv beskatning gennem international skatteplanlægning.³⁹ Konklusionen i Kommissionens foreløbige afgørelser er, at selskaberne har modtaget ulovlig statsstøtte gennem forskellige former for *tax rulings* som en del af denne skatteplanlægning. Det er dog uklart, om Kommissionen har *juraen* på sin side i disse sager. Det er bl.a. i litteraturen hævdet, at statsstøtteretten i disse sager benyttes til kamouflering af politiske beslutninger i kampen mod aggressiv skatteplanlægning.⁶⁰ Der er som nævnt tale om foreløbige afgørelser, men der synes alligevel med rette at kunne rettes en vis kritik mod disse foreløbige afgørelser, særligt i forhold til, om selskaberne har modtaget en *selektiv begunstiging*.

Kort fortalt vedrører *Apple-sagen* tax rulings afgivet i henholdsvis 1991 og 2007 om opgørelse af den skattepligtige indkomst for to Apple-koncernselskaber i Irland, henholdsvis Apple Operations Europe og Apple Sales International.⁶¹ Mere konkret følger det af disse tax rulings, afgivet

57. Jf. præmis 101.

58. Jf. præmis 102, 106 og 107.

59. Jf. Kavanagh og Robins: Corporate Tax Arrangements Under EU State Aid Scrutiny, European State Aid Law Quarterly, Issue 3/2015.

60. Jf. Koenig: Where is state aid law heading to?, European State Aid Law Quarterly, Issue 4/2014.

61. Jf. C(2014) 3606 final.

af de irske skattemyndigheder, at fortjenesten for så vidt angår Apple Operations Europe beregnes, som 65 pct. af driftsomkostninger og op til 60-70 mio. USD., og herefter 20 pct. af driftsomkostninger (modificeret i 2007), mens fortjenesten for Apple Sales International beregnes som 12,5 pct. af driftsomkostninger (modificeret i 2007). I alle tilfælde anvendtes således *Transactional Net Margin Method* (TNMM) til opgørelsen af fortjenesten ved selskabernes drift. Kommissionens foreløbige konklusion er, at de afgivne tax rulings udgør ulovlig statsstøtte. Det er svært at vurdere, om Kommissionens konklusion er korrekt, grundet begrænset offentlighed om de konkrete forhold, men en vis kritik kan rettes mod selve analysen.

Kommissionen lægger til grund, at det ved vurderingen af, om der består en *begunstigelse*, skal vurderes, om myndighederne har accepteret en fravigelse af markedsforholdene mellem rationelle uafhængige aktører. Til dette henviser Kommissionen til armslængdeprincippet udviklet af OECD, herunder også OECD's transfer pricing guidelines.⁶² Interessant er det dog, at Irland ikke havde formelle interne regler om transfer pricing i 1991, ligesom OECD's transfer pricing guidelines først udkom i 1995. Slutteligt bemærker Kommissionen i én enkelt præmis, at begunstigelsen er *selektiv*, da de afgivne tax rulings afviger fra armslængdeprincippet.⁶³ Kommissionens analyse er derved opsigtsvækkende, eftersom det primære fokus er på begunstigelsen og ikke selektivitet.

Derved synes Kommissionen for det første ukritisk at lægge til grund, at enhver medlemsstat skal have regler om transfer pricing. Kommissionen synes således at anvende en form for *markedsøkonomisk investorprincip* ved vurderingen af, om Apple er blevet begunstiget. Denne anvendes, som omtalt, normalt kun i forhold til myndigheder, der optræder som markedsaktører, mens dette synes meningsløst i forhold til myndighedens (medlemsstatens) udøvelse af sit beskatningsmonopo/, der er baseret på politiske kompromiser - ikke nødvendigvis logik og rationalitet.⁶⁴ Kommissionen synes i sin analyse ikke kun at forudsætte, at medlemsstaten skal optræde som en uafhængig rationel markedsaktør, men ligeledes at medlemsstaten i sin regulering skal sikre, at virksomhederne agerer som uafhængige markedsaktører. Sagt på en anden måde synes Kommis-

62. Jf. præmis 53-56.

63. Jf. præmis 70.

64. Jf. også Jaeger: From Santander to Lux Leaks - and Back, *European State Aid Law Quarterly*, Issue 3/2015.

sionen på sin vis at forudsætte, at interesseforbundne virksomheder - konkret Apple - er blevet *begunstiget* af medlemsstaten, hvis der ikke lovgivningsmæssigt er indført regler, herunder skatteretlige regler, som korrigerer for dette interessefællesskab og sikrer, at disse agerer som uafhængige markedsaktører. Dette synes i modstrid med den nationale suverænitet⁶⁵ og i øvrigt EU-Domstolens udtalelse i 3M Italia C-417/10, hvoraf det fremgår, at der i EU-retten ikke gælder noget generelt princip, hvoraf der for medlemsstaterne følger en forpligtelse til at bekæmpe misbrug på området for direkte beskatning.⁶⁶

Kommissionen synes for det andet ukritisk at lægge til grund at disse transfer pricing-regler også skal være identiske med OECD's armslængdeprincip. Dette synes at udgøre en afvigelse fra den normale statsstøttestrengt retlige vurdering, hvorefter det er det nationale skattesystem og formålet hermed, der udgør grundlaget for referencerammen i selektivtetsvurderingen, og ikke internationale principper af mere eller mindre fast karakter.⁶⁷ Derved synes analysen at mangle en klar kobling mellem OECD's armslængdeprincip og Irlands skatteregler ved etablering af referencerammen. Det må samtidig i den forbindelse erindres, at det jo ikke som sådan er de nationale regler, der i denne sammenhæng er under angreb fra Kommissionen, men derimod om den enkelte afgørelse (tax ruling) er forenelig med art. 107 TEUF.

Det skal bemærkes, at selv om der ikke skulle bestå en sådan kobling mellem OECD's armslængdeprincip og Irlands skatteregler, kan afgørelsen alligevel være selektivt begunstigende, såfremt det anses som en skønsbaseret ordning, hvori der inddrages mere subjektive og uvedkommende hensyn for opgørelsen af fortjenesten.⁶⁸ En sådan argumentation synes at stå stærkere, da afgørelsen efter de offentliggjorte oplysninger i høj grad synes baseret på meget subjektivt skøn, frem for objektive lovbaserede kriterier. Det synes understøttet af, at Kommissionen netop også i den foreløbige afgørelse kritiserer valget af metode (TNMM) samt

65. Jf. også Traversa og Flamini: Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?, European State Aid Law Quarterly, Issue 3/2015 samt Jaeger: From Santander to Luxleaks - and Back, European State Aid Law Quarterly, Issue 3/2015.

66. Jf. præmis 32.

67. Jf. meddelelse fra Kommissionen 98/C 384/03, punkt 17.

68. Se også Sune Troels Poulsen, Statsstøtteren i EU, 1. udg. 2015, s. 168 samt Gunn og Luts: Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues, EC Tax Review 2015-2.

at de konkrete tal på ingen måde er underbygget eller forklaret i armslængdevurderinger. I stedet synes resultaterne opnået som følge af *forhandling* mellem Apple og de irske skattemyndigheder.⁶⁹ Det følger bl.a. af et notat fra de irske myndigheder, at fastsættelsen af en 20 pct. markup blev accepteret, således at en yderligere ekspansion ikke forhindredes i Irland, hvilket må anses som et uvedkommende hensyn i armlængdefastsættelsen. Ligeledes finder Kommissionen, at de konkrete tal og beregningen er baseret på *reversed engineering*, hvor der søges opnået en nogenlunde fast skattepligtig indkomst og derved en fast skattebetaling.⁷⁰ Dette synes at indikere en skønsbaseret tilgang, hvor uvedkommende hensyn inddrages i vurderingen.

Samlet set synes Kommissionens juridiske analyse noget utraditionel og tvivlsomt opbygget. Det må forventes, at analysen og særligt selektivtetsvurderingen vil blive kraftigt udbygget i den endelige afgørelse. Billedet synes at være det samme i de øvrige sager vedrørende Luxembourg (Amazon og FIAT) og Holland (Starbucks). I alle sager foretager Kommissionen forholdsvis ukritisk denne kobling til OECD's armslængdeprincip frem for det nationale regelsæt. Kommissionen tester herefter forholdsvis detaljeret og teknisk, om den konkrete afgørelse er underbygget og korrekt i vurderingen, og derigennem om selskabet har modtaget en økonomisk fordel (begunstigelse), mens selektivitet kun berøres eksplicit i én enkelt præmis.⁷¹

I *Amazon-sagen*,⁷² der vedrører opgørelsen af fradragsberettigede royaltybetalinger, finder Kommissionen, at disse royaltybetalinger er opgjort til et for højt beløb i forhold til OECD's armslængdeprincip. Kommissionen lægger vægt på, at den valgte transfer pricing metode ikke er i overensstemmelse med OECD's guidelines, at der ikke er udarbejdet en transfer pricing-rapport, samt at afgørelsen er truffet på kun 11 arbejdsdage.⁷³ Luxembourg argumenterede for, at der kun kan være tale om en selektiv begunstigelse, såfremt den *nationale lovgivning* er blevet anvendt forkert (fejlf or tolket). Kommissionen afviser dog dette med henvisning til, at OECD's armslængdeprincip anses for implementeret i den nationale lov-

69. Jf. præmis 58.

70. Jf. præmis 62.

71. Jf. C(2014) 7156 final (Amazon) præmis 78, C(2014) 3626 final (Starbucks) præmis 125 og C(2014) 3627 final (Fiat) præmis 82.

72. Jf. C(2014) 7156 final.

73. Jf. præmis 63 og 64.

givning, hvorfor den nationale fortolkning af armslængdeprincippet ikke ligges til grund.⁷⁴ Herudover kritiserer Kommissionen kraftigt forudsætninger og begrundelser for selve opgørelsen af royaltybetalingen, hvilket synes at indikere inddragelsen af uvedkommende hensyn i myndighedens skønsvurdering/³

I *Fiat-sagen*/⁶ der vedrører et internt finansieringsselskab i Fiat-koncernen, finder Kommissionen, at fortjenesten er opgjort for lavt i forhold til OECD's armslængdeprincip, og kritiserer brugen af TNMM-metoden i den konkrete sag samt de anvendte rentesatser mv. i selve beregningsgrundlaget (Capital Asset Pricing Model).⁷⁷ Det er derved en forholdsvis teknisk tung afgørelse, hvori Kommissionen igen forholder sig til OECD's guidelines frem for den nationale lovgivning og praksis. Samtidig bemærker Kommissionen, at afgørelsen synes at acceptere en nogenlunde fast skattebase og derved en aftale om en fast skattebetaling - dvs. inddragelsen af uvedkommende hensyn.⁷⁸

I *Starbucks-sagen*,⁷⁹ der vedrører opgørelsen af fortjenesten i et kafferisteri i et koncernselskab i Holland, finder Kommissionen, at fortjenesten er fastsat for lavt i afgørelsen, og ligeledes synes at indikerer en nogenlunde fast skattebetaling. Kommissionen kritiserer forudsætninger i beregningerne, herunder kvalifikation af kafferisteriet som et lavrisikoselskab og derved med en meget lav profit allokeret hertil efter den anvendte TNMM-metode.

Samlet set synes Kommissionen i alle sagerne eksplicit at fokusere på begunstigelsen frem for selektivitet og i øvrigt at anvende det markedsøkonomiske investorprincip i en ny kontekst, således at staten skal sikre, at (koncern)selskaber agerer på markedsvilkår i overensstemmelse med OECD's armslængdeprincip. Dette synes at udgøre betydelige svagheder i Kommissionens foreløbige afgørelser. Omvendt synes Kommissionens afgørelser at stå stærkere, såfremt der mere fokuseres på inddragelsen af uvedkommende hensyn i skønsvurderingen i de enkelte tax rulings.

Det er derfor med stor spænding, at de endelige afgørelser afventes samt resultatet af de aktuelle undersøgelser af *tax rulings* i samtlige 28

74. Jf. præmis 58 og 59.

75. Jf. præmis 65-75.

76. Jf. C(2014) 3627 final.

77. Jf. præmis 65-80.

78. Jf. præmis 64.

79. Jf. C(2014) 3626 final.

medlemsstater.⁸⁰ Disse kan få stor betydning for det indre marked. Visse selskaber må forventes at blive mødt med store tilbagebetalingskrav, mens andre som konsekvens heraf kan få bedre og mere lige konkurrencevilkår.

7. Konklusion

Det højaktuelle fokus på skadelig skattekonkurrence har skabt fornyet debat om forbuddet mod statsstøtte i art. 107 TEUF. Et fokus, der har været stærkt stigende siden 1998. Samspillet mellem forbuddet mod statsstøtte og de direkte skatter, herunder selskabsbeskatningen, er dog ikke ukompliceret, som artiklen viser, da medlemsstaterne i høj grad selv kan vælge indretningen af deres skattesystem. Centralt i vurderingen synes fortsat at være, om der er tale om en *selektiv begunstigelse* gennem skatteregler, praksis eller afgørelser. Dette må efter den nuværende praksis særligt ske efter følgende tre trin:

1. *Etablering af en referenceramme på baggrund af et overordnet formål*
2. *Forskelsbehandling af retlig og faktisk sammenlignelige situationer (inden for referencerammen)*
3. *Retfærdiggørelse af forskelsbehandling.*

De aktuelle tax rulings sager synes fortsat at skabe usikkerhed om, hvad der forstås ved en selektiv begunstigelse, og en vis kritik synes at kunne rejses mod de offentliggjorte foreløbige afgørelser fra Kommissionen.⁹¹ Det står dog unægtelig klart, at forbuddet mod statsstøtte har gjort sit indtog på området for de direkte skatter, hvorved enhver virksomhed må være opmærksom herpå. Det betyder f.eks., at en ageren i henhold til en given national regel, administrativ praksis eller konkret afgørelse ikke nødvendigvis betyder, at virksomheden kan ånde lettet op - virksomheden må også i sin *risk management* vurdere, om reglen/praksis/afgørelsen udgør statsstøtte, og derved om virksomheden potentielt er eksponeret over for et anseeligt tilbagebetalingskrav. Det er således ikke blevet mindre komplekst at være skattechef i en virksomhed.

80. Jf. IP/14/2742.

81. Jf. også Gunn og Luts: Tax Rulings, AP As and State Aid: Legal Issues, EC Tax Review 2015-2.

Danish Public-Private Partnerships in a Comparative Perspective

Professor Christina D. Tvarnø

This paper addresses the lack of Public Private Partnerships (P3s) in Denmark, and it compares Danish, French and Canadian law on P3. Ten years after the first P3 strategy was implemented, Denmark has less than 10 privately financed P3 projects in operation. Therefore, the paper considers whether or not the Danish P3 strategy without legislation is the right tool and whether legal solutions such as those applied in France and Canada could advance the use of P3 in Denmark. The author concludes that the Danish Government should recognize P3 as an alternative model compared to traditional contracting out of public infrastructure projects, and that the Danish infrastructure P3s should be based on both legislation and P3 agencies as in France and Canada.

1. Introduction

Public-Private Partnerships (P3s) have a long history in several EU Member States (for example Great Britain, France and Germany), as well as in North America¹ and Australia.² Furthermore, P3s have had a boost in various countries undergoing processes of significant economic growth,³

1. Rachwalski & Ross, Running a government's P3 program: Special purpose agency or line departments? *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 2010,12(3), pp. 275-298.
2. Greve & Hodge (Eds) *Rethinking Public-Private Partnerships. Strategies for Turbulent Times*, 2013.
3. Hodge, Reviewing public-private partnerships: some thoughts on evaluation and Bovaird, A brief intellectual history of the public-private partnership movement,

though not in Denmark. P3 contracts normally fall under the scope of public procurement law. Neither international law, such as WTO or UNCITRAL, national legislation,⁴ nor the EU has specific legal public procurement rules that specifically cover the P3 arrangement in regard to public contracts rules.

This paper describes the different legal schemes of the Danish, French and the Canadian P3s law. Denmark is similar to British Columbia in Canada in several ways regarding the public sector, and citizens and welfare, but differs when it comes to legal rules and regulations. Denmark is similar to France in terms of legal rules (EU public procurement law), but is less similar to France in terms of welfare.

By learning from a comparison of the Danish P3 legal environment to that of France and Canada, Danish politicians could obtain inspiration to regulate P3, and the number of P3 projects could grow as a result.

This paper focuses only on P3 projects concerning infrastructure projects, which are built, owned and operated (BOO) by the private sector with the purpose of, by collaboration, providing additional capital; setting up alternative management procedures and implementation skills; providing added value to the citizens and the public area; as well as providing better identification of the need and optimal use of resources.

P3s can take the form of a number of different projects: Design-Build-Finance (DBF), Design-Build-Finance-Maintain (DBFM) or Design-Build-Finance-Operate-Maintain (DBFOM). These delivery models are all governed by one performance-based agreement through which the government makes a series of payments⁵ to the private sector.⁶

both in Hodge, Greve & Boardmann, *International handbook on Public-private Partnerships*, 2010.

4. A few countries such as Poland, France and Brazil have designed specific P3 regulation. Brazil enacted a P3 act in December 2004, designed to encourage investments for desperately needed/vitally important infrastructure projects. See Law No. 11.078, D.O.U. 31 Dec., 2004 and also CV Filho and JB Lee, *Brazil's New Public-Private Partnership Law: One Step Forward, Two Steps Back*, 2005, *Journal of international Arbitration* 22(5), pp. 419-426.
5. Payments subject to a holdback provision if the obligations are not met according to the predetermined performance specifications. See *Guideline to Implementing Budget 2011 Direction on Public-Private Partnerships*.
6. All infrastructure projects creating an asset with a life span of at least 20 years, and having capital costs of \$100 million or more, will be subject to a P3 Screen to determine whether a P3 may be a suitable procurement option. Should the assessment conclude that there is P3 potential; the procuring department will be required to

The market for P3 and the co-operation between the public and private sectors for the development and operation of infrastructure for a wide range of economic activities has increased during the last ten years.⁷ Years ago, P3 arrangements were only driven by limitations in the public funds to cover the investments needed, but today P3 is also driven by the interest of increasing the quality and efficiency of public services in general. P3 contracts should be based on public needs or functions, rather than demands and concrete descriptions. Thus, P3 has been precipitated by the globalisation reflected in the public sector. The structural change has affected the public wealth:

»The welfare state can no longer regard itself as having a purely domestic role in an increasingly internationalised world where it is being forced to act more and more like a market player.«

Limited public funds, as well as efforts to increase the quality and efficiency of public services, make P3 arrangements attractive. P3s have been developed, in part, due to financial shortages in the public sector, and they have demonstrated the ability to harness additional financial resources and operating efficiencies inherent in the private sector.⁹

develop a P3 proposal among possible procurement options. See Guideline to Implementing Budget 2011 Direction on Public-Private Partnerships.

7. Governments in the EU Member States have the same problem as in the private industries - citizens in all the Member States want higher quality and better service, but wish to pay less tax. See further, Tvamø, Public-Private Partnerships from a Danish Perspective, Public Procurement Law Review, No. 3, 2006. The government's attention to the market mechanisms and the success of privatisation efforts in several countries increased the interest in P3. Companies had found ways to compete and meet consumer demand, and the governments needed to find a way to serve the citizens with higher quality and at the same time reduce taxes. See further, Pongsiri, Regulation and public private partnership, 2002, 15(6) International Journal of Public Sector Management 487-495.
8. R. Common, The East Asia region: Do public-private partnerships make sense?, in Osborne (ed.), Public-Private Partnership, 2000, p. 135.
9. P3s are often used in infrastructure projects, e.g. in sectors such as transport, public health, education and national security, and provide a wide range of public services, such as telecommunication, water plants, financial support, innovative financing, general public services, education and research. See Commission (EC), 'Guidelines for Successful Public Private Partnerships' March 2003.

I.1. Defining P3

Theoretically, a P3 is characterised as a long-term contract arrangement between a public authority and a consortium of private parties that flips the parties incentives to a more efficient structure and out put due to a significant co-operation, and aims to provide a mechanism for developing public service provision involving significant assets or services for a long period of time.¹⁰ The asset or service is entrusted to the private sector, and a part or all of the funding comes from the private sector. Consequently, the private party in a P3 holds all equity and handles the works, operation and maintenance of the project.¹¹

P3s have gotten a boost in various countries that are undergoing a process of significant economic growth.¹² Some reasons for this include that through P3 it is possible to provide additional capital; to set up alternative management procedures and implementation skills; to provide added value to the consumer and the public at large; and to provide better identification of needs and optimal use of resources, if it is possible to negotiate an efficient contract.¹³

In this paper, the definition of P3 is a: long term collaboration contract based upon an increase in shared information, flipping the incentives, total cost perspective, alternative to traditional contracting out contract and procurement, creation of dynamism, risk diversity,¹⁴ efficient use of core competencies and the creation of more value for the tax payer's money by using private funding to solve public tasks.¹⁵

10. See Green Paper on public-private partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (Green Paper), COM (2004) 327 final, 30 April 2004.

11. See Arrowsmith, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?*, 2000, 37 *Common Market Law Review*, pp. 709-737, p. 709, and Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed., 2005, p. 415. See also COM (2004) 327 final, 30 April 2004.

12. N. Pongsiri, *Regulation and public private partnership*, 2002, 15(6) *International Journal of Public Sector Management* pp. 487-495.

13. See Commission (EC), *Guidelines for Successful Public Private Partnerships*, March 2003, p. 4.

14. The distribution of risks between the public partner and the private partner is different. The risks generally borne by the public sector are transferred to the private party if this is efficient with regards to the transaction and the project.

15. Value for money means: reducing the cost and price; increasing the quality; reducing the risks and failures; improving the co-ordination; and sharing responsibility and capacity.

In the end, all of these factors can fulfill the main purpose of a P3 agreement, which is to ensure joint utility between the parties that ensure the most efficient product at the lowest price.

A P3 has more to it than just the financing element. The relationship has to build on co-operation, trust and demands, so that the parties can create the best and most efficient product.

From an inter-contractual perspective, a P3 must be based on co-operation, because the aim of a P3 is to provide a mechanism for developing a public service provision involving significant assets or services over a relatively long period of time. From an institutional perspective, a P3 focuses on turning around the parties' traditional incentives to create more and better value for the taxpayers' money,¹⁶ by, for example, basing the contract on need instead of demands.

2. EU Public Procurement Law and P3

The EU public procurement law set out the legal framework for all public procurement in both EU and Denmark, when a public project is above the thresholds explained below. The public procurement directive 2014/24/EU¹⁷ applies when public authorities seek to acquire goods, services, civil engineering or building works. Therefore, a Danish P3 will in general qualify as a »Public Contract«.

The procedure for the award of a P3 must comply with the detailed provisions of the Directive while also abiding to the rules and principles of the Treaty of the Function of the European Union: the free movement rules and the principles of transparency, equal treatment, proportionality and mutual recognition.

The EU public procurement law is based on the common market and the elimination of barriers to trade in goods between Member States, and barriers to movement in business, labour and capital. The political and economic reasoning behind the common market is based on the economic

16. See also M. Burnett, *Public-Private-Partnerships (PPP) - a Decision Maker's Guide*, 2008.

17. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

theory of comparative advantages.¹⁶ The purpose of the EU Public Procurement law is to open up the public procurement market,¹⁹ and the law applies to works and purchases made by public bodies that have set monetary thresholds.

Hence, the public procurement law in the EU is based on the fundamental principle that public contracts over the EU public procurement thresholds must be exposed to competition.²⁰ The objectives of the specific EC public procurement directives are to ensure fairness and equal treatment, better procurement practices, to open up the competition and to lower the overall prices. The basic principles of obtaining these goals include transparency, non-discrimination, equal treatment, proportionality and competition.

The 2014/24/EU directive on public procurement indicates that the EU Commission has taken into consideration that P3s have some specific characteristics with regard to the co-operation. The Commission acknowledges some degree of negotiation in the new directive besides the first priority of an open market, competition, equal treatment, elimination of corruption, transparency, non-discrimination, proportionality, effective public procurement and maintaining market interest. From a legal perspective, a more flexible approach has been requested for many years. The research literature discussed the necessity of legal support and clear rules of P3 arrangements even before the 2004/18/EF public procurement directive. Pongsiri argued, in regard to developing countries, that:

»Regulation is a key element to maintain competitive market discipline in public service provisions in developing countries. While many governments in developing countries have already signed their first demonstration public private partnership contracts must have not yet designed

18. See Krugmann and Obstfeld, *International Economics, Theory and Policy*, Addison-Wesley, 6th ed. 2003.

19. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed., 2005, p. 121. See also Arrowsmith, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?*, (2000) 37 *Common Market Law Review* pp. 709-737, p. 709 and Tvamø, *Law and regulatory aspects of public-private partnerships: contract law and public procurement law*, in Hodge, Greve and Boardman, *International handbook on Public Private Partnerships*, 2010 and Michael Burnett, *Public-Private-Partnerships (P3) - A Decision Maker's Guide*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht 2008.

20. EU Procurement Thresholds regarding Sub-Central Contracting Authorities works contracts, works concessions contracts, subsidised works contracts and all service contracts, all design contests, subsidised service contracts, all supplies contracts.

the legal and regulatory framework for monitoring the performance of private contractors and for ensuring contractual compliance.»²¹

»Regulatory systems should be established as soon as possible to define clear rules for financial performance, provide practical experiences to the staff responsible for their implementation, and provide assurance to the private sector that the regulatory system includes protection from expropriation, arbitration of commercial disputes, and respect for contracts agreements.»²²

Due to the public procurement directive 2014/24/EU, the EU Commission seems to have recognised that there is a great need for contracting authorities to have additional flexibility in choosing a procurement procedure:

»Member States should be able to provide for the use of the competitive procedure with negotiation or the competitive dialogue, in various situations where open or restricted procedures without negotiations are not likely to lead to satisfactory procurement outcomes. It should be recalled that use of the competitive dialogue has significantly increased in terms of contract values over the past years. It has shown itself to be of use in cases where contracting authorities are unable to define the means of satisfying their needs or of assessing what the market can offer in terms of technical, financial or legal solutions. This situation may arise in particular with innovative projects, the implementation of major integrated transport infrastructure projects, large computer networks or projects involving complex and structured financing,»²³

It should, however, be noted that the competitive procedure of negotiation is not possible in all cases of P3s. For works contracts, competitive procedure with negotiation cannot be used to procure standard buildings, but it is possible to use negotiation if the work includes design or innovative solutions. Moreover, the competitive procedure with negotiation could be available in cases where an open or restricted procedure results only in irregular or unacceptable tenders.²⁴

Furthermore, the public authority should observe the principles of equal treatment and transparency, in particular some minimum require-

21. N. Pongsiri, Regulation and public private partnership, (2002) 15(6) International Journal of Public Sector Management pp. 487-495, p. 490.

22. N. Pongsiri, Regulation and public private partnership, (2002) 15(6) International Journal of Public Sector Management pp. 487-495, p. 490.

23. N. Pongsiri, Regulation and public private partnership, (2002) 15(6) International Journal of Public Sector Management pp. 487-495, p. 490.

24. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, preamble 44.

ments characterizing the specific nature of the procurement and the award criteria. Their weighting must not be changed in the negotiations to guarantee equal treatment of all economic operators:²⁵

»The competitive procedure with negotiation should be accompanied by adequate safeguards ensuring observance of the principles of equal treatment and transparency. In particular, contracting authorities should indicate beforehand the minimum requirements which characterize the nature of the procurement and which should not be changed in the negotiation ...«

The EU Commission also stresses the importance of ensuring that negotiations are tools which use requires the fulfillment of specific needs. The 2014 directive does not explicitly mention P3s in the text, but P3s seem to be included in the phrase in preamble 42:

»... It has shown itself to be of use in cases where contracting authorities are unable to define the means of satisfying their needs or of assessing what the market can offer in terms of technical, financial or legal solutions. This situation may arise in particular with innovative projects, the implementation of major integrated transport infrastructure projects, large computer networks or projects involving complex and structured financing. Where relevant, contracting authorities should be encouraged to appoint a project leader to ensure good cooperation between the economic operators and the contracting authority during the award procedure.«

3. Danish P3 Law

Danish law does not include a by-law definition of P3. The public Order on P3²⁶ states in section 2 that a Governmental public building owner concerning a building subject to Act on State Construction²⁷, must consider if a construction could benefit from a P3 perspective.

According to the not legally binding guideline²⁸ to the Public Order on P3, a P3 is defined as a collaboration that includes a high private in-

25. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, preamble 45.

26. Government Order on P3 (Bekendtgørelse om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentlig byggeri) No 1179 of October 4, 2013.

27. Act on Governmental construction, Lov om statens byggevirkksomhed, No 1712 of December 16, 2010.

28. Guideline regarding P3 (2013): Vejledning til bekendtgørelse om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentligt byggeri, Oktober 11, 2013.

volvement in public construction and operation of buildings. The responsibility is flipped from the public sector to the private partner regarding the building and operation for an agreed period. Thus, the private party in a P3 agreement is in charge of the construction, financing and operation of the project, and for these services the public party pays a quarterly rent.

In 2004, the Danish Government presented the first Danish P3 political strategy. This policy statement concluded that the public sector could benefit from a market perspective and could increase its efficiency and flexibility by using the private industry to solve public tasks through P3's.²⁹ Considering the number of actual P3s in the following 10 years, the first P3 strategy did not have a significant effect on the collaboration between the public and the private sector.

In 2011, the Danish Government presented a second Danish strategy including P3.³⁰ The purpose of the second political strategy was to increase growth and productivity through competition on public tasks and services.³¹ Its objective was to facilitate collaboration among public and private parties,³² through providing more simple public procurement rules incorporated by a Danish Public procurement Act, and increasing the contracting out of public services.³³

In accordance with the EU public procurement law described above, a Danish P3 in a municipality must be procured under the EU public procurement law.³⁴ This system has not been very successful in increasing the number of P3s in Denmark, and the public sectors in other EU member states have used P3 more successfully. As an example; Great Britain has used P3, in most cases with great advantage, for more than 20 years.³⁵

29. Strategy regarding P3 (2004): *Handlingsplan for Offentlig-Private Partnerskaber (OPP)*, Regeringen, januar 2004, Økonomi- og Erhvervsministeriet.

30. Strategy regarding P3 (2011) *Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde*, Regeringen, 2011:43, Økonomi- og Erhvervsministeriet (OPS-strategien), p. 8.

31. Strategy regarding P3 (2011), p. 2.

32. Strategy regarding P3 (2011), p. 27.

33. Strategy regarding P3 (2011), p. 17.

34. Government Order on P3, (Bekendtgørelse om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentligt byggeri, No 1179 of Oktober 4, 2013), due to the act on public construction (lov om offentlig byggevirksomhed, jf. Order No 1712 of December 16, 2010, as amended by act No 623 of June 14, 2011).

35. In Great Britain, P3 is often used in construction and infrastructure projects. Some of the first P3 projects in Great Britain were arranged in 1996 by the Public Private

Due to Danish national law P3 projects are defined in the Governmental Order on P3 constructions,³⁶ section 4 as a construction that is built on the basis of a comprehensive agreement on design, construction, operation and private financing of a building in a specified number of years:

»Ved OPP-byggeri forstås et byggeri, der er opført på baggrund af en samlet aftale om design, etablering, drift og privat finansiering af en bygning i en fastsat længere årrække.«

The definition and the Governmental Order applies to the construction, rebuilding and extension of buildings and facilities associated with them, which is part of a public-private partnership when the building is: 1) constructed for use by the state, 2) financed by more than 50% loans or grants from the state or 3) constructed for the use of institutions that receive operating subsidies from the state when the grant is at least 50%.³⁷

The following table shows a list of the Danish private funded P3 projects:

4 Government P3 buildings are entered into service			6 privately financed P3 projects in progress and municipalities are entered into service			7 Government P3 buildings are constructed, concluded			P3 projects are under construction	
Project	Place	Date	Project	Place	Date	Project	Place	Date	Project	Place
Land Registration Court	Odense	April 2009	Parking location	Randers	June 2011	The High Court	Nyborg	2014	Prison	Viborg
National Archives	Copenhagen	June 2009	Daycare center	Skanderborg	April 2011	Post			Part of hospital	Odense
Tax Center	Holstebro	January 2010	Public school	Langeland	August 2008	Local Police station	Odense	2011	District Court	Svendborg
District court project (4 buildings)	Island	2010	Public school	Herring	October 2005				Hospital	Vejle
			Regional office	Aarhus	May 2011				Mus hall	Odense
			Parking location	Aarhus university	March 2010				Main police station	Odense
									Center for government office	Copenhagen

Partnership Programme, the 4PS. The 4PS was initiated by the Local Authority Association in England and Wales and has all-Party support. It was launched in April 1996 with the purpose of identifying and assisting in delivering »pathfinder« projects in key sector areas, e.g. education, social services, IT, etc. to be used as models by other local authorities. See www.4ps.gov.uk.

36. Government Order on P3 (2013).

37. The data build on The Danish Competition and Consumer Authority, Erfaringer fra de danske OPP-projekter, konkurrence- og forbrugeranalyse 04/2012, see: <http://www.kfst.dk/Offentligkonkurrence/-/media/KFST/Offentlig%20konkurrence/Undersoegelse%20af%20danske%20PPPerfaringer/Undersoegelse%20af%20Ode%20danske%20PPPerfaringer.pdf> supported with updated local data from municipalities.

The Danish Government has evaluated the above Danish P3 projects,³⁸ and the overall result is that both smaller and larger P3 projects have been successful; the cooperation has led to total economic improvements and innovative solutions, and has resulted in a higher or much higher quality of construction compared to traditional projects. With regards to delivery, the data show that the buildings were ready for use on time or earlier, and the agreed price for the project was more or less maintained.³⁹

In only four of the above shown Danish P3 projects, the municipality is the public party in the privately financed P3 project: one daycare institution and three schools. The public sector is responsible for the daycare and teaching, the private sector for building and financing.

There are several possible explanations for the low number of P3 projects in Denmark. First, it might seem as though the Danish welfare state, compared to common law countries such as USA, UK, Canada and Australia, all of which have far more P3 projects and are states that rely more on the market economy than Denmark, does not have the same need for private capital and cooperation between the public and the private. Second, it might relate to the interest rate for public authorities, as in Denmark, the interest rate for public authorities is usually defined to be below the market interest rate in the private sector. It would thus seem to be cheaper to borrow money in the public sector than in the private sector. If this is the case, the positive gains from the collaborations would have to be even higher in order to obtain a solid business case/⁰ It could also be explained by the EU public procurement rules, which demands the same procedure as in a traditional public project financed by the public sector, or by the very restrictive Danish legal interpretation of the EU public procurement law.

The purpose of the legal analysis of the French and Canadian P3 systems below is to analyze whether any lessons can be learned from these

38. The Danish Competition and Consumer Authority, *Erfaringer fra de danske OPP-projekter, konkurrence- og forbrugeranalyse* 04, 2012.

39. The Danish Competition and Consumer Authority, *Erfaringer fra de danske OPP-projekter, konkurrence- og forbrugeranalyse* 04, 2012.

40. For an alternative calculation of the public interest rate and the total social cost, see Boardman & Vining, *Assessing the economic worth of public-private partnerships* in Hodge, Greve & Boardmann, *International handbook on Public-private Partnerships*, 2010 and working paper by Ross and Yan, *Efficiency vs. Flexibility in Public-Private Partnerships*, May 19, 2013, Sauder School of Business, University of British Columbia.

systems, and if these can be transferred to a future Danish P3 legal act system.

4. The French P3 Act

France, Germany and the UK are all subject to the same procurement rules as Denmark. Nevertheless, there are significant differences between the EU Member States' national P3 laws. The reason why this section focuses only on the French rules is due to the fact that France has introduced a legally binding P3 act with the intention partly to separate P3 from other public projects as concessioner and general tender, and partly to boost the market for P3s.

According to EPEC⁴¹, the UK is the largest P3 market in the EU both in terms of value and number of projects. In 2012, Italy was the second largest P3 market in EU regarding value, and France the second largest in terms of the number of transactions closed. Both policy and legal action makes France one of the largest P3 markets in the EU.

The French P3 contract was introduced by law in 2004, and was defined as an agreement that entitled a public procuring authority to grant a private partner a global mission to design, build, maintain, operate and finance public assets and public services over the long-term, against periodic payments made by the public sector. The P3 contract that was introduced in 2004 can be used on every level of government, e.g. the State, the various layers of local government, the établissements publics, and the public bodies of private law. The 2004 P3 act (the P3-Ordonnance as amended and complemented in 2008 and 2009) states that a public authority can opt for a P3 under the P3-Ordonnance if the project is complex, urgent, or if the arrangement provides value for money - *efficience économique*.

In 2009, the Government of France created a Stimulus Package⁴² - *Plan de relance* - regarding public spending during the economic crises. This package also included several P3 initiatives. Contrary to Denmark, the

41. European P3 Expertise Centre, Market Update, 2013 p. 2.

42. Plan de relance: Des programmes de construction et d'investissement publics et privés, dans ses dispositions relatives aux contrats de partenariat - Strategy to support public infrastructure:

<http://www.plan-de-relance.fr/index.php>.

French Government chose to support this policy strategy with a set of legally binding rules and acts, several concerning P3.” Firstly, the Stimulus Package included a rule that introduced a P3 guarantee, saying that up to 80% of the cost of a project is to be awarded by the French Ministry of Economy, either as a loan or securities financed by either the signatory of the P3 contract or the bank financing of the project. The maximum aggregate amount of the project guarantee is 10 billion as stated in section 6.II and section 6.III in the French Finance act: *Loi de finances rectificative*. Secondly, the possibility to apply for co-financing was introduced. Both instruments had the aim of boosting the P3 market in France by setting up a legal and economic system that differed from the legal regimes concerning concessions *délégations de service public* and traditional legal public projects.⁴⁴

According to the Governmental Order/⁵ which implements the § 6 in the French Finance Act, a P3 is defined as a project in which the private party is responsible for the design, construction, realization and exploitation of a public infrastructure. The public authority in the contract remunerates the private party through periodic payments called »contrats de partenariat.« Furthermore, specific legal issues would by law govern P3 projects guaranteed by the State regarding contracts signed before December 31, 2010, for example:

- 1) *The beneficiary had to have an adequate solvency,*
- 2) *The project guarantee was an on-demand guarantee: independent, irrevocable, and unconditional,*
- 3) *The price of the project guarantee was fixed by the Ministry of Economy,*
- 4) *The contract, the project type, its soundness, and its tenor were taken into account in determining the price,*

43. Law No. 2009-122 of Feb. 4, 2009, Journal Officiel de la Republique Francaise, Feb. 5, 2009, p. 2032.

44. Milica Zatezalo-Falatar, Public Private Partnerships in France - State Guarantee Supports the Congested Pipeline, (2010) Columbia Journal of European Law, 16, p. 71.

45. Circulaire d'application de l'article 6 de la loi n. 2009-122 du 4 février 2009 de finances rectificative pour 2009 instituant une garantie d'Etat et de la loi n. 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, dans ses dispositions relatives aux contrats de partenariat.

- 5) *The price was composed of a fixed commission, payable at the contract signature, and*
- 6) *The guarantee could only be awarded to companies established in the European Union or the European Economic Area and the project would have to be situated in France.*

As mentioned above, France was in 2012 the second largest P3 marked in the EU measured by the number of projects. Over 60 per cent of the P3s signed had a capital value below 30 million euro. The average contract value of a local government P3 was 28 million euros, and the average contract value of a State P3 was about 315 million euros. Out of the 130 contracts signed since 2005, 103 projects were granted by local government entities, and 27 projects by the state or state entities. In terms of capital value, State P3s were much more significant than local government P3s, as State P3s represented 80 per cent of the aggregate capital value of P3s by the end of 2011. At the beginning of the current P3 initiative most P3s were granted by local authorities. In other words, the bulk of the State P3s were signed in the period 2009- 2011⁴⁶, which was during the *Plan de relance*.

5. The Canadian P3 Framework

In 2008, the Canadian Government established *P3 Canada Inc.* as a Federal Crown corporation with the main purpose of increasing the effective use of P3s in Canada. The Canadian Government wished to strengthen *P3 Canada's* role on the federal level, and *P3 Canada's* role was to support the development of P3s by providing advice and expertise to federal departments and agencies.⁴⁷

From the viewpoint of the federal Canadian Treasury Board, a well-structured P3 can deliver public infrastructure more effectively than traditional procurement projects, and there are many examples from around the world that suggests this. The private sector's expertise and the trans-

46. EPEC, 2012, France, P3 Units and Related Institutional Framework, p. 11.

47. Bordeleau, Public Private Partnership Canada and the P3 Fund: Shedding Light on a New Meso Institutional Arrangement, in Doem & Stoney (eds), *How Ottawa Spends, 2012-2013: The Harper Majority, Budget Cuts, and the New Opposition*, 2012, pp. 145-60.

fer of risk to the private sector ensure that best value is achieved, and the type of shared ownership of the infrastructure between the government and the private party guarantees that the appropriate level of public control is preserved and that the private sector is investing in the asset.⁴⁰ P3 has in Canada demonstrated:

»The ability to produce value for taxpayers in the delivery of public infrastructure. By partnering with the private sector to manage many of the risks associated with the construction, financing and operation of infrastructure projects, governments can build public infrastructure faster and at a lower cost to taxpayers«.⁴⁹

The Canadian Government supports P3 and public infrastructure opportunities because they can deliver maximum value for Canadians, stimulate the economy, create jobs, and support long-term prosperity. *P3 Canada* is given the mandate to assess federal P3 opportunities, provide advice on the execution of federal P3s, and, more generally, serve as a source of expertise and advice on P3 matters. Furthermore, it is required that all departments and agencies evaluate the potential for using a P3 procurement option for their capital projects.⁵⁰ Thus, federal P3s are normally carried out either directly by the relevant department in the government, by *P3 Canada*, or by the help from *P3 Canada*.

As the 2011 budget shows, the Canadian Government prioritises investments in public infrastructure and predicts that state-of-the-art infrastructure moves people, goods and services to the market, improves business competitiveness, and allows the economy to grow. The 2011 budget further shows that the Canadian Government supports the use of P3s in delivering infrastructure programs and projects.⁵¹

48. <http://www.p3canada.ca/federal-p3s-overview.php>.

49. Guideline to Implementing Budget 2011 - Direction on Public-Private Partnerships. In Canada, privatisation is not in general treated as procurement, and has been carried out in several different ways, both at the federal and provincial level, though some significant privatization projects have been carried out through specific statutes providing for the divestiture.

50. Budget 2011, Strengthening Canada's Public Infrastructure, Government: <http://www.budget.gc.ca/2011/plan/toc-tdm-eng.html>.

51. Budget 2011, Strengthening Canada's Public Infrastructure, Government: <http://www.budget.gc.ca/2011/plan/toc-tdm-eng.html>.

5.1. General Canadian P3 Definitions and P3 Guidelines

Canada has a federal level and a regional level of government, the latter being the provinces.⁵² The Treasury Board of Canada Secretariat⁵³ defines a P3 as a:

*»Long-term contractual relationship between a public authority and the private sector that involves the following: provision of goods or services to meet a defined output specification (i.e., defining what is required, rather than how it is to be done); Integration of multiple project phases (e.g., design, construction, operations); Transfer of risk to the private sector, which is anchored with private sector capital at risk; and a performance-based payment mechanism.«**

In Ontario, P3s are defined as »Alternative Financing and Procurement« and are managed by the Ontario Infrastructure Projects Corporation, normally through a multi-stage, public procurement process involving a request for qualifications and subsequent request for proposals process. In Quebec, P3s are carried out by Infrastructure Quebec, which follows a published policy that is generally providing for open, equitable and transparent acquisition processes, not by any general P3 law but on a case-by-case basis. In Alberta, they have a P3 framework, called »Alberta's Public-Private Partnership Framework and Guideline.« Its intention is to provide a guide for the assessment of capital projects for procuring P3s and, after the appropriate approvals, announce a capital project as a P3. The Alberta P3 Framework outlines the principles, the assessment and procurement frameworks for P3s in accordance with established practices in the provinces, and applies this framework to P3 projects that require capital and/or operating financial support from the Government of Alberta, that involve private financing, and are for the provision of capital

52. See for a mapping in regard to federal, regional and local perspective in Canada: Cinta, Changing Trends in Regional Economic Development Policy Governance: the Case of Northern Ontario, Canada, International Journal of Urban and Regional Research, Vol. 37.4, July 2013 p. 1419-1437.

53. The Treasury Board is a Cabinet committee of the Queen's Privy Council of Canada. It was established in 1867 and given statutory powers in 1869 AND IS responsible for accountability and ethics, financial, personnel and administrative management, comptrollership, approving regulations and most Regulations-in-Council, www.tbs-sct.gc.ca. See also Guideline to Implementing Budget 2011 Direction on Public-Private Partnerships:

<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=25576§ion=text>.

54. Guideline to Implementing Budget 2011 Direction on Public-Private Partnerships.

assets and associated long-term services.⁵⁵ According to section 4.1, the framework cannot anticipate every situation, and the principles can therefore only provide a general direction. When interpretation or direction is required, the Alternative Capital Financing Office in the Ministry of the Treasury Board is consulted.⁵⁶

Both at federal and provincial level, a central P3 unit (or agency) has been introduced. The P3 unit is e.g. responsible for implementing P3 guidelines, procuring the P3 project, and managing the process and evaluation of the P3. British Columbia was the first province to establish a central P3 unit, aiming at screening potential P3 projects worth over 50 million dollars.⁵⁷ In British Columbia, the central P3 unit, Partnerships BC, is a company owned by the local Government, and the unit's mandate is to promote, stimulate and help implement P3 projects - a key element in the general P3 strategy. The P3 strategy in British Columbia aims to provide affordable infrastructure that meet the needs of the public.

The definition of a P3 is according to Partnership BC:

»A public private partnership is a legally-binding contract between government and business for the provision of assets and the delivery of services that allocates responsibilities and business risks among the various partners. In a P3 arrangement, government remains actively involved throughout the project's life cycle. The private sector is responsible for the more commercial functions such as project design, construction, finance and operations.

Thus, British Columbia sees the goal of a P3 to combine the best capabilities of the public and the private sector, and with that create mutual benefits.

55. Alberta's Public-Private Partnership Framework And Guideline, Alberta Treasury Board, March 2011.

56. Alberta's Public-Private Partnership Framework And Guideline, Alberta Treasury Board, March 2011, p. 17.

57. Report: From the ground and up, Canadian opinion on Public-private Partnerships, 2004-2011, the Canadian Council for Public-Private Partnerships, p. 12.

58. An Introduction to Public Private Partnerships, Updated June 2003: <http://www.partnershipsbc.ca/index.php> and Public-Private Partnerships, A guide for Municipalities, The Canadian Council for Public-Private Partnerships, November 2011 in partnership with P3 Canada, p. 10.

5.2. Data on Canadian P3s at municipal level in 2011

P3 AREA	CURRENT STAGE	NUMBERS
Justice	Operational	1
Recreation and Culture	Operational/RFP/Preferred Proponent	8/2/1
Transportation	Operational/RFP/Under construction/ Short List	4/2/2/1
Energy	Operational	1
Environmental	Operational/RFP	13/1
Hospitals & Healthcare	Operational	1

5.3. The Canadian Public Law and Public Procurement Legislation

In regard to the binding legal public law, the provincial legislative and regulatory framework in which it operates governs a Canadian municipality. The provincial, legislative and regulatory framework is governing the procurement of P3 projects in a municipality. However, there is no uniform legislation to cover such procurement, and thus the rules can vary by sector and asset classes. Even though the public legislations are often flexible, they also have constraints and requirements that can have an impact on a P3 procedure.⁵⁹

The municipalities' own procurement policies and procedures, as well as provincial and federal laws and orders can have an impact on the procurement of a P3 in Canada, depending on whether a P3 policy is allowed, or on what assets or services can be provided by the private sector without regulatory change. For example, a provincial government can enact a single set of procurement policies for an entire province. In this case, each municipal government must establish its own procurement policy and, before embarking on a P3 program, adopt a procurement policy to guide any alternative procurement efforts to promote a consistent approach to decision-making and procurements. This includes the role of council in approving such arrangements to ensure that the public interest

59. Public Private Partnership, A guide for municipalities, The Canadian Council for Public-private Partnerships, November 2011, in partnership with P3 Canada, p. 38. See also Regimbald, Canadian Administrative Law, 2008.

remains paramount, and that good governance, accountability, transparency and value for money are maintained.⁶⁰

The P3 council provides a procurement guide that defines a procurement process in the three phases below. Each province has established similar procedures and guidelines:

- 1) *Planning and pre-procurement*
- 2) *Procurement*
 - a) *Request for Qualifications*
 - b) *Request for Proposals*
 - c) *Negotiations and Close*
- 3) *Contract Management and operations.*

Even though the public procurement framework is based on guidelines, some of the issues with the EU public procurement legislation, as described above, are also found in Canada. In order to ensure the success of a P3 it is recommended that:

- 1) *The communication strategy must be open and transparent when procuring the P3*
- 2) *Meetings must be open to the public*
- 3) *There should be transparency regarding all information, e.g. procurement method, execution of a contract transferring of staff*
- 4) *Publication of a written communications protocol should exist to inform about the public decisions.*⁶¹

In general, generating local revenues in the municipalities is regulated in the relevant provincial legislative or regulatory framework, and is limited to the imposition of property taxes. Revenues through sales or income taxes are only possible at provincial and federal level. Thus, if or when a municipality commits to pay a monthly rent for a school under a P3

60. Public Private Partnership, A guide for municipalities, The Canadian Council for Public-private Partnerships, November 2011, in partnership with P3 Canada, p. 38. In regard to contract law and construction law see Ricchetti and Murphy, Construction Law in Canada, 2010.

61. Public Private Partnership, A guide for municipalities, The Canadian Council for Public-private Partnerships, November 2011, in partnership with P3 Canada, p. 37.

agreement for instance, the payment will have to be made based on the property tax revenue.

This limitation in revenue limits the number of availability-based P3 projects a municipality can set up. Therefore, a cap on how much money a municipality can allocate to financing P3 projects could be relevant. However, this would be a local decision.⁶² It is also a local decision to set up a P3 procurement procedure at the municipality level. However, such a procedure must consider the provincial law and policy, if any, before proceeding with a P3. It must ensure that the council has approved a formal alternative procurement or P3 policy, including evaluation, approval, and prioritizing, and that the bids are consistent with provincial regulations and laws.⁶³

6. Danish Lessons to be learned from France and Canada

The lack of P3s in Denmark constitutes a risk of losing future potential wealth, innovation and competitive advantages. Comparing the Danish P3 system to that of Canada and France is feasible for several reasons. Firstly, both countries have a high number of P3s compared to Denmark. Secondly, both countries have acknowledged P3 as an alternative to a traditional contracting out. Thirdly, both countries have either similar legal systems or welfare levels as in Denmark.

In comparing Denmark to Canada, several provinces in Canada are similar to Denmark in terms of structure, welfare level and population, though the public procurement law differs from that of Denmark. In Canada, especially British Columbia, P3s are considered as an alternative to a traditional contracting out project, and the government has prioritized creating a central P3 unit.

Regarding France, the civil law legal tradition is similar to the Danish. France has the same EU law restrictions as Denmark, and therefore a legal comparison between Denmark and France can be made. Furthermore, France has used a P3 act as a legal instrument, which is a civil law legal tool that is relevant to Denmark as well.

62. Public Private Partnership, A guide for municipalities, The Canadian Council for Public-private Partnerships, November 2011, in partnership with P3 Canada, p. 39.

63. Public Private Partnership, A guide for municipalities, The Canadian Council for Public-private Partnerships, November 2011, in partnership with P3 Canada, p. 41.

France has since 2004 had a P3 strategy that has been supported with a legal P3 act, while Denmark in the same period has had a P3 strategy without the backing of a legal P3 act. In France, the original P3 act is supported by a legal financial instrument: the P3 guarantee.

Canada has a strong and focused P3 strategy at the federal, provincial and municipal level, and this strategy has resulted in a high number of P3s being created in the country. Especially one implication of the Canadian P3 is noteworthy: the selection of a P3 provides an alternative project and therefore requires an alternative legal treatment. On both the federal and provincial level, the P3 requires an alternative public procurement solution and therefore specific P3 guidelines are needed. Furthermore, both at federal and provincial level, a central P3 unit or agency carries out the P3 task, which creates a focus on optimizing the P3 procurement and process, and in turn results in reduced transaction costs, increased alertness and the breakdown of barriers.

Compared to the Canadian P3 strategy and success, it could seem as though Denmark makes a virtue of equalizing P3 with traditional public procurement projects, setting obstacles to the entrance of P3 projects through the special deposit rule. Despite the strict Danish interpretation of the EU public procurement law, there is a lack of an established central P3 unit. Canada however, is experiencing an increasing number of P3s at federal, provincial and local level, and the Canadians' support of P3s has grown steadily across all sectors since 2004.⁶⁴

The Danish Government has had a P3 strategy since 2004, but without any legal support a stand-alone P3 policy cannot be very successful. For the time, the Danish guideline-tool has shown that such a soft political instrument is not enough to ensure a large P3 market in Denmark.

A legally binding P3 act could be an alternative instrument to the current P3 policy in Denmark. Another alternative to the P3 strategy instrument is the establishment of a central P3 unit, which would be a softer tool. Through a central P3 unit, governmental, regional and local authorities in Denmark could buy P3 expertise, save governmental transaction costs, and meet the private sector with more dynamic, efficiency and P3 skills compared to that of a small Danish municipality of 20.000 citizens.

64. Report: From the ground and up, Canadian opinion on Public-private Partnerships, 2004-2011, the Canadian Council for Public-Private Partnerships, p. 13.

7. An economic Approach

This paper does not address the issues that arise due to the two parties (public/private) in a P3 contract have different utility, goals, risk, incentives, construction and transactions costs, and social functions. However, these economic conditions may have an impact on the choice of the legal support of P3's.

The initial purpose of a P3 is to set up a long-term contract arrangement between a public authority and a consortium of private parties, and in which the parties cooperate in solving a public need in an inter-contractual perspective.⁶⁵ Thus, a P3 should be based on co-operation and aim to provide a mechanism for developing public service provision involving significant assets or services for a long period of time. The asset or service is entrusted to the private sector. Hence, the private party in a P3 holds all equity and handles the works, operation and maintenance of the project. The aim of a P3 is to reduce the cost and price of the project, increase its quality, reduce its risks and failures, improve its coordination, and for the two parties to share the responsibility and capacity.

In regard to the discussion on guideline versus law and the fulfilling of the above-mentioned intentions of a P3, Vinding & Boardman provide eight rules for Governments to avoid high transaction costs and P3 failures.⁶⁶ Among several solutions, the Vinding & Boardman analysis recommends several rules that are relevant in the Danish situation and the above comparative legal analysis: establishing a transparent legal P3 system and having a central P3 unit that separate the implementation and evaluation of a P3 procurement. In regard to a P3 act, they state that:⁶⁷

65. Tvamø, Why the EU Public Procurement Law should contain Rules that allow Negotiation for Public Private Partnerships, in Ølykke, Risvig and Tvarnø (Eds), *EU Procurement directives, modernisation, Growth & innovation*, 2012. Sue Arrowsmith, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?*, (2000) 37 *Common Market Law Review*, pp. 709-737, p. 709, and Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2 ed, (2005), p. 415. See also COM (2004)327.

66. Aidan R. Vining and Anthony E. Boardman, *Private Partnerships: Eight Rules for Governments, Public Works Management & Policy*, 2008,13: p. 149.

67. Aidan R. Vining and Anthony E. Boardman, *Private Partnerships: Eight Rules for Governments, Public Works Management & Policy*, 2008,13:149, p. 156.

»If there is no credible ex ante tying of hands on transparency for the whole P3 process, the potential private partners will always chip away, claiming various special reasons for secrecy in their particular P3«.

In regard to a P3 unit, Vinding & Boardman argues that a central P3 unit ideally should:⁶⁸

»Separate the agency that (a) analyzes the desirability of projects; that is, performs an ex ante analysis of a particular project, preferably a social CBA; (b) decides which of the alternative provisioning modes to employ (government production, contracting or P3) in that project; that is, it evaluates whether a P3 would provide best social value (the lowest total social costs); (c) administers the P3 process - the agency that organizes the tendering of bids, selects the partners, makes the final decision whether to proceed with a P3 (or not) and monitors the implementation of the contract; and (d) evaluates the overall success of projects: Did the P3 provide the lowest social cost?«

8. Concluding Remarks

This paper suggests that a P3 in Denmark should be approached as an alternative model⁶⁹ that is supported with alternative procedures and legal rules, as in France and Canada.

For a decade, Denmark has had a P3 strategy that has not been supported by any legally binding rules or political strategies.

This lack of a specific Danish P3 act can create barriers for the creation of P3s in municipalities, or make P3s inefficient. The experiences from Canada and France discussed in this paper provide some suggestions of how to create a more efficient P3 regime in Denmark.

Danish policy makers might learn from this comparative analysis and from how other countries have achieved successful P3 regimes. In this paper, a comparison to France and Canada was made because of these

68. CBA means cost-benefit analysis.

69. Vining & Boardman, *Public-Private Partnerships: Eight Rules for Governments, Public Works Management & Policy*, Volume 13 Number 2, October 2008, pp. 149-161, p. 149 and Tvamø, *Why the EU Public Procurement Law Should Contain Rules that Allow Negotiation for Public Private Partnerships: Innovation Calls for Negotiating Opportunities*, in *EU Public Procurement, Modernisation, Growth and Innovation: Discussions on the 2011 Proposals for Procurement Directives*, eds Grith Skovgaard Ølykke, Carina Risvig Hansen, Christina D. Tvamø, 2012, p. 201-291.

countries' similarities to Denmark in terms of the legal and welfare systems, thus suggesting that adopting their P3 systems in Denmark would be possible.

Based on the rules and comparative analysis made above, the recommendations to the Danish Government are: to create a binding legal instrument for P3s, and to create a specific P3 Act in which a definition of P3 and how the P3 law should be applied should be included. Also, through the P3 Act the Government should establish the scope and budget of implementing a central P3 agency, recognize P3 as an alternative project that has to be treated differently from a traditional public project, and ensure that there is a match of competences among the public and private sector regarding the procuring and contracting of a P3.

Tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed eller ej?

- Fradrag for fysiske personers tab på finansielle kontrakter

Lektor Katja Dyppel Weber

Forfatteren behandler kravet om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed efter kursgevinstlovens § 32, stk. 1, 2. pkt. Afgrænsningen af bestemmelsens anvendelsesområde er relevant, da det er afgørende for, om fysiske personer har fradrag for tab på finansielle kontrakter eller ej. Med udgangspunkt i en række nyere landsskatteretskendelser behandles spørgsmålet om, hvorvidt der kan stilles krav til sikring, samt hvilken sammenhæng der skal være mellem det underliggende aktiv på den finansielle kontrakt og den erhvervsmæssige risikoeksponering.

1. Om fysiske personers fradrag for tab på finansielle kontrakter

Den skattemæssige behandling af finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstlovens (KGL) § 29 er som udgangspunkt ens *uanset formålet* med indgåelsen (hedging, spekulation eller arbitrage), således at alle gevinster og tab på finansielle kontrakter skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.¹ Denne generelle og symmetriske beskatning er

1. Jf. punkt 116 og 118 i cirk. nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10. juni 1997 (L 194).

fraveget i den forstand, at der for visse kontrakter er kildeartsbegrænset tabsfradrag.

For fysiske personer er kildeartsbegrænsning den praktiske hovedregel, hvorefter der alene er fradrag for årets nettotab på finansielle kontrakter i det omfang tabet ikke overstiger forudgående indkomstårs skattepligtige nettogevinster på finansielle kontrakter (carry-back), jf. KGL § 32, stk. 2, jf. stk. 1.² Denne kildeartsbegrænsning gælder dog ikke for tab på kontrakter, der har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, jf. KGL § 32, stk. 1, 1. pkt.³ For fysiske personer kan det således være afgørende for fradragsretten, om den finansielle kontrakt har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed eller ej.

I de seneste år har Landsskatteretten i en række kendelser taget stilling til spørgsmålet om erhvervsmæssig tilknytning.⁴ Udfaldet i alle kendelserne er, at de omhandlede kontrakter ikke anses for at have den fornødne tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed efter KGL § 32, stk. 1, hvorfor tabet således er kildeartsbegrænset og derved ikke fradragsberettiget. I denne artikel analyseres og kommenteres begrundelserne for fradragsnægtelsen.

2. Formålet med betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed

Det er ikke anført i lovebemærkningerne, hvad formålet er med kravet om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, som begrænser tabsfradragsretten på fysiske personers ikke-erhvervsmæssige kontrakter.⁵ Reg-

2. Dog ikke et tidligere indkomstår end 2002, jf. KGL § 32, stk. 2.

3. I litteraturen er dette spørgsmål specifikt behandlet i Erik Banner-Voigt og Niels Josephsen, *Hvornår er finansielle kontrakter erhvervsmæssige?*, Revision og Regnskabsvæsen, 2015, s. 1001; Jens Jul Jacobsen, *Finansielle kontrakter, beskatning, selvangivelse og rådgivning - del 2*, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, s. 397; Søren Dalby Madsen og Hans Nissen-Petersen, *Swaps - indhold, anvendelse og beskatning*, SR-Skat 2007, s. 130; Karen Leth Jensen, *Næring med finansielle kontrakter*, SR-Skat 2002, s. 319 samt Michael Juul Eriksen, *Tab på terminsforretninger - forlig - erhvervsmæssig tilknytning - kursgevinstloven § 32*, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2000, s. 593.

4. SKM 2012.175.LSR, SKM 2013.769.LSR, SKM 2013.772.LSR, SKM 2014.211.LSR, SKM 2014.462.LSR, SKM 2014.477.LSR samt SKM 2015.320.LSR.

5. Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 18, i L6-2 (vedtaget som lov nr. 394 af 6. juni 1991).

lerne om finansielle kontrakter bygger i vidt omfang på forslagene fra Optionsudvalget,⁶ hvorfor det er nærliggende at hense hertil med henblik på at identificere formålet med denne betingelse.

Selv om det ikke med sikkerhed kan udledes af Optionsudvalgets betænkning, hvad formålet med betingelsen var, følger det, at Optionsudvalget ikke anbefalede et konsekvent asymmetrisk regelsæt med beskatning af gevinster og ingen fradragsret for tab, idet sådant et regelsæt i realiteten ville nærme sig et forbud mod anvendelsen af (de nye) finansielle instrumenter.⁷ Derimod kunne udvalget nærmere forstille sig en delvis asymmetrisk beskatning, hvor gevinster var skattepligtige, medens tab kun kunne modregnes i tilsvarende gevinster. Fordelen ved denne løsning ville være, at skattekontrolproblemerne ville blive formindsket, ligesom muligheden for skattetænkning ville blive begrænset, når adgangen til tabsfradrag blev beskåret.⁸ De vedtagne regler synes at være i overensstemmelse med denne delvise asymmetriske beskatning.

Endelig anførte Optionsudvalget, at en asymmetrisk ordning ikke ville kunne påføres næringskattelig og andre erhvervsdrivende, hvorfor ordningen havde den væsentlige ulempe, at der skulle ske en afgrænsning af den kreds af skattepligtige, der som erhvervsdrivende skulle have fuld fradragsret for tab. Endvidere anførtes det, at det imidlertid ikke alene var erhvervsdrivende, der ville anvende de nye finansielle instrumenter, idet også private kunne have brug for at anvende disse instrumenter, f.eks. til porteføljepleje eller risikoafdækning af formuen.⁹ Endelig anførtes det, at der ville være betydelige vanskeligheder forbundet med en afgrænsning af den kreds, som skulle have fuld fradragsret for tab.¹⁰

Det er ikke muligt med sikkerhed at udlede, hvad formålet med betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning er. Baseret på Optionsudvalgets betænkning synes det dog at følge, at formålet med den delvist asymmetriske beskatning (kildeartsbegrænsningen) er at formindske skattekontrolproblemerne samt begrænse muligheden for skattetænkning, hvor finansielle kontrakter med tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed ikke omfattes af denne begrænsning, idet der tillades fradragsret for tab på sådanne kontrakter. Baseret på Optionsudvalgets betænkning synes hensy-

6. Betænkning nr. 1139/1988.

7. Betænkning nr. 1139/1988, s. 163.

8. Betænkning nr. 1139/1988, s. 164.

9. Betænkning nr. 1139/1988, s. 164.

10. Betænkning nr. 1139/1988, s. 165.

net med denne undtagelse at være, at netop erhvervsdrivende mv. har anvendelse for de nye finansielle instrumenter.

3. Betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed

De særlige regler om finansielle kontrakter blev oprindeligt indsat som §§ 8 C-8 G i den daværende kursgevinstlov i 1991.¹¹ Af den daværende KGL § 8 G fulgte, at der var begrænset fradragsret for tab på finansielle kontrakter for hvilke det ikke godtgøres, at kontrakten har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Selv om ordlyden af denne bestemmelse er blevet ændret flere gange, har ændringerne ikke haft materiel karakter. Betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed efter KGL § 32, stk. 2, er således en vide-reførelse af de tidligere gældende regler, hvorfor tidligere praksis på området i vid udstrækning fortsat finder anvendelse.¹² Det følger af forarbejderne til den oprindelige bestemmelse, at der ved vurderingen af, om betingelsen er opfyldt, kan tages udgangspunkt i praksis vedrørende den tidligere gældende affattelse af KGL § 6, stk. 1, hvorefter personers gevinst og tab på fordringer og gæld i fremmed valuta indgik i indkomstopgørelsen, såfremt fordringen eller gælden havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.¹³

Ud fra en almindelig ordlydsfortolkning af bestemmelsen må det lægges til grund, at kravet om erhvervsmæssig tilknytning indeholder en betingelse om, at den finansielle kontrakt vedrører en erhvervsrisiko. Dette stemmer overens med det i forarbejderne anførte eksempel, hvorefter valutaterminskontrakter, der indgås med henblik på at sikre en virksomheds tilgodehavender og leverancer, anses for at have tilknytning til er-

11. Vedtaget ved lov nr. 394 af 6. juni 1991.

12. Jf. bemærkningerne til L 194 (vedtaget ved lov nr. 439 af 10. juni 1997), hvorefter reglerne om beskatning af finansielle kontrakter i §§ 8 C-8 G næsten uændret blev overført til §§ 29-33 i en nyskreven kursgevinstlov samt bemærkningerne til KGL § 32, stk. 2, som blev ændret ved L 112 (vedtaget som lov nr. 724 af 25/6 2010).

13. Jf. punkt 157 i cirk. nr. 134 af 29. juli 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10. juni 1997 (L 194) samt bemærkningerne til den oprindelige bestemmelse i daværende KGL § 8 G indsat ved lov nr. 394 af 6. juni 1991 (L 6-2).

hvervsmæssig virksomhed.¹⁴ Ligeledes må betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning betyde, at finansielle kontrakter, som er indgået med henblik på at opnå spekulative gevinster, ikke omfattes af bestemmelsen, eftersom begrebet spekulation ikke naturligt kan rummes i begrebet tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.¹⁵

I forbindelse med revideringen af kursgevinstloven i 1997 blev der fremsat spørgsmål til KGL § 32, stk. 1. Af skatteministerens svar til Skatteudvalget følger, at det hverken er muligt eller hensigtsmæssigt at opstille sort-hvide regler for, hvornår en kontrakt kan anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, da det er umuligt på forhånd at fastlægge alle tænkelige situationer, som finansielle kontrakter (med erhvervsmæssig tilknytning) kan indgå i.¹⁶ I stedet vil der i alle tilfælde være tale om en konkret bevisvurdering, hvor skatteyder skal godtgøre, at konkrete finansielle kontrakter har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Der kan således næppe stilles standardiserede betingelser op, idet der skal foretages en konkret vurdering af den enkelte situation. Når Landsskatteretten afviser fradrag med begrundelsen om, at skatteyder ikke har godtgjort, at der eksisterer administrativ praksis for godkendelse af fradrag for tab på finansielle kontrakter af de grunde, som klagerne har påberåbt sig, er denne begrundelse formentlig alene i overensstemmelse med gældende ret, såfremt der i en enslydende situation med rette er nægtet fradrag.¹⁷

Ifølge administrativ praksis kan finansielle kontrakter anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, når kontrakten vedrører valutaudsving, renter og øvrige finansieringsomkostninger, som opstår i relation til erhvervsmæssig gæld, herunder kassekreditter, ligesom dette også gælder for valutakursudsving på omsætning mv.” Endvidere fremgår det af administrativ praksis, at gæld optaget i relation til anlægsaktiver anses for

14. Jf. punkt 157 i cirk. nr. 134 af 29. juli 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10. juni 1997 (L 194) samt bemærkningerne til den oprindelige bestemmelse i daværende KGL § 8 G indsat ved lov nr. 394 af 6. juni 1991 (L 6-2).

15. Samme afgrænsning følger også af Skatteministerens svar på spørgsmål til bestemmelsen, jf. skatteministerens svar på spørgsmål 8 til L 17 (vedtaget som lov nr. 233 af 8/4 1992). Svaret er gengivet i TfS 1992,2 SKM.

16. Jf. bilag 17 til L 194 (vedtaget ved lov nr. 439 af 10. juni 1997).

17. Se bl.a. SKM 2013.769.LSR, SKM 2014.211.LSR og SKM 2015.320.LSR.

18. Jf. bl.a. SKM 2010.841 .SR, SKM 2011.20.SR, SKM 2009.357.SR, SKM 2009.152.SR, SKM 2008.108.SR, SKM 2007.573.SR og SKM 2007.41 LSR, hvor der bl.a. blev lagt vægt på, at formålet med indgåelse af aftalen var at opnå en lavere renteudgift.

erhvervsmæssig gæld,¹⁹ hvilket må være et udtryk for, at anlægsaktiver ligeledes anses for erhvervsmæssige i denne henseende.

Når først det er fastslået, at både omsætnings- og anlægsaktiver/passiver anses for at have erhvervsmæssig karakter, opstår spørgsmålet om, hvorvidt der ligeledes stilles betingelse om, at kontrakten er indgået med henblik på sikring. Endvidere opstår spørgsmålet om, hvornår tilknytningen mellem den finansielle kontrakt og den relevante eksponering er tilstrækkelig til, at der tillades fuldt fradrag for tabet. Disse spørgsmål behandles i de følgende to afsnit.

3.1. Er der et krav om sikring?

Det fremgår som nævnt direkte af bemærkningerne, at finansielle kontrakter indgået med henblik på at *sikre* virksomhedens tilgodehavender og leverancer anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.²⁰ I vurderingen af, om kravet til erhvervsmæssig tilknytning er opfyldt, er det relevant, om det er tilstrækkeligt, at kontrakten vedrører en erhvervsmæssig disposition, eller om der stilles betingelse om, hvilken vej kontrakten vender.²¹ Med andre ord, om en disposition indgået med henblik på at reducere en disponeret erhvervsmæssig udgift kan anses for at have den fornødne tilknytning, eller om der eksisterer et eksplicit krav om risikominimering/sikring.

Sikring eller risikominimering er et udtryk for, at de erhvervsmæssige dispositioner hedges, således at sandsynligheden for uventede prisudsving minimeres, hvorimod dette ikke nødvendigvis opnås, såfremt formålet med kontrakten er en reduktion af erhvervsmæssige udgifter. Såfremt en markedsdeltager eksempelvis har indgået et fastforrentet erhvervsmæssigt lån og nu forventer, at udlånsrenten vil falde, kan der handles forskelligt, afhængigt af om der ønskes reduktion af renterisikoen eller den forventede renteomkostning. Ønskes en reduktion af renterisikoen, dvs. en minimering af risikoen for, at låneomkostninger afviger fra

19. Jf. bl.a. SKM 2010.841.SR, SKM 2008.108.SR, SKM 2007.411.SR samt SKM 2006.451.SR, hvor gæld optaget i relation til udlejningsejendomme anses for erhvervsmæssig.

20. Jf. punkt 158 i cirk. nr. 134 af 29/7 1992 som er citeret i bemærkningerne til § 32 lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194). Se ligeledes TfS 1996,539 LSR.

21. Dette spørgsmål behandles ligeledes af Jens Jul Jacobsen, Finansielle kontrakter, beskatning, selvangivelse og rådgivning - del 2, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, s. 397.

det forventede, fastholdes det fastforrentede lån.²² Ønskes det derimod at få del i dette forventede rentefald, skal der indgås en renteswap, som tillader at betale den (lavere) variable rente.²³ Hvorvidt den finansielle kontrakt resulterer i tab eller gevinst, afhænger bl.a. af, om udlånsrenten rent faktisk falder eller ej.

Skatterådet har flere gange anset swaps, som giver ret til et variabelt afkast, for at opfylde betingelsen om at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed efter KGL § 32.²⁴ Der kan bl.a. henvises til SKM2007.411.SR, som vedrører en swapaftale, som bytter en fast rente i DKK med en variabel rente i CHF. Skatterådet lagde bl.a. vægt på, at formålet med swapaftalen var at få en lavere renteudgift, idet låneoptagelse på tidspunktet normalt var billigere i Schweiz end i Danmark, hvorfor indgåelsen af swapaftalen ikke ansås for at udgøre Valutaspekulation i skatteretlig henseende. Endvidere blev der lagt vægt på, at swapaftalen hang sammen med det oprindelige (erhvervsmæssige) lån. Derimod var det ikke afgørende, at der reelt skete omlægning af lånet fra én valuta til en anden. Skatterådet bemærkede endvidere, at det ikke var et argument imod at anse swappen for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, at det oprindelige lån havde fast rente, eftersom omlægningen alene medførte, at lånet fik samme risiko som et lån med variabel rente.

Med udgangspunkt i Skatterådets afgørelser synes der ikke at kunne opstilles en betingelse om, at kontrakterne skal være indgået i sikringsøjemed, dvs. med det formål at udgøre en traditionel risikominimering. Derimod anses kontrakter, som *omlægger* en erhvervsmæssig risiko med det formål at reducere en erhvervsmæssig udgift/omkostning, ligeledes for at kunne opfylde betingelsen om at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i KGL § 32's forstand.²⁵ overensstemmelse hermed anses

22. Se ligeledes Jens Jul Jacobsen, Finansielle kontrakter, beskatning, selvangivelse og rådgivning - del 2, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, s. 397; Søren Dalby Madsen og Hans Nissen-Petersen, Swaps - indhold, anvendelse og beskatning, SR-Skat 2007, s. 130, som argumenterer for, at en ændring fra »fast til variabel« ikke kan udgøre en risikominimering.
23. Det er en forudsætning, at værdien af den reducerede rente er større end omkostningerne ved at indgå swappen og evt. senere renteudsving for, at denne disposition reducerer de samlede finansieringsomkostninger på det erhvervsmæssige lån.
24. Jf. SKM 2006.451.SR, SKM 2007.411.SR, SKM 2008.108.SR, SKM 2009.152.SR samt SKM 2011.20.SR.
25. Se også Jens Jul Jacobsen, Finansielle kontrakter, beskatning, selvangivelse og rådgivning - del 2, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, s. 397 samt Søren Dalby Mad-

terminsforretninger indgået med henblik på at omlægge et erhvervsmæssigt lån fra DEM til CHF også for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i en forliget landsretssag.²⁶

Tilsvarende fremgår det af SKATs Juridiske Vejledning, at finansielle kontrakter efter praksis kan anerkendes som erhvervsmæssige, hvis de er indgået for at stille den erhvervsdrivende, som om virksomhedens lån var omlagt til andre rentevilkår, f.eks. fra fast til variabel forrentning og/eller til en anden valuta. Det fremgår ligeledes, at en valutatermins-kontrakt, som sælges for at opnå en gevinst som følge af renteforskellen mellem valutaen på virksomhedens lån og en lavere forrentet valuta, kan anses for at have erhvervsmæssig tilknytning.²⁷

I de seneste år har Landsskatteretten ved flere lejligheder netop taget stilling til spørgsmålet om erhvervsmæssig tilknytning. I modsætning til Skatterådets tidligere afgørelser tegner Landsskatterettens kendelser et billede af, at kravet om erhvervsmæssig tilknytning indebærer en betingelse om, at den finansielle kontrakt skal være indgået med henblik på at afdække/sikre virksomhedens indtægter/udgifter eller finansielle grundlag.²⁸

SKM 2012.175.LSR vedrører en landmand, der drev landbrug samt bi-virksomhed med to udlejningsejendomme, som i henhold til rammeaftaler med sit pengeinstitut havde indgået en række valutaterminskontrakter, der gav tab. Det er oplyst, at formålet med valutaterminskontrakterne var at afdække/sikre virksomhedens finansielle grundlag samt at opnå lavere renteudgifter ved udnyttelse af rente- og valutaforskelle mellem de valutaer, som indgik i kontrakterne. Landsskatteretten anførte, at idet klageren ved indgåelse af kontrakterne pådrog sig en yderligere risiko for tab, må der stilles strenge krav til beviset for den erhvervsmæssige tilknytning til landbrugsvirksomheden. Landsskatteretten nægtede fradrag

sen og Hans Nissen-Petersen, Swaps - indhold, anvendelse og beskatning, SR-Skat 2007, s. 130.

26. Jf. TSS-cirkulære 2000-32 udsendt i forbindelse med et forlig indgået for Vestre Landsret af 21. marts 2000 (V.L. B-1664-96), tidligere TfS 1996, 539. Forliget er kommenteret i Michael Juul Eriksen, Tab på terminsforretninger - forlig - erhvervsmæssig tilknytning - kursgevinstloven § 32, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2000, s. 593.

27. Se Den Juridiske Vejledning 2015-2, C.B.I.8.4.2 samt Jan Børjesson mfl., Kurvevinstloven med kommentarer, 3. udg. 2014, s. 669 ff.

28. Jf. SKM 2012.175.LSR, SKM 2013.722.LSR, SKM 2014.211.LSR, SKM 2014.477.LSR og SKM 2015.320.LSR.

for tabene med begrundelsen om, at tab på kontrakter, der har til formål at opnå gevinst ved udnyttelse af rente- og valutaforskelle, ikke har risikoafdækning til formål og at landmanden ikke i øvrigt havde bevist, at kontrakterne faktisk var anvendt til at afdække/sikre virksomhedens finansielle grundlag.

SKM 2013.722LSR vedrører en landmand med realkreditgæld optaget i DKK, som samtidig indgik en swaptale, hvorefter han af banken modtog en variabel rente af en teknisk hovedstol i DKK mod at betale en variabel rente af en teknisk hovedstol i CHF. Han omlagde således risikoen på den erhvervsmæssige realkreditgæld og blev i relation til renten stillet, som om lånet var optaget i CHF. Landsskatteretten anførte, at efter lovbestemmelsens forarbejder indebærer kravet om erhvervsmæssig tilknytning, at det ikke er tilstrækkeligt, at kontrakten blev indgået med det formål at reducere de samlede erhvervsmæssige omkostninger ved opnåelse af en ønsket/tilstræbt gevinst på kontrakten, idet godkendelse af tab forudsætter, at kontrakten er indgået i sikringsøjemed. Baseret herpå nægtede Landsskatteretten fradrag for tabet ud fra den konkrete begrundelse om, at indgåelsen af swaptalen forøgede landmandens risiko med hensyn til kursudviklingen på CHF og renteudviklingen på det schweiziske marked.

Tilsvarende følger af SKM 2014.211.LSR og SKM 2014.477.LSR, som vedrører samme forhold. I disse kendelser nægtede Landsskatteretten fradrag baseret på begrundelsen om, at udnyttelse af rente- og valutaforskelle mellem to valutaer ikke har risikoafdækning til formål, og at skatteyderen ikke havde godtgjort, at der i det relevante skatteår eksisterede en bindende administrativ praksis, hvorefter swaps, der var indgået for at bytte en rente i DKK med en (lavere) rente i CHF, havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, selv om kontrakten ikke havde risikoafdækning til formål.²⁹

I den seneste kendelse offentliggjort som SKM 2015.320.LSR, anfører Landsskatteretten:

»Det fremgår af forarbejderne til kursgevinstloven, at det beror på en konkret vurdering, om en finansiell kontrakt har tilknytning til erhvervsvirksomheden, som kreevet i lovbestemmelsens ordlyd. Det fremgår ikke af kursgevinstlovens forarbejder eller af de cirkulærer, der blev udstedt i tilknytning til loven, at et »formål om at ændre rentedisponeringen« kan bevirke, at en firm-

29. Se ligeledes Landsskatterettens kendelse af 3. september 2013 (12-0189888).

siel kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning. Derimod omtales risikoafdækning som et formål, der kan begrunde, at en finansiel kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning».

Opsummerende fremgår det af kendelsen, at KGL § 32 må fortolkes således, at bestemmelsen hjemler fradrag for kontrakter, der afdækker/sikrer virksomhedens indtægter/udgifter eller finansielle grundlag. Endelig anfører Landsskatteretten, at det påhviler klageren at godtgøre, at kontrakter, der ikke er indgået for at afdække/sikre virksomhedens indtægter/udgifter, er erhvervsmæssige.³⁰

Det er næppe overraskende, når Landsskatteretten i SKM 2012.175.LSR nægter fradrag med den begrundelse, at indgåelse af valutaterminskontrakter med det formål at opnå lavere renteudgifter ved udnyttelse af rente- og valutaforskelle mellem de valutaer, som indgår i valutaterminskontrakterne, ikke kan anses for at opfylde kravet om erhvervsmæssig tilknytning.

Ligeledes kan det ikke anfægtes, når Landsskatteretten i SKM 2013.772.LSR udtaler, at kontrakter, der har til formål at udnytte rente- og valutaforskelle mellem to valutaer, ikke har risikoafdækning til formål. Dette er dog ikke ensbetydende med, at det virker overbevisende, når omlægning af et lån gennem indgåelse af finansielle kontrakter med henblik på at opnå en reduceret finansieringsomkostning ikke kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Endvidere er det ikke overbevisende, når Landskatteretten anfører, at det følger af lovforarbejde, at kravet om erhvervsmæssig tilknytning forudsætter, at kontrakten er indgået i sikringsøjemed.

Østre Landsret har taget stilling til anvendelsesområdet for KGL § 32, stk. 1, 1. pkt., i SKM 2015.494.0LR, hvor landsretten i sin begrundelse anfører:

»Efter bevisførelsen for landsretten findes det ikke godtgjort, at de i sagen omhandlende valutaterminskontrakter på mere end 165 mio. DKK reelt var led i en omlægning af alle de i ejendommen værende lån, der udgjorde lidt over 150 mio. DKK, hvoraf de lidt over 30 mio. DKK var i CHF, til CHF, eller at indgåelsen af valutaterminskontrakter skete med henblik på at blive stillet

30. I overensstemmelse med Landsskatterettens kendelser har Skatterådet godkendt fradrag for tab på en »rentekorridor«, som indgås for at »lægge lån om« fra variabel til fast rente med fastrenteswap, dog inden for et rentespænd i stedet for en fast rentesats. Fradraget godkendes bl.a. med den begrundelse, at en finansiel kontrakt, der har til formål at sikre virksomheden mod rentestigninger, anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, jf. SKM 2015.198.SR.

svarende til, at alle lånene var optaget i CHF. Landsretten har herved tillige lagt vægt på, at der, trods faldende restgæld, var budgetteret med en fast årlig indtægt fra valutaterminsforsretningerne, og at dette muliggjorde et positivt likviditetsmæssigt resultat.

Landsretten kan som følge heraf ~~ikke~~ lægge til grund, at tabet på valutaterminskontrakterne er omfattet af kursgevinstlovens § 32, stk. 1, 2. pkt., om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.«

Østre Landsret nægter fradrag for tabet, men tager ikke eksplicit stilling til, hvorvidt det alene er finansielle kontrakter, som er indgået med henblik på sikring, som kan opfylde betingelsen for at have erhvervsmæssig tilknytning. Baseret på det anførte kan det formentlig udledes, at såfremt skatteyder havde godgjort, at de i sagen omhandlede valutaterminskontrakter reelt var led i en omlægning af de erhvervsmæssige lån, kunne kontrakterne have været omfattet af betingelsen.

Selv om landsretten har taget stilling til spørgsmålet om erhvervsmæssig tilknytning, er anvendelsesområdet for KGL § 32 stadig uklar. I SKM 2015.320.LSR bemærkes det, at fortolkningen af lovbestemmelsens anvendelsesområde - kravet om sikring - stedse og vedvarende er kommet til udtryk i Landsskatterettens praksis. Samtidig anføres det i samme afgørelse, at det påhviler klageren at godtgøre, at kontrakter, der ikke er indgået for at afdække/sikre virksomhedens indtægter/udgifter, er erhvervsmæssige. Det udelukkes således ikke, at kontrakter der *ikke* er indgået for at afdække/sikre virksomhedens indtægter/udgifter, kan anses for erhvervsmæssige. Det er dog fortsat uklart, hvad der i givet fald skal til.

Ved gennemlæsning af de seneste kendelser fra Landsskatteretten samt Østre Landsrets dom er der to forhold, som særligt skal bemærkes. For det første er det flere gange anført som argument for fradragsnægtelse, at det af skatteyder anførte formål med indgåelsen af den eller de finansielle kontrakter - f.eks. »formål om at ændre rentedisponeringen« eller »hensigt om reducere af finansieringsomkostninger« - hverken fremgår af kursgevinstlovens forarbejder eller af de i tilknytning til kursgevinstloven udstedte cirkulærer.³¹ I stedet anføres det, at der skal foretages en konkret vurdering af situationen, ligesom det fremhæves, at netop risikoafdækning omtales som et eksempel, hvor betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning er opfyldt. Det er vanskeligt at se, hvorfor dette i sig selv er et validt argument. Dette skal ses i lyset af, at det eneste ek-

31. Se f.eks. SKM 2015.320.LSR og SKM 2015.494.0LR.

sempel, som fremhæves i forarbejderne, netop er risikoafdækning. Såfremt formålet med bestemmelsen var, at risikoafdækning/sikring var den eneste måde at opfylde betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning på, ville lovgiver næppe have anført det, som et eksempel, men derimod indskrevet det, som en eksplicit betingelse i lovens ordlyd, ligesom i KGL § 33, stk. 2, hvor dispensation for lagerbeskatning netop er betinget af, at kontrakten er indgået i sikringsøjemed.

For det andet fremhæver Landsskatteretten flere gange i sin begrundelse pkt. 60 i cirkulære nr. 120 af 9. oktober 1986 til kursgevinstloven, som omhandler spørgsmålet om tabsfradrag for valutaterminskontrakter efter SL § 4, litra f. Herefter er der alene fradrag for tab på kontrakter efter SL § 4, litra f, såfremt kontrakterne er indgået i sikringsøjemed. Det er uklart, hvad formålet er med at fremhæve denne praksis, eftersom denne praksis vedrører fortolkning af væddemålsbestemmelsen i SL § 4, litra f, som ikke finder anvendelse ved beskatning af finansielle kontrakter, efter der blev indsat særlige regler herom i kursgevinstloven.

3.2. Tilstrækkelig tilknytning

Foruden spørgsmålet om formålet med den indgåede kontrakt er det relevant at analysere, i hvilken grad der kan opstilles et eksplicit krav om sammenfald mellem den relevante erhvervsrisiko og kontraktens underliggende aktiv. Med andre ord er det ikke klart, om en finansiell kontrakt kan opfylde betingelsen om at have erhvervsmæssig tilknytning, hvis ikke kontraktens underliggende aktiv er identisk med den risiko, som søges omlagt.

Det følger af Skatterådets praksis, at der i relation til erhvervsmæssig gæld lægges vægt på, at rammen for de finansielle kontrakter er hovedstolen/ restgælden på den erhvervsmæssige gæld.³² Denne betingelse beror formentlig på et tidligere landsretsforlig, hvorefter der var fuldt fradrag for tabet, såfremt de omhandlede valutakontrakter tids- og størrelsesmæssigt var indgået i relation til omlæggelse af et erhvervsmæssigt lån og afbetalingerne herpå samt at valutakontrakterne vedrørte den valuta, det relevante lån var optaget i, og den valuta, lånet fremover skulle være i.³³ Betingelsen om, at den finansielle kontrakt skal involvere samme valu-

32. Jf. bl.a. SKM 2015.198.SR, SKM 2010.841 .SR, SKM 2011.20.SR, SKM 2009.357.SR, SKM 2007.41 l.SR og SKM 2006.451 .SR.

33. Jf. TSS-cirkulære 200-32 udsendt Vestre landsrets forlig af 21. marts 2000 (V.L. B-1664-96), tidligere TfS 1996, 539. Forliget er kommenteret i Michael Juul Eriksen,

ta, som de bagvedliggende erhvervsmæssige lån, er ligeledes anvendt i Skatterådets praksis.³⁴

Tilsvarende fremgår det af SKATs Juridiske Vejledning, at ved vurderingen af, om kontrakten har den fornødne erhvervsmæssige tilknytning, er det bl.a. relevant at se på, om den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt svarer nogenlunde til restgælden på det erhvervsmæssige lån og om kontrakten indeholder den valuta, som gælden er udstedt i. Endvidere anføres det, at såfremt kontrakten lyder på et større beløb end restgælden, løbetiden er længere end løbetiden på den bagvedliggende lån, eller hvis den valuta, gælden er udstedt i, ikke indgår i kontrakten, kan dette tale imod, at kontrakten skal anses for at være erhvervsmæssig.³⁵ Derimod taler det ikke imod, at kontrakten er erhvervsmæssig, at kontrakten kun afdækker en del af virksomhedens låneportefølje, eller at løbetiden på kontrakten er kortere end på de underliggende lån. Det oplyses, at dette skal ses i sammenhæng med, at kontrakter, der eksempelvis stiller personen svarende til, at virksomhedens lån var omlagt til fremmed valuta, indebærer en risiko. En kontrakt med en kortere løbetid, eller som kun vedrører en del af virksomhedens lån (dvs. vedrører et mindre beløb end lånet hovedstol), kan således være udtryk for en afvejning i forhold til den givne risiko.³⁶

I relation til finansielle kontrakter, der vedrører rente- og valutarisici, lægges der således vægt på, om den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt svarer nogenlunde til restgælden på det underliggende erhvervsmæssige lån, ligesom der lægges vægt på, om valutakontrakter indeholder samme valuta som den underliggende valutaeksposering. I den samlede vurdering af det konkrete forhold kan opfyldelsen af kriterierne eller mangel på samme tale for eller imod, at kontrakten er erhvervsmæssig. Der synes dog hverken i Skatterådets praksis eller i SKATs Juridiske Vejledning at være krav om, at opfyldelsen af disse kriterier er altafgørende.

Tab på terminsforretninger - forlig - erhvervsmæssig tilknytning - kursgevinstloven § 32, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2000, s. 593.

34. Jf. SKM 2011.20.SR, SKM 2009.357.SR, SKM 2008.108.SR, SKM 2007.573.SR og SKM 2015.198.SR.

35. Se Den Juridiske Vejledning 2015-2, C.B.1.8.4.2 samt Jan Børjesson mfl., Kurgevinstloven med kommentarer, 3. udg. 2014, s. 669 ff.

36. Se bl.a. SKM 2011.20.SR samt Den Juridiske Vejledning 2015-2, C.B.1.8.4.2.

Et eksempel herpå ses i et bindende svar offentliggjort som SKM 2009.152.SR, hvor en swap, som var indgået for at reducere renteomkostningerne på en erhvervsmæssig kassekredit, ansås for at have erhvervsmæssig tilknytning. Swappens hovedstol svarede til trækingsretten på kassekreditte. I afgørelsen blev der lagt vægt på, at swappen i sin helhed var afgrænset til sikring af de eksisterende erhvervsmæssige rammer, og at kassekreditteens maksimum ikke oversteg, hvad der kunne sidestilles med sædvanlig realkreditbelåning af selskabets ejendomme. Derimod var det ikke afgørende, om der i perioden var fuldt træk på kassekreditte, hvorfor trække på kassekreditte - og dermed restgælden - således kunne svinge, uden at dette påvirkede den skatteretlige behandling af swappen.

I de seneste år har Landsskatteretten taget stilling til spørgsmålet om krav til kontraktens beløbs- og tidsmæssige sammenhæng med den underliggende eksponering samt de valutaer, som kontrakten er indgået i. Disse kendelser behandles i det følgende.

Beviset for, at en finansiel kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning, påhviler den skattepligtige. Ifølge Landsskatteretten er det i denne forbindelse ikke tilstrækkeligt, at den skattepligtige har erhvervsmæssig gæld, og at den tekniske hovedstol på kontrakten beløbsmæssigt holder sig inden for (rest)gælden, jf. SKM 2012.175.LSR og SKM 2013.772.LSR. At en finansiel kontrakt ikke er erhvervsmæssig, alene fordi den tekniske hovedstol beløbsmæssigt holder sig inden for den skattepligtiges restgæld, må naturligvis anses for korrekt, idet der skal foretages en konkret vurdering af, om kontrakten har erhvervsmæssig *tilknytning*.

I SKM 2012.175.LSR nægtede Landskatteretten fradrag for tab på de konkrete kontrakter, fordi der ikke var beløbsmæssig sammenhæng mellem værdien af kontrakterne og den underliggende gæld. I denne vurdering anså Landsskatteretten finansielle kontrakter, der var indgået samtidig, som værende samlet under ét (i modsætning til enkeltvis). Dette var relevant, fordi kontrakterne hver for sig næsten havde samme hovedstol som gælden, men tilsammen havde en hovedstol, der var næsten dobbelt så stor som gælden. I sin begrundelse udtalte Landskatteretten, at:

»Det er i øvrigt ikke godtgjort, at der er en indre og direkte sammenhæng mellem kontrakterne og den erhvervsmæssige gæld, som kontrakterne skal af dække sikre.«

Baseret på denne udtalelse synes der at være en anerkendelse af, at der kan være en indre og direkte sammenhæng mellem den finansielle kon-

trakt og den erhvervsmæssige eksponering, Selv om denne sammenhæng ikke nødvendigvis fremstår klar for enhver.

Spørgsmålet om sammenhængen mellem valutakontrakter og den relevante valutaeksponering har Landsskatteretten bl.a. taget stilling til i SKM 2014.211.LSR. Her anføres det, at gæld i EUR ikke kan indgå ved vurderingen af, om den tekniske hovedstol på en swap i DKK overstiger restgælden på det oprindelige lån. Begrundelsen er, at EUR i relation til kursgevinstlovens regler er en fremmed valuta, og at der i forhold til et lån i DKK er en kursrisiko på et lån i EUR. I denne kendelse anerkender Landsskatteretten således ikke, at der er en indre og direkte sammenhæng mellem EUR og DKK. Den skattepligtige anmodede om genoptagelse af sagen, hvilket dog blev nægtet, hvorfor sagen nu er indbragt for domstolene.

I genoptagelsessagen (SKM 2014.462.LSR) anførte Landskatteretten dog, at retten er enig i, at sondringen mellem DKK og EUR er uden betydning for opgørelsen af gevinster og tab på finansielle kontrakter. Ved stillingtagen til om en finansiell kontrakt har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, er det således ikke valutaen i den underliggende gæld, der er afgørende, men om den finansielle kontrakt afdækker det underliggende lån. Det blev endvidere bemærket, at det har betydning, om valutaerne i swappen svarer til valutaerne i de underliggende lån, ligesom det har betydning om betalingerne og betalingsterminerne i swappen og det underliggende lån følges ad - om end der ikke kan kræves fuldstændig sammenhæng. Herefter blev det præciseret, at når Landsskatteretten i SKM 2014.211.LSR udtalte, at gælden i EUR ikke kunne indgå ved vurderingen af, om den tekniske hovedstol oversteg restgælden på det oprindelige lån på indgåelsestidspunktet, skyldtes det således primært, at det nye lån først blev optaget efter indgåelsen af swappaftalen.

Det kan formentlig udledes heraf, at Landsskatteretten mener, at sondringen mellem DKK og EUR er uden betydning for opgørelse af gevinst og tab på finansielle kontrakter, og derfor ikke længere mener, at EUR skal anses for en fremmed valuta i denne sammenhæng. Denne ændrede opfattelse må anses for korrekt, eftersom det er vanskeligt at finde belæg for, at en renteeksponering i EUR ikke kan anses for at blive hedget/afdækket via en renteswap i DKK og vice versa. Dette skal ses i lyset af, at det er almindeligt anerkendt inden for finansiering, at hedging ikke nødvendigvis behøver at involvere samme aktiv som den eksponerede

risiko, eftersom det er muligt at hedge en risiko, såfremt to underliggende aktiver korrelerer.³⁷ Når der henses til fastkursaftalen og det forhold, at det reelle udsving på kursen mellem EUR og DKK de seneste 10 år kun har været ca. 0,5 %, kan en renteswap i DKK afdække renterisikoen på gæld i EUR og omvendt. Dette skyldes, at fastkursaftalen medfører, at også renteudsvinget mellem den danske rente og Euro-renten er begrænset til et minimum.

Tilsvarende må finansielle kontrakter, som ikke udgør valutakontrakter, kunne anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, selv om den indgåede kontrakt ikke udgør et fuldstændigt match til den eksponering, som kontrakten vedrører. Dette skal ses i lyset af Landsskatterettens bemærkning, hvorefter det har betydning, om betalingerne og betalingsterminerne i swappen og det underliggende lån følges ad, om end der ikke kan kræves fuldstændig sammenhæng. Det er dog uklart, i hvilket omfang der stilles krav til sammenfald mellem den relevante eksponering og kontraktens underliggende aktiv.

Dette er eksempelvis relevant, når der skal afdækkes renter på FI-lån, eftersom der ofte vil være forskel mellem referencerenten (swappens rente) og den rente, som ønskes afdækket (renten på lånet). Årsagen er, at prisfastsættelsen på renteswaps foretages ud fra pengemarkedsrenten (eksempelvis Cibor), og prisfastsættelsen på realkreditlån foretages ud fra obligationsmarkedet. Selv om man ønsker at minimere forskellen mellem referencerenten og den rente, som ønskes afdækket, er det således ikke altid muligt eller hensigtsmæssigt at lave et fuldstændigt match.

Hvorvidt en finansiell kontrakt anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, når kontrakten ikke udgør et fuldstændigt match til den underliggende eksponering, er endvidere relevant i den situation, hvor en virksomhed ønsker at reducere prisusikkerheden på en unik vareleverance, men hvor det ikke er muligt at indgå en finansiell kontrakt, som netop vedrører denne specifikke vareleverance. Såfremt prisen på den unikke vareleverance korrelerer med prisen på et standardprodukt, kan virksomheden reducere prisusikkerheden ved at indgå en finansiell kontrakt, som vedrører det korrelerede standardprodukt.

I kølvandet på spørgsmålet om sammenhængen mellem den relevante eksponering og kontraktens underliggende aktiv følger spørgsmålet om, i hvor høj grad den *indre og direkte sammenhæng* mellem kontrakterne og

37. Se f.eks. John. C. Hull, *Fundamentals of Futures and Options Markets*, Pearson Prentice Hall, 6. udg. 2008, s. 56 ff.

den erhvervsmæssige eksponering anerkendes. Dette spørgsmål er også relevant i relation til kravet om, at den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt skal svare nogenlunde til restgælden på den skattepligtiges erhvervsmæssige gæld.

Ved indgåelse af renteswapaftaler er det vigtigt at forstå sammenhængen mellem de enkelte variable.³⁸ På en traditionel *vanilla* renteswap, som bytter en fast mod en variabel rente, er det primære risikoelement renterisikoen, hvor Løbetiden og den nominelle hovedstol indgår som variable i målingen af graden af renterisikoen. Renterisikoen er direkte proportional med hovedstolen. For renteswaps med kortere løbetid kan rentefølsomheden også være nogenlunde proportional med løbetiden. Lidt forregnet betyder dette, at en renteswap med en løbetid på 10 år har en dobbelt så høj følsomhed over for renteudsving som en renteswap på 5 år. Vælger man således, at afdækningen skal ske med en 5-årig renteswap, skal den nominelle hovedstol på denne swapaftale således være dobbelt så stor for at opnå samme rentefølsomhed som ved at indgå en 10-årig renteswap. Denne sammenhæng kan nødvendiggøre, at swappens nominelle størrelse overstiger den konkrete gældsforpligtelse, hvis den ønskede risikoafdækning skal opnås. I det tilfælde, hvor man ønsker at lave et perfekt match, vil der, afhængig af den tidshorisont, som sikringen betragtes over, være »et hul« i afdækningen over tid, såfremt der ikke er sammenfald mellem løbetiden på swappen og gælden. Når renteswapaftaler med kortere løbetid anses for de i markedet mest hensigtsmæssige til at opnå den ønskede risikoafdækning, kan indgåelsen heraf - frem for swaps med lang løbetid - være det mest hensigtsmæssige, uanset om afdækningen ikke udgør et perfekt match.

Denne finansielle sammenhæng bør også anerkendes i skatteretlig henseende, når det skal vurderes, om renteswapaftalerne kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, da det afgørende må være, om renteswapaftalerne afdækker renterisikoen på de underliggende lån. Der synes således ikke at være støtte i de foreliggende retskilder til, at skattelovgivningen kan forhindre en sådan almindeligt forekommende metode til risikoafdækning. I modsat fald vil skattereglerne som følge af skattemyndighedernes fortolkning modvirke et velfungerende finansielt marked, idet almindelige finansielle sammenhænge ikke aner-

38. Se bl.a. Bjame Astrup Jensen, *Rentesregning*, 6. udg. 2013, kapitel 9 og 10 samt Jørgen Just Andersen, *Finansielle derivater*, 1. udg. 2015, kapitel 6.

kendes, med den konsekvens at finansielle kontrakter, som kan anvendes til samme formål ikke underlægges den samme skatteretlige behandling.

At det næppe har været hensigten at opstille for restriktive betingelser, hvor skatteretten ikke anerkender almindelige finansielle sammenhænge, fremgår af skatteministerens svar til Skatteudvalget. Her anføres det bl.a., at eftersom det er umuligt på forhånd at fastlægge alle tænkelige situationer, finansielle kontrakter kan indgå i, er det heller ikke hverken muligt eller hensigtsmæssigt at opstille sort-hvide regler for, hvornår en kontrakt kan anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, og hvornår der ikke kan anses at foreligge erhvervsmæssig tilknytning.³⁹

Denne finansielle sammenhæng anerkendte Landsskatteretten i SKATM-2003-18-06 LSR, som er offentliggjort af Dansk Landbrugsråd - givning. Om baggrunden for renteswapaftalen var det i sagen oplyst, at:

»Swapaftalen havde en større teknisk værdi end lånet, fordi den skulle modsvare rentefølsomheden på realkreditlånet. Det fremgår således, at swapaftalen var konstrueret med henblik på, at A's gevinst eller tab på swapaftalen pr. 1. juli 1998 skulle modsvare en fordyrelse eller billiggørelse af realkreditlånet i forhold til gældende rentevilkår pr. 1. februar 1996. Swapaftalen fungerede således som en rentesikring af det nye lån. Når swapaftalen var indgået med et beløb på 25 mio. kr., skyldtes det, at en swapaftale kun kan indgås med en løbetid på op til 10 dr. Swapaftalen ville derfor pr. 1. juli 1998 have en restløbetid på 7 Vår. Af hensyn til formålet med konstruktionen var det derfor nødvendigt at foretage tilretning af beløbet på swapaftalen i forhold til lånebeløbet. Derved blev der sammenhæng mellem gevinst og tab på swapaftalen på den ene side og udviklingen i renten på det 20-årige realkreditlån på den anden side.

Da swapaftalen havde en lav rentefølsomhed på 3,0, og et 20-årigt obligationslån havde en høj rentefølsomhed på 7,2 pr. 1. februar 1996, svarede det til, at rentefølsomheden på obligationslånet var ca. 2,4 gange højere end rentefølsomheden på swapaftalen. Beløbet på swapaftalen på 25 mio. kr. var risikoafdækning af den højere rentefølsomhed på obligationslånet.«

Landsskatteretten udtalte på denne baggrund, at:

»Retten finder, at tabet ved renteswapaftalen ud fra det oplyste, herunder formålet med renteswapaftalen var at sikre renten på det fremtidige realkreditlån i den erhvervsmæssige udlejningsejendom, må anses for at have den fornødne erhvervsmæssige tilknytning til A's udlejningsvirksomhed. Retten finder derfor, at tabet herpå vil være fradragsberettigede efter kursgevinstlovens §§ 8 C og 8 G.«

39. Bilag 17 til L 194 vedtaget som lov nr. 439 af 10. juni 1997.

Endvidere kan det udledes af en kendelse offentliggjort som LSRM 1983.70, at betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning formentlig ikke skal fortolkes restriktivt. I LSRM 1983.70 blev der taget stilling til, om en gæld havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i henhold til dagældende KGL § 6, stk. 1.⁴⁰ LSRM 1983.70 ansås en skatteyder for berettiget til det fulde fradrag for tab på et lån, der var anvendt til køb af en flyvemaskine, som blev brugt 55 % erhvervsmæssigt og 45 % privat. Retten fastslog således, at hele tabet på gælden havde tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed, uanset at flyvemaskinen også blev benyttet privat. Selv om der ikke efter dagældende KGL § 6 skulle sondres mellem afdækning og spekulation, kan det alligevel udledes, at betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning ikke blev fortolket restriktivt.

I SKM 2012.175.LSR nægtede Landsskatteretten fradrag netop fordi, skatteyder ikke havde godtgjort, at der var en indre og direkte sammenhæng mellem kontrakterne og den erhvervsmæssige gæld. Herved åbnede Landsskatteretten således op for, at en kontrakt kan anses for erhvervsmæssig, såfremt skatteyder godtgør en sådan indre og direkte sammenhæng. Endvidere fremgår det både af Skatterådets praksis og SKATs Juridiske Vejledning, at kriteriet om beløbs- og tidsmæssig sammenhæng ikke er alt afgørende men taler for (eller imod) erhvervsmæssig tilknytning. Uanset dette er der ikke siden SKATM-2003-18-06 LSR offentliggjort en eneste afgørelse, hvor skatteyder har indgået en finansiell kontrakt, som enten beløbs- eller tidsmæssig overstiger den erhvervsmæssige gæld, og hvor kravet om erhvervsmæssigt tilknytning anses for opfyldt.

I vurderingen af, om den indgåede kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning, bør man antagelig skulle se på den økonomiske sammenhæng, f.eks. i relation til prisdannelsen mv. Sådanne kontrakter må efter en konkret vurdering kunne have erhvervsmæssig tilknytning, hvis der er en tilstrækkelig sammenhæng mellem værdiudsving på kontrakten og den relevante erhvervsmæssige risiko. Betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning i KGL § 32, stk. 1, bør således ikke kun kunne opfyldes, såfremt der indgås finansielle kontrakter, der udgør et fuldstændigt match til den underliggende erhvervsrisiko. En sådan betingelse ville medføre, at indgåelsen af de mest likvide standardiserede finansielle kontrakter ville blive underlagt en ringere skattemæssig behandling, idet de mest likvide stan-

40. Det fremgår af forarbejderne til KGL § 32, at der i vurderingen af, om en finansiell kontrakt har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, kan tages udgangspunkt i den hidtidige praksis vedrørende afgrænsningen i den gældende KGL § 6, stk. 1.

dardiserede finansielle kontrakter selvsagt ikke altid udgør et fuldstændigt match til den konkrete erhvervsrisiko.

4. Opsamlende refleksioner

Det beror på en konkret bedømmelse, om en finansiell kontrakt kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Når det ikke fremgår af bestemmelsens ordlyd, hvad der specifikt menes med tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, skal vurderingen foretages med udgangspunkt i de øvrige retskilder, herunder lovforarbejderne og (administrativ) praksis. Den konkrete vurdering foretages med udgangspunkt i de konkrete forhold, som kendetegner den enkelte skatteydere forhold.

Det er indiskutabelt, at formålet med at indgå renteswapaftaler med henblik på at omlægge risikoprofilen på et lån med variabel rente til en fast rente anses for at være en afdækning af renterisikoen på den underliggende gæld. Mindre klart er det dog, om indgåelse af en finansiell kontrakt med henblik på omlægning af et erhvervsmæssigt lån kan opfylde betingelsen, når formålet ikke har været sikring. Baseret på bestemmelsens ordlyd samt forarbejderne hertil er der ikke noget, som forhindrer, at en sådan omlægning kan rummes i betingelsen. Ikke desto mindre har Landsskatteretten med sine seneste kendelser tilkendegivet, at der stilles strenge krav til beviset for erhvervsmæssig tilknytning, når den finansielle kontrakt ikke er indgået med henblik på sikring. Det er uklart, hvordan skatteyder kan løfte denne bevisbyrde, og i praksis synes Landsskatterettens kendelser at medføre, at det alene er finansielle kontrakter indgået med henblik på sikring, som kan anses for at have tilstrækkeligt tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, som anført i KGL § 32.

Det synes ligeledes at følge af Landsskatterettens kendelser, at der stilles store tids- og størrelsesmæssige krav til sammenhængen mellem den finansielle kontrakt og den erhvervsrisiko, som kontrakten vedrører. Landsskatteretten synes dog at anerkende, at skatteyder kan godtgøre, at der er en indre og direkte sammenhæng mellem kontrakterne og den erhvervsmæssige gæld - selv om der ikke er et fuldstændigt match mellem kontrakten og den eksponering, som kontrakten vedrører. Det er dog ikke klart, hvad der skal til.

Hensigten bag afgrænsningen af KGL § 32 synes at være at forhindre fradrag for tab på rendyrkede spekulationsarrangementer. Derimod er

hensigten ikke at undergive reelle økonomiske dispositioner en ringere skattemæssig behandling og ej heller at forhindre, at der kan anvendes standardiserede finansielle kontrakter til brug for risikoafdækning. Der er ej heller støtte nogetsteds for, at helt almindeligt forekommende risikoafdækningsforretninger skal underlægges en så restriktiv skattemæssig behandling, at det reelt umuliggøres at foretage en fornuftig risikoafdækning. Der appelleres derfor til, at skattemyndighederne og domstolene i højere grad løsriver sig fra generelle kriterier og i stedet foretager en egentlig konkret vurdering af de enkelte forhold, hvor der i højere grad tages højde for den finansielle sammenhæng mellem den finansielle kontrakt og den erhvervsmæssig eksponering.

Endnu en omgang i ringen for voldgiftsundtagelsen i Domsforordningen

Ph.d.-stipendiat Louise Hauberg Wilhelmsen

Voldgift har været undtaget fra Domsforordningens anvendelsesområde lige siden vedtagelsen af Domskonventionen i 1968. EU-Domstolen har gennem sin praksis søgt at klarlægge rækkevidden af voldgiftsundtagelsen, ligesom denne var genstand for omfattende drøftelser samt delvis revision i forbindelse med revisionen af Domsforordningen. I løbet af de seneste år har fortolkningen af voldgiftsundtagelsen i Domsforordningen således været taget op til genovervejelse både af EU-Domstolen og af EU som lovgiver. Forfatteren søger at afdække voldgiftsundtagelsens rækkevidde efter revisionen af Domsforordningen samt den nyeste retspraksis fra EU-Domstolen.

1. Domsforordningen og voldgift

Domsforordningen regulerer domstolenes internationale kompetence og gensidig anerkendelse og fuldbyrdelse af domme mellem medlemsstaterne.¹ Domsforordningen blev oprindeligt vedtaget i 1968 mellem de daværende EF-medlemsstater som en konvention, og først i 2002 blev konventionen omdannet til en forordning.² I 2012 blev den revideret Domsforordning vedtaget, som trådte i kraft den 15. januar 2015.³

Danmark tiltrådte i 1978 Domskonventionen, som blev gennemført i dansk ret ved Domskonventionsloven i 1986/ Da Domskonventionen

1. Jf. forordning 44/2001/EF.

2. Jf. konventionen af 27. september 1968 med senere ændringer.

3. Jf. forordning 1215/2012/EU.

4. Jf. lov nr. 325 af 4. juni 1986.

blev omdannet til en forordning i 2002, stod Danmark pga. det retlige forbehold uden for Domsforordningen. Danmark indgik imidlertid en parallelaftale med Kommissionen og de øvrige EU-medlemss tater, som indebærer, at Domsforordningen alligevel gælder i Danmark.⁵ Domsforordningen er gennemført i dansk ret i Domsforordningsloven, som blev ændret i 2013 for at tilgodese de ændringer, som den reviderede Domsforordning medførte.⁶

Voldgift er et af de områder, som i medfør af art. 1(2) i Domsforordningen er undtaget fra forordningens anvendelsesområde. Voldgift var også undtaget fra Domskonventionens anvendelsesområde.⁷ Voldgiftsundtagelsen blev videreført i den reviderede Domsforordning, dog blev der i forbindelse med revisionen af forordningen vedtaget en ny betragtning 12 og en ny art. 73(2), som kan have indflydelse på fortolkningen af voldgiftsundtagelsen.

Nærværende artikel vil for det første redegøre for fortolkningen af voldgiftsundtagelsen, som denne er udtrykt i forarbejderne til Domskonventionen og i retspraksis fra EU-Domstolen (2). Herefter vil de mulige konsekvenser af ændringerne foretaget i den reviderede Domsforordning blive analyseret (3). Derudover vil den nyeste dom fra EU-Domstolen om emnet, *Gazprom*,⁸ blive analyseret (4). Slutteligt vil fortolkningen af voldgiftsundtagelsen efter revisionen af Domsforordningen og *Gazprom*-sagen blive diskuteret (5).

2. Den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen

Som nævnt blev voldgiftsundtagelsen fastholdt, da Domskonventionen blev omdannet til en forordning i 2002. Der er derfor ikke bidrag til fortolkningen af voldgiftsundtagelsen i forarbejderne til Domsforordningen. Imidlertid har EU-Domstolen tilkendegivet, at hvis bestemmelserne i Domsforordningen er de samme som bestemmelserne i Domskonventionen, så skal de fortolkes ens.⁹ Derfor kan det konkluderes, at forarbejder-

5. Jf. Ra'dets afgørelse 2006/325/EF.

6. Jf. lov nr. 1563 af 20. december 2006 og lov nr. 518 af 28. maj 2013.

7. Jf. art. 1(4).

8. EUD, Sag C-536/13 (*Gazprom*).

9. Jf. EUD, Sag C-167/08 (*Draka NK Cables Ltd, AB Sandvik International, VO Sem-bodja BV, Pare Healthcare International Ltd v. Ognipol Ltd*) præmis. 20; Sag C-

ne til Domskonventionen, dvs. de forklarende rapporter til konventionen,¹⁰ og retspraksis fra EU-Domstolen vedrørende voldgiftsundtagelsen i konventionen også kan anvendes i forhold til voldgiftsundtagelsen i Domsforordningen.

2.1. De forklarende rapporter

Historisk set kan voldgiftsundtagelsen forklares med henvisning til de allerede eksisterende international konventioner på tidspunktet for Domskonventionens vedtagelse. I 1968, da Domskonventionen blev vedtaget, eksisterede New York-konventionen fra 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser¹¹ således allerede.¹²

De forklarende rapporter til Domskonventionen indeholder derudover bidrag til fortolkningen af voldgiftsundtagelsen. Rapporterne eksemplificerer således, hvilke voldgiftsrelaterede domstolsprocedurer, der er udelukket fra konventionens anvendelsesområde, f.eks. udpegningen eller afskedigelsen af en voldgiftsdommer, domme om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser samt domme som tilsidesætter en voldgiftskendelse som ugyldig.¹³

Rapporterne konkluderer også, at det afgørende for, om en tvist falder inden for Domskonventionens anvendelsesområde, eller er ekskluderet

189/08 (Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA) præmis. 18 og C-292/08 (German Graphics Graphische Maschinen GmbH v. Alice van der Schree) præmis 27.

10. P. Jenard, Rapport om konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager. EFT 1979 C 59, s. 1 ff; P. Schlosser, Rapport om konventionen af 9. oktober 1978 om kongeriget Danmark, Irlands og Det forenede kongerige Storbritanniens og Nordirlands tiltrædelse af konventionen om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, samt protokollen om Domstolens fortolkning af denne konvention. EFT 1979 C 59, s. 71 ff. og D.I. Evrigenis and K.D. Kerameus, Rapport om Den hellenske Republiks tiltrædelse af EF-konventionen om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager. EFT 1986, C 298, s. 1 ff.

11. New York-konventionen af 10. juni 1958, UNTS, Vol. 330,3.

12. Jf. Jenard Rapport, supra n. 10, s. 13.

13. Jf. Jenard Rapport, supra n. 10, s. 13 og Schlosser Rapport, supra n. 10, afsnit 64-65.

som følge af konventionens art. 1, er, om tvistens genstand falder inden for konventionens anvendelsesområde.¹⁴

2.2. Retspraksis fra EU-Domstolen

I 1991 afsagde EU-Domstolen i *Marc Rich*-sagen sin første dom om voldgifts undtagelsen i Domskonventionen.¹⁵ Sagen drejede sig om køb og salg af råolie mellem selskaberne Marc Rich og Impianti. Ifølge Marc Rich var råolien stærkt forurenset, hvorfor Marc Rich søgte erstatning fra Impianti. Impianti anlagde herefter sag mod Marc Rich i Italien med påstand om ikke at være ansvarlig for forureningen. Imens søgte Marc Rich sagen løst ved voldgift og anlagde derfor sag mod Impianti i London med henblik på at få de engelske domstole til at udpege en voldgiftsdommer. Sagen for EU-Domstolen drejede sig om, hvorvidt retssagen, som verserede i London, faldt inden for Domskonventionens anvendelsesområde.

EU-Domstolen fandt, at voldgiftsområdet som helhed, herunder sager indbragt for de nationale retter, var undtaget fra konventionens anvendelsesområde.¹⁶ Herudover udtalte EU-Domstolen, at det afgørende for, om en retssag eller en dom faldt inden for konventionens anvendelsesområde, var, om sagens genstand faldt inden for anvendelsesområdet for konventionen eller ej.¹⁷ EU-Domstolen konkluderede således, at en sag om udpegning af en voldgiftsdommer, som den der verserede i London, ikke faldt inden for konventionens anvendelsesområde, og at dette var tilfældet, selvom en domstol skulle tage stilling til et præjudicielt spørgsmål, inden den kunne tage stilling til hovedspørgsmålet.¹⁸

EU-Domstolen gentog sit ræsonnement i *Van IMen*-dommen fra 1998.¹⁹ Van Uden havde til trods for en voldgiftsaftale anmodet de hollandske domstole om foreløbige retsmidler imod Deco-Line. EU-Domstolen gentog således, at hensigten med at udelukke voldgift fra Domskonventionens anvendelsesområde havde været at udelukke hele voldgiftsområdet, men fandt, at de foreløbige retsmidler i *Van L/den*-sagen faldt inden for konventionens anvendelsesområde, da genstanden for kravet om forelø-

14. Jf. Jenard Rapport, supra n. 10, s. 10 og Evrigenis og Kerameus Rapport, supra n. 10, afsnit 35.

15. EUD, Sag C-190/89 (Marc Rich).

16. Ibid., præmis 18.

17. Ibid., præmis 26.

18. Ibid., præmisser 28-29.

19. EUD, Sag C- 391/95 (Van Uden).

bige retsmidler angik et spørgsmål, som var omfattet af konventionens anvendelsesområde.²⁰

Efter *Van Uden-dommen* skulle der gå mere end 10 år, inden EU-Domstolen igen tog stilling til rækkevidden af voldgiftsundtagelsen, denne gang i *West Tankers-dommen*.²¹

West Tankers drejede sig om skader forårsaget på en mole i Italien af et skib ejet af West Tankers og chartret af Erg Petroli SpA (Erg). Erg opnåede erstatning fra sit forsikringsselskab, Allianz and Generali, og anlagde samtidig voldgiftssag i London mod West Tankers for den del af skaden, som ikke var dækket af forsikringen. Allianz og Generali anlagde sag i Italien mod West Tankers med påstand om godtgørelse af de beløb, som de havde betalt i erstatning til Erg. West Tankers bestred den italienske domstols kompetence på baggrund af voldgiftsaftalen og anlagde sag i England med henblik på at opnå en kendelse om, at sagen skulle behandles ved voldgift, og et forbud mod, at Allianz og Generali lod nogen anden ret end voldgiftsretten behandle tvisten (en såkaldt »*anti-suit injunction*«). EU-Domstolen blev bedt om at tage stilling til, hvorvidt en *anti-suit injunction* som den i sagen omhandlede var i strid med Domsforordningen.

EU-Domstolen gentog indledningsvist, at det var sagens genstand, som var afgørende for, om tvisten faldt inden for anvendelsesområdet for Domsforordningen.²² Domstolen fandt i den henseende, at sagen i London om udstedelse af en *anti-suit injunction* ikke faldt inden for forordningens anvendelsesområde.²³ Domstolen gik dog videre og fastslog, at selvom retssagen i London ikke var omfattet af forordningen, kunne denne ikke desto mindre have konsekvenser, som var til skade for forordningens effektive virkning, derved at den kunne forhindre en domstol i en anden medlemsstat i at udøve de beføjelser, som den var tillagt i medfør af forordningen.²⁴

EU-Domstolen konkluderede således i *West Tankers-dommen*, at *anti-suit injunctions* udstedt af en domstol i en medlemsstat til fordel for voldgift var i strid med Domsforordningen. Domstolen udtalte således, at en *anti-suit injunction* indebar, at den domstol, som havde kompetence i

20. Ibid., præmisser 31-34.

21. EUD, Sag C-185/07 (*West Tankers*).

22. Ibid., præmis 22.

23. Ibid., præmisser 22-23.

24. Ibid., præmis 24.

medfør af forordningen, blev frataget retten til at udtale sig om sin egen kompetence i medfør af forordningen.²⁵ Derudover fandt Domstolen, at en anti-suit injunction var i strid med princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaternes retssystemer, retsinstitutioner og domstole.²⁶ Endelig fandt EU-Domstolen, at en anti-suit injunction kunne forhindre den part, som anså voldgiftsaftalen for ugyldig, i adgang til den almindelige domstol, som havde kompetence i medfør af forordningen.²⁷

2.3. Den dominerende fortolkning

På baggrund af de forklarende rapporter samt EU-Domstolens retspraksis kan det konkluderes, at den dominerende fortolkning af Domsforordningen er, at det afgørende for, om forordningen finder anvendelse, er genstanden for retssagen eller dommen. Hvis genstanden falder inden for Domsforordningens anvendelsesområde, finder forordningen anvendelse, uanset om domstolen har taget stilling til et bispørgsmål, som ikke falder inden for forordningens anvendelsesområde.

Derfor er det klart, at nogle domstolsprocedurer i forbindelse med voldgift, som eksemplificeret i *Marc Rich*-dommen og i de forklarende rapporter, falder uden for Domsforordningens anvendelsesområde. Reglerne om domstolenes kompetence og anerkendelse og fuldbyrdelse af domme finder således ikke anvendelse på disse sager.

Derudover indebærer den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen også, at hvis eksistensen og gyldigheden af en voldgiftsaftale er et bispørgsmål i en sag, hvis genstand falder inden for Domsforordningens anvendelsesområde, så finder forordningen anvendelse. Dermed vil sådanne domme cirkulere i Unionen i medfør af Domsforordningens regler.²⁸ Ligeledes vil en sag, hvor alene eksistensen og gyldigheden af vold-

25. Ibid., præmis 28.

26. Ibid., præmis 30.

27. Ibid., præmis 31.

28. Jf. Jenard Rapport supra n. 10, s. 10; Evrigenis and Kerameus Rapport, supra n. 10, afsnit 35; Marc Rich, supra η. 15, præmis 26; Van Uden, supra η. 19, præmis 34; West Tankers, supra n. 21, præmis 22. Se også Clare Ambrose, Arbitration and the Free Movement of Judgments, Arb. Intl. 2003, s. 11; Hans Van Houtte, Why not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arb. Intl. 2005, s. 513, og Patrizio Santomauro, Sense and Sensibility: Reviewing West Tankers and Dealing with its Implications in the Wake of the Reform of EC Regulation 44/2001, J. Priv. Int. L. 2010, ss. 291-292.

giftsaftalen behandles, falde uden for forordningens anvendelsesområde.²⁹

West Tankers-dommen gjorde dog mere end blot at gengive den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen, som denne er udtrykt i *Marc Rich* og *Van Uden* dommene.³⁰

West Tankers-dommen fremhævede for det første også en af de udtalte konsekvenser af den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen, nemlig at selve afgørelsen af et bi-spørgsmål om eksistensen og gyldigheden af en voldgiftsaftale falder inden for forordningens anvendelsesområde, når tvistens genstand falder inden for forordningens anvendelsesområde.³¹

Som følge af dette ræsonnement fra EU-Domstolen fandt den engelske *Court of Appeal* i *National Navigation*-sagen, at en spansk dom, som kim tog stilling til gyldigheden af en voldgiftsaftale som et forudgående spørgsmål skulle anerkendes og fuldbyrdes i henhold til Domsforordningen, da den spanske dom var et skridt på vejen mod den endelige afgørelse, hvis genstand faldt inden for Domsforordningens anvendelsesområde.³² Den engelske domstol støttede ikke kim denne konklusion på *West Tankers*, men også på EU-Domstolens tidligere afgørelser vedrørende voldgiftsundtagelsen.³³

For det andet medførte *West Tankers-dommen*, at anti-suit injunctions til fordel for voldgift ikke længere kan udstedes i forhold til andre domstole, som befinder sig inden for EU. Denne konklusion kom EU-Domstolen til gennem en udvidet fortolkning af Domsforordningens anvendelsesområde, som var baseret på forordningens formål om gensidig tillid mellem medlemsstaterne til hinandens retspleje.³⁴ I *Marc Rich*-afgørelsen fra 1991 tog EU-Domstolen således kun stilling til, om retssagen i England faldt inden for konventionens anvendelsesområde og indtog ikke retssagen i Italien. Modsætningsvist i *West Tankers-dommen*

29. Se Schlosser Rapport, supra n. 10, afsnit 64. Se også H. Van Houtte, supra n. 28, s. 514.

30. Se Louise H. Wilhelmsen, *The Recast Brussels I Regulation and Arbitration: Revisited or Revised?* Arb. Intl. 2014, ss. 179-181.

31. *West Tankers*, supra n. 21, præmis. 26. Dette er i overensstemmelse med Evrigenis og Kerameus Rapport, supra note 10, afsnit 35.

32. *Court of Appeal*, EWCA Civ 1397 2009 (*National Navigation*).

33. *Ibid.*, præmisser 97-105.

34. Se L.H. Wilhelmsen, supra n. 30, ss. 179-181.

blev spørgsmålet om, hvorvidt Domsforordningen kunne anvendes gjort afhængig af retssagen, som verserede for den italienske domstol.

3. Voldgiftsundtagelsen og den reviderede Domsforordning

Selvom revisionen af Domsforordningen ikke medførte en ændring af voldgiftsundtagelsen i art. 1(2)(d), så indebar revisionen andre tiltag, som kan have indflydelse på fortolkningen af undtagelsen.

For det første blev en ny art. 73(2) vedtaget, som eksplicit giver New York-konventionen af 1958 forrang for forordningen. For det andet blev en ny betragtning 12 vedtaget, som har følgende ordlyd:

»Denne forordning bør ikke finde anvendelse på voldgift. Intet i denne forordning bør være til hinder for, at retterne i en medlemsstat, hvor en sag er blevet anlagt vedrørende et forhold, hvorom parterne har indgået en voldgiftsaftale, henviser parterne til voldgift, udsætter eller afviser sagen eller undersøger, hvorvidt voldgiftsaftalen er ugyldig, ude af kraft eller ikke kan gennemføres i overensstemmelse med deres nationale lovgivning.

En afgørelse truffet af en ret i en medlemsstat om, hvorvidt en voldgiftsaftale er ugyldig, ude af kraft eller ikke kan gennemføres, bør ikke være underlagt bestemmelserne om anerkendelse og fuldbyrdelse i denne forordning, uanset om retten afgjorde dette som et hovedspørgsmål eller som et bispørgsmål

På den anden side såfremt en ret i en medlemsstat, der har udøvet sin kompetence i henhold til denne forordning eller national lovgivning, har besluttet, at en voldgiftsaftale er ugyldig, ude af kraft eller ikke kan gennemføres, bør dette ikke være til hinder for, at rettens afgørelse om sagens realitet anerkendes eller alt efter omstændighederne fuldbyrdes i overensstemmelse med denne forordning. Dette bør ikke berøre den kompetence, som medlemsstaternes retter har til at træffe afgørelse om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser i overensstemmelse med konventionen om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser udfærdiget den 10. juni 1958 i New York (»New York-konventionen af 1958«), som har forrang i forhold til denne forordning.

Denne forordning bør ikke finde anvendelse på søgsmål eller tilknyttede sager navnlig vedrørende etablering af en voldgiftsret, voldgiftsmændenes beføjelser, varetagelse af en voldgiftsprocedure eller af andre aspekter af en sådan procedure, eller på sager eller afgørelser vedrørende annullering, fornyet prøvelse, appel, anerkendelse eller fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse.«

Betragtninger til retsakter fra EU spiller en væsentlig rolle i forhold til fortolkningen af disse retsakter, hvilket klart kan udledes af EU-Domstolens praksis.³⁵ Betragtninger til EU-retsakter har gennemgået den sammen vedtagelsesproces som selve retsakten, hvorfor de udgør essentielle fortolkningsbidrag.

Afsnit 3 og 4 i den nye betragtning 12 gentager den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen, som denne er gengivet ovenfor i afsnit 2.3,³⁶ Afsnit 4 eksemplificerer således hvilke voldgiftsrelaterede retssager, der er undtaget fra forordningens anvendelsesområde. Derudover foreskriver afsnit 3, i overensstemmelse med den dominerende fortolkning af Domsforordningen, som beskrevet ovenfor, at hvis eksistensen og gyldigheden af en voldgiftsaftale er et bispørgsmål i en sag, hvis genstand falder inden for Domsforordningens anvendelsesområde, så finder forordningen anvendelse.

Afsnit 3 i betragtning 12 indebærer dog også, at selvom dommen om hovedspørgsmålet cirkulerer i Unionen, så påvirker dette ikke domstolenes muligheder for at træffe afgørelse om anerkendelse og fuldbyrdelse af en voldgiftskendelsen i medfør af New York-konventionen. Denne del af betragtningen bør læses sammen med den nye art. 73(2), som giver New York-konventionen forrang frem for den reviderede Domsforordning. Man kan dog ikke udlede af art. 73(2) og betragtning 12, afsnit 3, at domstolene i medlemsstaterne er berettiget til at nægte anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom på baggrund af New York-konventionen.³⁷ Denne konklusion ville være forhastet, da der ikke samtidig tilføjes nogen nye grunde til at nægte anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom i den reviderede Domsforordnings art. 45(1). Den korrekte forståelse af betragtning 12, afsnit 3, læst sammen med art. 73(2), er nok snarere, at medlemsstaterne kan anerkende og fuldbyrde en tidligere voldgiftskendelse i henhold til New York-konventionen, til trods for at en dom afsagt i en med-

35. Jf. f.eks. EUD, Sag C-533/08 (TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG).

36. Se L.H. Wilhelmsen, *supra* n. 30, ss. 181-185 samt Louise H. Wilhelmsen, *European Perspectives on International Commercial Arbitration*, J. Priv. Int. L. 2014, s. 123-125.

37. Se L. H Wilhelmsen, *supra* n. 30, s. 183.

lemsstat cirkulerer i Unionen i henhold til den reviderede Domsforordning, uden at forbyrde sig imod den reviderede Domsforordning.³⁸

Betragtning 12, afsnit 2, går også videre end bare at gentage og forklare den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen. Denne del af betragtningen indebærer, at en retsafgørelse, om hvorvidt en gyldig voldgiftsaftale eksisterer, ikke kan cirkulere i Unionen i henhold til den reviderede Domsforordning, ligegyldigt om dette spørgsmål blev afgjort som et hoved- eller bi-spørgsmål.

Som anført ovenfor i afsnit 2.3 indebar *West TanTERS*-dommen, at selve afgørelsen af et bispørgsmål om eksistensen og gyldigheden af en voldgiftsaftale faldt inden for forordningens anvendelsesområde, når tvistens genstand faldt inden for forordningens anvendelsesområde. Dermed ville en sådan retsafgørelse nyde godt af forordningens regler om kompetence og anerkendelse og fuldbyrdelse af domme. Afsnit 2 i betragtning 12 har den modsatte effekt, nemlig at en retsafgørelse om voldgiftsaftalens gyldighed ikke kan nyde godt af forordningens regler, desuagtet om denne afgørelse er truffet som et bi- eller hovedspørgsmål.³⁹ Dermed ville den engelske Court of Appeals afgørelse i *National Navigation* sagen have haft et andet udfald, hvis den var blevet afsagt, efter den reviderede Domsforordning trådte i kraft.

Således kan det konkluderes, at den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen fastholdes i den nye betragtning 12. Domsforordningen finder således stadig anvendelse, hvis eksistensen og gyldigheden af en voldgiftsaftale er et bispørgsmål i en sag, hvis genstand falder inden for Domsforordningens anvendelsesområde. Men den reviderede Domsforordningen finder, i henhold til betragtning 12, derimod ikke anvendelse på selve spørgsmålet om voldgiftsaftalens gyldighed, ligegyldigt om dette er besluttet som et bi- eller hovedspørgsmål. Dermed omstøder be-

38. Se Stéphanie Francq, Chapter III - Recognition and enforcement. Section 1 - Recognition, i Peter Mankowski og Ulrich Magnus (red.), *Brussels I Regulation*, 2. udg. 2012 s. 692 hvor det er anført, at i henhold til Domsforordningen vil det at give forrang til en tidligere voldgiftskendelse, som kan anerkendes og fuldbyrdes i en medlemsstat, være i strid med medlemsstaternes forpligtelser i henhold til forordningen. Se også L.H. Wilhelmsen, *supra* n. 30, s. 184 og L.H. Wilhelmsen, *supra* n. 36, ss. 124-125.

39. Se L.H. Wilhelmsen, *supra* n. 30, s. 183.

tragtningen den fortolkning af voldgiftsundtagelsen, som blev lagt for dagen i *West Tankers-sagen*.⁴⁰

4. Gazprom

Den nyeste dom fra EU-Domstolen, som behandler voldgiftsundtagelsen i Domsforordningen, er *Gazprom-sagen*, som blev afsagt af Domstolen i maj 2015.

Selvom *Gazprom-dommen* er afsagt efter den reviderede Domsforordning trådte i kraft, anvender EU-Domstolen ikke den reviderede Domsforordning, da denne *qua* overgangsreglerne ikke finder anvendelse på tvisten i *Gazprom-sagen*. Generaladvokat Wathelet valgte i modsætning til Domstolen at behandle den reviderede Domsforordning og konsekvenserne af denne.⁴¹ Han konkluderede i den forbindelse, at den reviderede Domsforordning omstødte *West Tankers-dommen*.⁴² Denne konklusion blev dog ikke gentaget af EU-Domstolen. EU-Domstolen har således endnu ikke taget stilling til implikationerne af den reviderede Domsforordning i forhold til voldgiftsundtagelsen. Det må dog formodes, at domstolen ikke har til sinde at omstøde *West Tankers-dommen* på baggrund af den reviderede domsforordning, da EU-Domstolen i sin afgørelse i *Gazprom-sagen*, ligesom generaladvokaten, kunne have inddraget den reviderede Domsforordning som et fortolkningsbidrag til støtte for omstødelse af *West Tankers-dommen*.

Gazprom-sagen drejede sig om et litauisk gasselskab, som var delvist ejet af et russisk selskab, Gazprom, og af staten Litauen. På grund af mistanke om ulovlige aktiviteter foretaget af selskabet og dettes ledelse indledte Litauen en sag for de litauiske domstole. Gazprom indledte efterfølgende en voldgiftssag i Sverige i overensstemmelse med en voldgiftsaftale indgået mellem parterne, da selskabet mente, at indbringelsen af sagen for den litauiske domstol var i strid med voldgiftsaftalen. Voldgiftsretten i Sverige besluttede i sin kendelse, at der var sket delvis tilsidesættelse af voldgiftsaftalen, og pålagde derfor Litauen at frafalde eller begrænse sagen for den litauiske domstol. Gazprom anmodede herefter om anerken-

40. Ibid.

41. Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat Wathelet, fremsat den 4. december 2014 i

EUD, Sag C-536/13, præmisser 90-152.

42. Ibid.

delse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen i Litauen. Dette førte til, at EU-Domstolen blev bedt om at tage stilling til, hvorvidt Domsforordningen skulle fortolkes således, at den hindrede en ret i en medlemsstat i at anerkende og fuldbyrde, eller nægte at anerkende og fuldbyrde, en voldgiftskendelse, som forbød en part at fremsætte visse påstande ved en ret i denne medlemsstat. Det er væsentligt i denne sammenhæng at bemærke, at EU-Domstolen ikke benævner retsmidlet anvendt af voldgiftsretten i Sverige som en såkaldt anti-suit injunction.⁴³ Denne betegnelse blev kun brugt af den henvisende ret og af generaladvokaten i dennes forslag til afgørelse.⁴⁴

Indledningsvist fastholdt EU-Domstolen den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen i Domsforordningen, nemlig at det afgørende for, om forordningen finder anvendelse, er, om sagens genstand falder inden for forordningens anvendelsesområde.⁴⁵ Domstolen gentog herefter sine konklusioner i *West Tankers*-dommen i forhold til den i denne sag omhandlede anti-suit injunction.⁴⁶ Domstolen gentog således, at en anti-suit injunction indebærer, at den domstol, som har kompetence i medfør af forordningen, bliver frataget retten til at udtale sig om sin egen kompetence i medfør af forordningen, at en anti-suit injunction er i strid med princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaternes retssystemer, retsinstitutioner og domstole, og at en anti-suit injunction kan forhindre den part, som bestrider voldgiftsaftalens gyldighed, i adgang til den almindelige domstol, som har kompetence i medfør af forordningen.

EU-Domstolen vendte dog efterfølgende tilbage til sit udgangspunkt, nemlig at Domsforordningen ikke fandt anvendelse på tvisten. Domstolen fandt i denne forbindelse, at princippet om gensidig tillid ikke blev tilsidesat ved voldgiftskendelsen, da der ikke var tale om en medlemsstats rets indblanding i en anden medlemsstats rets kompetence.⁴⁷ Derudover fandt Domstolen heller ikke, at voldgiftskendelsen kunne forhindre den part, som anfægtede voldgiftsaftalens gyldighed, fra at få dette prøvet for domstolene, da denne part kunne bestride anerkendelsen og fuldbyrdelsen af voldgiftskendelsen, ligesom den ret, som skulle tage stilling

43. Jf. *Gazprom*, supra §. 8, præmis 30.

44. Jf. *Gazprom*, supra §. 8, præmis 30. Se på den anden side generaladvokat Wathelet, supra n. 41, præmis 67.

45. Jf. *Gazprom*, supra §. 8, præmis 29.

46. *Ibid.*, præmisser 32-34.

47. *Ibid.*, præmis 37.

til anerkendelsen og fuldbyrdelsen af kendelsen, ville efterprøve kendelsen.⁴⁸

Domstolen understregede herefter forskellen mellem en anti-suit injunction, som den udstedt i *West Tankers-sagen*, og det foreløbige retsmiddel, som voldgiftskendelsen omhandlede. Domstolen fremhævede i den forbindelse, at voldgiftskendelsen, i modsætning til en anti-suit injunction udstedt af en ret, ikke kunne bevirke en sanktion imod Litauen, såfremt kendelsen ikke blev efterkommet.⁴⁹

EU-Domstolens konklusion i *Gazprom-sagen* var således, at Domsforordningen ikke fandt anvendelse på spørgsmålet om anerkendelse og fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse for en ret i en medlemsstat, heller ikke hvor kendelsen forbød en part at fremsætte visse påstande ved den-
ne ret.⁵⁰

Gazprom fastholder således den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen i Domsforordningen. Derudover gentager Domstolen i *Gazprom* sit ræsonnement i *West Tankers*-dommen vedrørende den der omhandlede anti-suit injunction. *Gazprom* indebærer således ikke en ændring af *West Tankers*-dommens ræsonnement i den henseende.

Derimod viser *Gazprom*-dommen den begrænsede rækkevidde af *West Tankers*-dommen. EU-Domstolens begrundelse for ikke at ville udvide Domsforordningens anvendelsesområde til også at omfattet anti-suit injunctions udstedt af voldgiftsretter er således dels, at princippet om gensidig tillid kun gælder mellem Unionens domstole, dels at voldgiftskendelsen i *Gazprom-sagen* ikke kunne nægte den part, som bestred voldgiftsaftalens gyldighed, adgang til prøvelse af dette spørgsmål for domstolene, ligesom voldgiftskendelsen ikke i sig selv indebar en sanktion mod den misligholdende part.

EU-Domstolen begrænsede således princippet om gensidig tillid til tilfælde, hvor en ret blander sig i en anden rets kompetence. Domstolen besvarede i den forbindelse ikke spørgsmålet om, hvordan en medlemsstats domstol skal forholde sig, hvis den bliver bedt om at anerkende og fuldbyrde en voldgiftskendelse, som forhindrer en part i at anlægge eller fortsætte en retssag i en anden medlemsstat. Dette spørgsmål blev stillet af den henvisende ret i *Gazprom-sagen*, men forblev ubesvaret af EU-

48. Ibid., præmis 38.

49. Ibid., præmis 40.

50. Ibid., præmis 44.

Domstolen.⁵¹ Hvis en domstol anerkender og fuldbyrder en sådan voldgiftskendelse, vil domstolen i realiteten tage stilling til en anden domstols kompetence.

Det samme gør sig gældende, hvis en domstol bliver bedt om at anerkende og fuldbyrde en voldgiftskendelse, som pålægger en part en sanktion for ikke at efterkomme en tidligere voldgiftskendelse, som forbyder parten at indlede eller fortsætte en retssag i en anden medlemsstat. Igen vil retten tage stilling til en anden rets kompetence, såfremt voldgiftskendelsen bliver anerkendt og fuldbyrdet.

En domstol i en medlemsstat kan dermed indirekte blande sig i en anden domstols kompetence ved at anerkende og fuldbyrde en voldgiftskendelse. Hvordan EU-Domstolen vil forholde sig til sådanne scenarier, forbliver dog ubesvaret.

Det må konkluderes, at *Gazprom* illustrerer den begrænsede rækkevidde af den udvidede fortolkning, som EU-Domstolen lagde for dagen i *West Tankers*-dommen, og at denne udvidede fortolkning ikke uden videre skal adopteres til andre voldgiftsrelaterede domstolsprocedurer.⁵² Derudover viser *Gazprom*-sagen også den retsusikkerhed, som *West Tankers*-dommen har skabt i forhold til Domsforordningens anvendelsesområde. Det må dog formodes, at man på baggrund af *Gazprom*-sagen kan konkludere, at EU-Domstolen ikke har i sinde at anvende den udvidede fortolkning, som Domstolen anvendte i *West Tankers*, til at underkende andre voldgiftsrelaterede domstolsprocedurer end de såkaldte anti-suit injunctions som udstedes i forhold til andre domstole inden for Unionen til fordel for voldgift.

5. Voldgiftsundtagelsen efter Revisionen og *Gazprom*

Både den reviderede Domsforordning og *Gazprom*-sagen understreger den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen i forordningen, nemlig at det afgørende for forordningens anvendelsesområde er, om sagens genstand falder inden for forordningens anvendelsesområde.

Den nye betragtning 12 til den reviderede Domsforordning indebærer dog en ændring i forhold til konsekvenserne af den dominerende fortolk-

51. Ibid., præmis 26.

52. Se L.H. Wilhelmsen, supra n. 30, ss. 180-181, hvor denne fortolkning af *West Tankers*-dommens rækkevidde også lægges til grund.

ning, som blev lagt for dagen i *West Tankers-dommen*. Betragtning 12 indebærer således, at den reviderede Domsforordning ikke finder anvendelse på selve spørgsmålet om voldgiftsaftalens gyldighed, ligegyldigt om dette er besluttet som et bi- eller hovedspørgsmål. Derudover er New York-konventionens forrang frem for forordningen blevet cementeret i betragtning 12 samt i forordningens art. 73 (2).

Efter *Gazprom-sagen* er det derudover klart, at EU-Domstolen fastholder, at anti-suit injunctions til fordel for voldgift, udstedt af en domstol i en medlemsstat i forhold til en domstol i en anden medlemsstat, er i strid med forordningen. *Gazprom-sagen* illustrerer dog den begrænsede rækkevidde af *West Tankers-dommen*, og på baggrund af *Gazprom-dommen* bør man nok ikke frygte, at forordningens anvendelsesområde vil blive yderligere udvidet. Endelig viste *Gazprom-sagen* den retsusikkerhed, som *West Tankers-dommen* har skabt i forhold til voldgiftsundtagelsens anvendelsesområde, da *Gazprom-dommen* synes at rejse lige så mange spørgsmål, som den besvarer.

På baggrund af ovenstående analyse kan det konkluderes, at den dominerende fortolkning af voldgiftsundtagelsen står fast, og at man ved revisionen af Domsforordningen har søgt at tydeliggøre denne yderligere. Nogle af konsekvenserne af *West Tankers-dommen* er blevet trukket tilbage i forbindelse med revisionen af Domsforordningen, mens andre består. *Gazprom-dommen* slår fast, at den udvidede fortolkning af voldgiftsundtagelsen, som blev anvendt af EU-Domstolen i *West Tankers-sagen* fortsat gælder i forhold til anti-suit injunctions, mens dens rækkevidde i forhold til andre voldgiftsrelaterede domstolsprocedurer er meget tvivlsom. Hvornår EU-Domstolen igen skal tage stilling til rækkevidden af voldgiftsundtagelsen er naturligvis uvist, men yderligere klarificering af dens rækkevidde synes til trods for EU-lovgivers samt EU-Domstolens bestræbelser ønskværdig.