

Festskrift til Bernhard Gomard

Den 9. januar 2001

Redigeret af
Lennart Lynge Andersen
Jens Fejø
Peter Møgelvang-Hansen
Ruth Nielsen



Thomson

GADJURA

Red. af Lennart Lyngge Andersen,
Jens Fejø, Peter Møgelvang-Hansen og Ruth Nielsen
Festskrift til Bernhard Gomard
1. udgave / 1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2001

ISBN 87-619-0202-0

Omslag: Jens Hage
Bogen er sat med Stempel Garamond hos NBC PrePress, København
og trykt hos Nordisk Bog Center, Haslev

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Indholdsfortegnelse

Forord	7
<i>Mads Bryde Andersen</i>	
Obligationsrettens „almindelige del“	9
<i>Lennart Lynge Andersen</i>	
Kredit til private – kreditaftaleloven 10 år	25
<i>Peter Blok</i>	
Forhandlergrundsætningen og bilbogen	47
<i>Henrik Dam og Søren Friis Hansen</i>	
Kapitalkrav i selskabsretten og skatteretten	73
<i>Jens Fejø</i>	
Koncerner, konkurrenceretten og andre hensyn	99
<i>Lars Gorton</i>	
Negative förpliktelser i finansiella avtal	116
<i>Viggo Hagstrøm</i>	
Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt	143
<i>Per Henrik Lindblom</i>	
Reforms of Civil Procedure in Scandinavia	153
<i>Peter Møgelvang-Hansen og Thomas Riis</i>	
Fogedforbud og compensation ved immaterialretskrænkelser	177
<i>Ruth Nielsen</i>	
Elektroniske kontrakter i europæisk perspektiv	206

<i>Jan Ramberg</i>	
Förutsebarhet – ett juridiskt nyckelbegrepp med variationer	226
<i>Erik Werlauff</i>	
Reform af den civile retspleje	237
<i>Geir Woxholth</i>	
Noen bemerkninger om forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36	256

Bernhard Gomard, 75 år den 9. januar 2001

Navnet *Bernhard Gomard* behøver ingen nærmere præsentation i danske og internationale juridiske kredse. Ikke mindst på grund af et usædvanligt omfangsrigt forfatterskab har han præget retsudviklingen i snart halvtreds år. Han har været formand for bl.a. Retsplejerådet, han har været en flittig respondør, og voldgiftsarbejdet har haft hans store interesse.

Bernhard Gomard var i en årrække professor ved Københavns Universitet. Ved pensionsalderens indtræden flyttede han teltpælene til Juridisk Institut på Handelshøjskolen i København, og bortset fra at undervisningsbyrden måske er blevet formindsket, er det ikke vort indtryk, at Gomards arbejdsdag er blevet væsentligt forandret. Fra den første dag „hos os“ har man fået indtrykket af den interesse, Gomard stadig har for den retsvidenskabelige forskning. Han producerer stadig på livet løs, og der tages nye emner op.

Formålet med dette festskrift er at hylde ham på dagen. Vi er glade for, at en række kolleger har villet bidrage til festskriftet. En særlig tak retter vi til *Forsikring & Pension*, der ved økonomisk støtte har muliggjort festskriftet.

Lennart Lyng Andersen
Peter Møgelvang-Hansen

Jens Fejø
Ruth Nielsen

Obligationsrettens „almindelige del“

Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen

1. *Problemstillingen*

Et af obligationsrettens grundlæggende postulater er, at der findes et sæt regler, der finder almen anvendelse på retsforhold af vidt forskellig karakter – en obligationsrettens „almindelige del“. At der findes generelle obligationsretlige regler, der bærer det fælles ydre kendetegn, at de gælder for en flerhed af obligationsretlige retsforhold, er ikke til diskussion. Først og fremmest kan man finde mangfoldige eksempler herpå i lovgivningen (f.eks. i aftaleloven og gældsloven). Dernæst bestrider ingen, at der findes talrige sådanne begreber, hensyn, regler og lovmæssigheder, der tjener som vejledning for den argumentation, der bruges i den obligationsretlige argumentation, og som for så vidt også kan siges at være en „almindelig“ bestanddel af obligationsretten. Det spørgsmål, der derimod kan rejses, og som er genstand for de følgende bemærkninger, angår den nærmere beskaffenhed af disse uskrevne regler mv. Hvordan skal disse grundsætninger og tankemønstre rubriceres, og hvilke konsekvenser skal de have for den videnskabelige indsats?

Svaret på disse spørgsmål indebærer vidtrækkende konsekvenser for den obligationsretlige forskningsindsats. Her skal i hvert fald fremhæves to:

1. I det omfang man må konstatere, at det obligationsretlige regelsystem udgøres af specielle og egenartede regler uden substantielle fællestrekk, forsvinder grundlaget for at tale om en „almindelig“ obligationsret. En retsvidenskabelig bearbejdning af obligationsrettens problemer må da påtage sig den *kompilatoriske* opgave der ligger i at skabe overblik over de mange enkeltregler – eventuelt ledsaget af et indblik i visse generelle kendetegn omkring forpligtelsens opståen (betydningen af viljeserklæringen og den skadegørende handling). Dermed opstår spørgsmålet om, hvorledes denne fælles, samtlende

Mads Bryde Andersen

forskningsindsats skal afgrænses fra den forskning, der bedrives inden for de enkelte obligationsretlige fagdiscipliner (lejeret, funktionærret, transportret, forsikringsret mv.). Man kan betegne dette som obligationsrettens eksterne *afgrænsningsproblem*.

2. I det omfang man må konstatere, at der findes et sæt generelle regler og grundsætninger, som det giver mening at fremstille i deres almene form, forestår en omfattende videnskabelig opgave i at identificere disse regler mv. I den forbindelse opstår yderligere spørgsmålet, hvilke regler, der har denne almene karakter og – ikke mindst – hvad indholdet af disse regler er. Denne problemstilling kan betegnes som obligationsrettens *interne afgrænsningsproblem*.

Begge de to afgrænsningsproblemer spiller en rolle for enhver, der giver sig i kast med en obligationsretlig fremstilling. Betydningen af det eksterne afgrænsningsproblem præges dog af, at grænserne i nogen grad allerede er stukket af, nemlig af de forfattere, der har opdyrket de enkelte obligationsretlige specialdiscipliner. De store problemer knytter sig derfor til det interne afgrænsningsproblem. For selv om man måske umiddelbart skulle tro, at den juridiske betydning af et sådant regelkompleks måtte stige, jo mere generelle og almene regler, der er tale om, ligger det klart, at en „almindelig del“, der bliver så generel i sine retssætninger, at man nærmer sig det banale, kun med vanskelighed kan gøre det ud for en retsvidenskabelig disciplin. En indsats, der består i at fremkomme med *common sense* refleksioner over, hvad der forekommer intuitivt rimeligt i enkelttilfælde, kan være nok så læseværdig og praktisk anvendelig, men kan vanskeligt bære prædikatet „retsvidenskabelig“.

Store dele af *Bernhard Gomards* formueretlige forfatterskab har beskæftiget sig med den almindelige obligationsrets problemer: Hvor han i *proces- og skifteretten* ofte har beskæftiget sig med enkeltbestemmelser (retsplejeloven, skifteloven etc.), er Gomards *obligationsretlige* indsats koncentreret om de mere almene problemer. Vel har Gomard taget adskillige formueretlige lovregler under behandling, navnlig inden for købe- og gældsbrevslovgivningen, men disse bidrag former sig i hovedsagen som eksemplifikationer over almene obligationsretlige temaer.

I et skrift som dette forekommer det derfor nærliggende at forfølge spørgsmålet om obligationsrettens interne og eksterne afgrænsningsproblem og undersøge, hvor obligationsrettens almindelige del be-

finder sig i det skitserede spektrum mellem retsvidenskab og *common sense*. Under 2. vil jeg derfor først diskutere, hvilken retsteknisk rolle de almindelige principper spiller for juridisk regelopbygning. Dernæst drøftes under 3. nogle udviklingslinjer i nyere juridisk teori. Efter en oversigt over nogle af de elementer, der indgår i nutidens obligationsret (herom under 4.), forsøger jeg under 5. at drage nogle konklusioner om, hvilke opgaver morgendagens obligationsret står overfor.

2. „Almindelig del“ som metode

At obligationsrettens regler fremtræder i vekslende grader af generalitet er velkendt. Et sådant samspil mellem det almene og det specielle præger også andre retsområder. Når man udnævner problemet *x* som tilhørende „almindelig del“, gør man nemlig ikke stort andet end at sætte *x* uden for parentes med den begrundelse, at *x* spiller en fælles rolle for en flerhed af tilknyttede problemstillinger, *y*. Dermed kan såvel *x* som *y* præsenteres i deres rene form – og typisk også mere klart – samtidig med at der realiseres en effektiviseringsgevinst ved, at spørgsmål af almen interesse for en varieret flerhed af retsforhold kan henskydes til behandling under ét. Straffeloven bygger på samme tankegang med sin „almindelige“ og „specielle“ del.

Det samme gør f.eks. *forvaltningsretten*. Som eksempler fra *obligationsretten* kan nævnes reglerne om, hvilke krav, man kan stille til en ydelse, hvornår en aftaleforpligtelse er misligholdt, hvordan man gennemfører betalinger (herunder ved modregning, forældelse og tilbagesøgning af en betaling, der er sket med urette), hvordan der kan indtræde nye parter i et retsforhold o.m.a.

I obligationsretten kan grænsen mellem de specielle, henholdsvis almindelige, problemstillinger være vanskelig at drage. Dette skyldes, at der ofte er en flerhed af sideordnede retskilder omkring den enkelte problemstilling. Obligationsretten hviler jo ikke på noget generelt legalitetsprincip (som forvaltningsretten) eller på et forbud mod analogislutninger (som strafferetten). Skal man f.eks. finde svar på, om en aftale er misligholdt, vil man ofte kunne inddrage flere parallelle regelsæt som f.eks. den pågældende aftale (f.eks. leverandørens accept af en bestilling), bagvedliggende aftaler (f.eks. et sæt faste leveringsbetingelser), uskrevne fortolkningsregler, typeforudsætninger og sædvaner samt lovfastsatte udfyldende regler (f.eks. i købeloven).

Mads Bryde Andersen

At disse mange retskilder ofte peger i samme retning er utvivlsomt medvirkende til, at det ofte føles mindre afgørende for retsanvenderen – og den juridiske forfatter – at fastslå, *hvilken* retskilde, der citeres, end de *retlige argumenter*, der ligger bag det anvendte ræsonnement.

Trods dette kaotiske billede anvendes opdelingen af obligationsretten i „almindelige“ og „specielle“ som nævnt ofte i et forsøg på at skabe overblik over denne komplicerede regelstruktur. De færreste forfattere til specielle formueretlige fremstillinger (f.eks. inden for lejeretten og funktionærretten) har f.eks. fundet det nødvendigt at indlede deres fremstillinger med redegørelser for aftalers indgåelse og gyldighed. Med enkelte undtagelser (hvor lejerettens formkrav og den kollektive arbejdsret organisationsdannelser kan nævnes som eksempler) kan disse spørgsmål klares gennem henvisninger til den relevante aftaleretlige litteratur, der for så vidt kan siges at tilhøre den almindelige del.

I dansk obligationsret siden Ussing har man dog udskilt aftaleretten som et særskilt retsområde. Udskillelsen må primært ses som udtryk for en praktisk begrundet udskillelse af en betydelig problemkreds inden for den almindelige obligationsret men kan næppe fastholdes med systematisk stringens.

Man kan altså konstatere, at arbejdsdelingen bærer frugt på det *praktiske* plan. Men stiller man sig spørgsmålet, hvor den *princielle* grænse går mellem det almindelige og det specielle og afprøver en sådan grænsedragning på *enkeltdiscipliner*, opstår der vanskeligheder. Det er således åbenbart, at der gælder forskellige grader af „almindelighed“ og „specialitet“ ikke alene i obligationsretten, men også inden for de enkelte discipliner. Selv om man betragter købeloven som tilhørende speciel del, må man erkende, at også denne lov har sine almindelige og specielle dele. Det indledende kapitels „Almindelige bestemmelser“ må således betragtes som almindelige regler for køb, hvorimod reglerne om forbruger køb må betragtes som specielle. Et tilsvarende problem har man i relation til placeringen af visse lovkomplekser. Hvor skal man f.eks. placere reglerne i kreditaftaleloven eller de dele af værdipapirhandelsloven, der handler om rettigheder over fondsaktiver?

På det abstrakte plan kan man næppe sige andet og mere, end at svaret herpå vil bero på de traditioner, der udvikler sig i de enkelte formueretlige discipliner, ud fra et kvalificeret skøn over, hvad der repræsenterer den bedste ressourceudnyttelse. Lad os derfor kaste blikket på nogle strømninger i litteraturen.

3. *Strømninger i den obligationsretlige litteratur*

Dansk obligationsretlig litteratur har ikke tradition for de store begrebskonstruktioner. Igennem det 20. århundrede har der været en tendens til at gå direkte til problemerne, som de umiddelbart synes at tegne sig, muligvis – som antydnet i petitafsnittet s. 12, foroven – fordi det ofte kan forekomme mindre betydningsfuldt, om man anvender den ene eller den anden retskilde. Resultatet blev jo ganske ofte det samme. Derfor finder man primært litteraturens holdninger til obligationsrettens almindelige del i form af de valg, de retsvidenskabelige forfattere rent faktisk har lagt til grund for deres obligationsretlige fremstillinger.

For de to hovedværker i det 20. århundredes obligationsret – Lassens hhv. Ussings „Almindelige del“ – voldte spørgsmålet ingen principielle vanskeligheder. Ingen af de to forfattere gjorde det i hvert fald til genstand for metodiske drøftelser el.lign. Forklaringen herpå kan søges i flere forhold. Datidens stærke indflydelse fra tysk formueret udgør ét væsentligt element. Fremdriften i det nordiske harmoniseringsarbejde inden for de „almindelige dele“ et andet.

For en forfatter som Ussing, der i tillæg til sin almindelige fremstilling også udsendte en monografi om „Enkelte kontrakter“ (1946), kunne man med en vis ret have ventet en sådan afklaring. En sådan finder man dog ikke. Bogen Enkelte kontrakter fremstår nærmest som en antologi over udvalgte problemstillinger, som uden principielle afgrænsningsproblemer sagtens kunne have været både smallere og bredere. Afgrænsningen holdt da heller ikke længe. Mange af bogens retsområder udviklede sig så hurtigt, at de ikke kunne rummes inden for „ét“ fag (det gælder f.eks. for discipliner som lejeret, funktionærret og forsikring). I eftertidens retsvidenskab er der ikke gjort tilsvarende forsøg på at samle disse specielle retsområder.

Gomards debut i den obligationsretlige teori med disputatsen „Forholdet mellem erstatningsregler i og udenfor kontraktsforhold“ (1958) var heller ikke præget af abstrakte systematiske overvejelser. Afhandlingen satte fokus på nogle centrale begrebsafgrænsninger i obligationsretten, men metoden var den for Gomards senere forfatterskab så velkendte *singulære* problemanalyse: Hvert problem behandles ud fra sine egne forudsætninger og uden principielle implikationer. Ej heller da Gomard i 1970'erne indledte sin obligationsretlige fremstilling – i 1971 med Obligationsretten i en Nøddeskal I, II og III, og afsluttende

Mads Bryde Andersen

med firbindsværket *Obligationsret I-IV* (1983-1989 med fjerde og sidste bind fra 1993) – lå grundlaget herfor i et systematisk program. Det nærmeste man kommer et sådant er vistnok i forordet til værkets fjerde del, der udkom sammen med bogens andenudgave i 1993. Her præsenterer Gomard sin begrundelse for at fremstille obligationsretten i denne singulære form: Lovreglerne udgør en ramme med et påvirkeligt indhold og retspraksis må betragtes som „vejledende“. Derfor er det retsvidenskabens opgave at hjælpe læseren til aktiv medleven i dansk obligationsret som „en levende organisme, der rummer både objektive og subjektive faktorer“.

En lignende konklusion fremkom Gomard med som slutbemærkning til sin lille, men læseværdige, bog *Introduktion til obligationsretten* (1979), s. 83 ff.: „Principperne i obligationsrettens almindelige del er for så vidt kunstprodukter, som retsanvendelsen frem for eller dog ved siden af disse principper må tage hensyn til specialregler og særlige hensyn. Udviklingen og samlingen af sådanne principper eller almindelige regler er ikke desto mindre hensigtsmæssig“ (s. 86).

Ser man på den nyere danske obligationsretsteori, således som den træder frem gennem nogle af de disputatsarbejder, der har været fremlagt inden for de sidste godt 10 år, tegner der sig et tvedelt billede. Kun ganske få disputatser i denne periode kan siges fuldt og helt at bygge på traditionel obligationsretlig metode og dermed siges at fastholde obligationsrettens almindelige del som et nyttigt retskildegrundlag. De to af disse – *Lookofsky* afhandling om *Consequential damages in comparative context* (1989) og *Iversens* afhandling om *Erstatningsberegning i Kontraktsforhold* (2000) – behandler spørgsmål om erstatningsberegningen, der inden for den „almindelige del“ kendetegnes ved alene at angå den erstatningsretlige *retsfølge*. Trods sin uomtvistelige praktiske betydning må denne problemkreds trods alt siges at udgøre en begrænset og afgrænselig del af den almindelige obligationsret.

Det tredje disputatsarbejde foreligger med *Peter Mortensens* afhandling fra 1999 om *Landbrugsforpagtning*. Heri fremlægger Peter Mortensen et stort forsvar for den almindelige del som grundlag for en retlig regulering af en bestemt aftaetype. Han konkluderer bl.a. ligeud (s. 696), at det „giver mening at arbejde med en obligationsrettens almindelige del“. Bemærkningen falder i tilknytning til en udtalelse om, at der hersker tvivl om gældende ret på området – en tvivl, der medfører, at „forholdets natur“ får central betydning, hvis ikke man netop

kan hente støtte i obligationsrettens almindelige del og dens gennemprøvede argumentationsmønstre mv.

Nærmere er man så vidt ses ikke kommet en stillingtagen til den almindelige obligationsret i nyere formueretlig retsvidenskab. Heroverfor står imidlertid et stort antal arbejder, der i deres retskildeanvendelse forudsætningsvis kan siges at sætte sig udover indarbejdede begrebsapparater og som for så vidt frigør sig fra den almindelige dels system. I min egen afhandling om *Edb og ansvar* fra 1988 søgte jeg at vinde indsigt i læren om erstatningsansvarets grundlag ved at søge inspiration i kommunikations- og systemteorier og ved at inddrage elementer fra den moralfilosofiske ansvarslære (et forsøg, som Ross i øvrigt tidligere havde gjort inden for strafferetten med sin bog *Skyld, ansvar og straf* fra 1973). Lignende forsøg på at frigøre sig fra indarbejdede culpaforestillinger var allerede gjort af *Henning Skovgaard* i disputatsen *Offentligretligt erstatningsansvar* fra 1983, og linjen er fulgt op i *Peter Pagh's* disputats om miljøansvar fra 1998, i *Thorbjørn Sofsruds* disputats om bestyrelsesansvar fra 1999 og til en vis grad i *Vibe Ulfbecks* disputats om kontraktens relativitet fra 2000.

Mod disse eksempler kan man vel fremholde, at de trods alt kun centrerer sig om en del af obligationsretten, nemlig ansvarsreglerne. Men heroverfor må det påpeges, at formuerettens ansvarsregler ikke udgør et isoleret og let afgrænset regelsystem men derimod en del af den almindelige lære om, hvordan formueretlige forpligtelser etableres i og uden for kontraktsforhold – en sammenhæng, der måske træder særligt tydeligt frem i *Vibe Ulfbecks* afhandling.

Foruden henvisningen til disse disputatsarbejder kan det anføres, at den Lærebog i obligationsret, som *Joseph Lookofsky* og jeg udsendte i 2000, viderefører opfattelsen af de centrale temaer i obligationsretten som en „almindelig“ disciplin. Bogen er primært skrevet for at opfylde et undervisningsbehov, og det har ikke været meningen at gennemføre noget gennemgribende opgør med den formueretlige tradition, der har præget det netop afsluttede århundrede, gennem rekonstruktioner af obligationsrettens grundlæggende opbygning el.lign. I forhold til tidligere har vi imidlertid forsøgt at gennemføre en mere systematisk opbygning af det formueretlige retsfaktum (kravene til ydelsen) og retsfølge (misligholdelsesbeføjelser) med løbende sondringer mellem realydelser og pengeydelser. Herudover har det været vor ambition i højere grad at fokusere på de hensyn og argumentationsmønstre, der indgår i behandlingen af de obligationsretlige enkeltspørgsmål – færdigheder, som en formueretlig jurist (om noget)

Mads Bryde Andersen

har brug for i sit praktiske virke. Endelig er indslaget af komparative elementer og synspunkter de lege ferenda mere massivt end vanligt i obligationsretlige fremstillinger.

Baseret på dette materiale synes der umiddelbart at være grundlag for i hvert fald følgende tre konklusioner:

1. Dansk formueretlig teori har igennem det 20. århundrede baseret sig på en forestilling om, at der findes et antal almene problemstillinger, som det giver mening at præsentere for sig – altså uafhængigt af den enkelte type af retsforhold.
2. Derimod har dansk formueretlig teori ikke nogen afklaret teoretisk holdning til, *hvor* grænsen går mellem det almene og specielle del (det eksterne afgrænsningsproblem), endsige *hvilke* metodiske kendetegn, der bestemmer de almindelige, henholdsvis specielle, emner (det interne afgrænsningsproblem).
3. Når særlige problemstillinger har været fremdraget til undersøgelse i nyere tid skiller vandene. På områder, hvor der findes et righoldigt retskildemateriale at gå til, har man anvendt synspunkter fra den „almindelige del“. Nye og uprøvede retsområde er imidlertid i stigende grad bygget på inspiration fra andre, ofte ikke-juridiske, vidensområder.

Navnlig i lyset af den sidstnævnte pointe kan det være rimeligt at stille spørgsmålet, om de ydre faktorer, der kan siges at have frembåret denne udvikling, har ændret sig, og om der derfor er grundlag for at antage, at der i den kommende tid vil komme et stigende pres imod det således etablerede system. Herom i det følgende.

4. *Nogle udviklingslinjer*

Internationale strømninger: Som allerede nævnt må det antages, at det behov, retsvidenskabelige forfattere oplever for at udskille en obligationsrettens almindelige del, bl.a. beror på de retsvidenskabelige og retspolitiske strømninger, der gør sig gældende uden for Danmark. Inspirationen fra fremmed ret spiller navnlig en rolle, når nye juridiske discipliner afgrænses. Når en monografi første gang skrives inden for et nyopdyrket retsområde, er det således hovedreglen, at forfatteren indleder med at skitsere, hvordan tilsvarende discipliner afgrænses i andre af de lande, vi normalt sammenligner os med.

Det følger i naturlig forlængelse heraf, at de almindelige – i betydningen: af specifikke lovkrav uafhængige – regler, der opbygges inden for tilsvarende discipliner i andre lande, typisk vil have større gennemslagskraft end regler, der udleder deres gyldighed af lovkrav. Derfor har de almindelige dele en tendens til at vokse i takt med det internationale harmoniseringsarbejde: Jo stærkere den internationale harmonisering slår igennem, desto mere alment vil man nødvendigvis regulere (dette ligger nu en gang i de arbejdsvilkår, man arbejder under, når der skal findes kompromiser) og desto stærkere vil retsrådets almenne indslag gøre sig gældende.

Det er på denne baggrund ikke overraskende, at obligationsrettens almindelige del er mest markant i de lovsystemer, der blev opbygget, medens den internationale – og navnlig nordiske – lovharmonisering fejrede sine største triumfer. Og omvendt er det ikke overraskende, at der i jurisdiktioner, der ikke har én juridisk „storebror“ at se op til (i form af et veletableret og -respekteret retssystem), opstår tvivl om, hvilke almenne principper, der kan fastholdes.

EU-harmoniseringens rolle: Denne manglende tilstedeværelse af en nærliggende inspirationsfaktor springer navnlig i øjnene, hvis man ser på den betydning, EU-harmoniseringen har haft på store dele af formuerettens område. Bestræbelserne på at skabe ensartede regler inden for en række retsområder, der antages at have betydning for det europæiske „indre marked“, har ført til et væld af detailregler, der i deres rigdom og kompleksitet har præsenteret formueretten for nye udfordringer.

Udfordringerne skyldes ikke mindst den juridiske kvalitet af disse regler. Hvor de nordiske formueretslove (aftaleloven, købeloven, gældsbrevsloven mv.) udsprang af grundige kommissionsforarbejder, er det omvendte nærmest reglen, når det gælder EU's harmoniseringsdirektiver på obligationsrettens område. Lovforberedende udredninger er her et ukendt begreb. Direktivforslagene bliver ikke alene til på tværs af forskellige retskulturers begrebsapparater med en terminologi, der ofte ikke er i overensstemmelse med dansk. Men de enkelte regler må ofte files til, for at man kan nå frem til de politiske kompromiser, der føles nødvendige. Ofte indeholder direktiverne regler, der strider mod vore nedarvede traditioner. Skriftlighedskrav er nærmest en standardingrediens, og krav herom bakkes hyppigt op med hårdhændede sanktioner i form af godtgørelseskrav. Afgørelser, som efter vore retstraditioner overlades til skønsprægede vurderinger, sættes ofte på formler.

Mads Bryde Andersen

Det måske mest slående eksempel er den „forbudsliste“, der som bilag til direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler angiver, hvad der må anses som urimelige aftaler. Listen, der i direktivet angives som vejledende, er ikke indført i dansk ret, men da direktivet i sidste instans skal fortolkes af EF-domstolen, er det tænkeligt, at den alligevel kommer til at spille en rolle for forståelsen af f.eks. afl. § 36, jf. nærmere *Anita Plesner Björk* i U2000B.86 ff.

Konsekvensen heraf er, at der på nuværende tidspunkt tegner sig et broget billede af EU-baserede formueretlige lovtekster uden megen indre konsistens og med sproglige og strukturelle præg, som det er vanskeligt at drage nogen konsekvens af. Da mange af de direktiv-baserede regler dernæst strider mod vore nedarvede traditioner, og i øvrigt ofte tager sigte på problemstillinger, som vi ikke herhjemme har set noget behov for at regulere, siger det sig selv, at den slags retlige instrumenter ikke vil være egnede til at opbygge almindelige dele af obligationsretten.

Den komparative obligationsret: Med henvisningen til den betydning, de internationale strømninger og EU-harmoniseringsarbejdet har haft for udviklingen af en dansk obligationsret, er det allerede sagt, at betydningen af den internationale retssammenligning er taget til gennem de seneste tiår. Fra at være notestof for feinschmeckere er de komparative elementer trukket frem som bestanddele af en obligationsretlig fremstilling, der i stigende grad må tilegnes af den jurist, der vil kunne begå sig i det praktiske, internationaliserede handelssamkvem.

Betydningen af disse retssammenlignende indslag gør sig ikke alene gældende i relation til de afvejninger, der fra tid til anden må gøres, og hvor hensynet til opretholdelsen af fællesnordiske eller fælles-europæiske fortolkninger spiller ind, sml. fra et andet retsområde (ophavsrettens) Højesterets dom i *U 1978.42 H*. Betydningen viser sig også i den obligationsretlige begrebsopbygning, der gennem de kommende år må forventes at inkorporere stadigt flere terminologiske elementer fra fremmed ret. Der hersker derfor ingen tvivl om, at den komparative obligationsret indgår i obligationsrettens almindelige del. Omvendt må det siges, at denne placering ikke er særegen for den almindelige del. En tilsvarende rolle spiller den komparative ret andet steds – ikke alene i de specielle obligationsretlige discipliner, men overalt i formueretten.

Kodificeringstendenserne: Medvirkende til at bære den netop skitse-rede tendens frem, og som noget, der i øvrigt kunne ligne et oprør mod den kaotiske harmoniseringsbølge, er de bestræbelser, der gennem de seneste 5-10 år har været gjort for at kodificere dele af formueretten.

De to mest iøjnefaldende forsøg herpå er gjort af det internationale Unidroit-institut med „Principles of International Commercial Contracts“ (1994) og af Lando-kommissionen (hvis formelle betegnelse er „Commission on European Contract Law“) med Principles of European Contract Law (1995 og 1999).

Skal man placere disse arbejder i det formueretlige retskildesystem er det mest nærliggende at kategorisere dem som juridisk litteratur *sui generis*. Ophavsmændene til de centrale tekster er således retsvidenskabelige forfattere, der i deres virke ikke har været bundet af retspolitiske mandater fra de jurisdiktioner, de hver for sig repræsenterer. Det særlige ved den retsvidenskabelige indsats, de her har lagt frem, er at deres resultater er nået på grundlag af en nøje afvejning af, hvilke regler og hvilken terminologi, der føles mest overbevisende og rammende.

Det er efter min opfattelse ingen tvivl om, at dette arbejde vil få en stadigt stigende betydning i årene fremover. Men for at der kan blive tale om nogen egentlig gennemslagskraft må flere betingelser være til stede. For det første er det nødvendigt at få en substantiel debat om, hvorvidt ophavsmændene til de pågældende dokumenter har „ramt rigtigt“. En sådan debat er der tilløb til omkring enkelte temaer (f.eks. vedrørende *Unidroit*-reglernes behandling af begrebet *hardship*, se herved art. 6.2 og for en diskussion heraf *Bryde Andersen & Lookofsky*: Lærebog i obligationsret I (2000), afsnit 5.1.h). Men herudover må der for det andet etableres en mere gennemsigtig procedure for, hvorledes reglerne ændres. Uden en sådan procedure kan det dels føles ligegyldigt at indlede nogen professionel debat om reglernes indhold, dels risikerer man, at reglerne blot bliver stående som enkeltstående bidrag til en isoleret diskussion, som omverdenen – herunder brugerne – ikke kan tage del i.

Ikke-juridiske indslag i formueretten: Som nævnt ovenfor har en række nyere disputatsarbejder inddraget elementer af andre videnksområder end de klassisk juridiske, ligesom der i en række tilfælde har været foreslået omlægninger og kombinationer af eksisterende begrebsopbygninger. Denne tendens til at inddrage ikke-juridiske indslag i formueretten er velkendt også i andre lande. Et iøjnefaldende *generelt* eksempel herpå er den anvendelse af økonomiske begreber og argumentationsmønstre i juridiske discipliner, som tilhængere af den *retsøkonomiske skole* går ind for. Et fremtrædende *konkret* eksempel, hentet fra de førnævnte nyere disputatsarbejder, er *Sofsruds* anvendelse af beslutningsteoretiske synspunkter i disputatsen fra 1999.

Det er et stort, og åbent, spørgsmål, hvilken rolle disse teorier bør

Mads Bryde Andersen

have i fremtidens formueret. På den ene side kan man konstatere, at en række af de synspunkter, som de retsøkonomiske og beslutningsteoretiske fortalere bærer frem, faktisk *er* egnede til at forklare centrale formueretlige sammenhænge. Men på den anden side er det ikke altid lige indlysende, at disse sammenhænge ikke også ville kunne forklares ved brug af mere traditionelle formueretlige argumenter. Når regnestykket gøres op, må det nok tillægges stor betydning, at værdien af formueretlige analyser står og falder med, at analyserne faktisk læses – og forstås – af retsanvenderne. En forfatter, der vælger et (retsøkonomisk) begrebsapparat, der ligger for fjernt fra den typiske juridiske læsers forståelsesramme, løber nemt en risiko for faglig isolation og heraf følgende skønne spildte kræfter. For så vidt kan det siges at være en af den formueretlige retsvidenskabs store udfordringer at foretage en vis faglig „filtrering“ af de relevante elementer af disse nye teorier. Denne filtrering kan med fordel placeres i den obligationsretlige retsvidenskabs almindelige del.

Hensynsafvejningen: En af de mest centrale ingredienser i den obligationsretlige metode er identifikation og afvejning af de hensyn, der har afgørende betydning for den retlige regulering. Når det gælder dette aspekt udgør Gomards obligationsretlige forfatterskab en stor kilde til inspiration, rigt som det er med konkrete synspunkter og stillingtagen. Men anskuet i et generelt metodisk perspektiv kan man stille spørgsmålet, om denne metode opfylder de krav, man må stille til en retsvidenskabelig disciplin i henseende til muligheden for på forhånd at kunne *rubricere* de relevante tilfældegrupper og *afveje* de synspunkter, der på forhånd taler for det ene og det andet resultat.

En sådan indfaldsvinkel har Gomard alene anlagt enkelte steder i sit forfatterskab, og – interessant nok – i relation til et lovbestemt retsområde. Jeg siger her til oversigten over de hensyn, der ligger bag rentelovens normering af reglerne om morarente, se *Obligationsret 1* (1998), s. 96 f.

Det skal erkendes, at opgaven med at foretage en sådan systematisering er vanskelig. Vanskeligheden skyldes blandt andet, at man ofte vil blive drevet ud i det abstrakte, når man fokuserer på en enkelt af de faktorer, der spiller ind i en juridisk vurdering. Karakteren af disse vanskeligheder belyses ved Sofsruds doktorafhandling, der med udgangspunkt i moderne beslutningsteori udpeger en række „fokuspunkter“ som grundlag for en ansvarsvurdering af bestyrelsen. Som fremhævet i min kommentar til denne afhandling, U 2000B.341 ff., repræsenterer

denne fremgangsmåde kun en del af svaret på det pågældende problem (her: ansvarsvurderingen). Den anden, og vanskeligere, opgave er netop afvejning af de hensyn, der herefter fremhæves som gyldige.

Et generelt, men foreløbigt, forsøg på en sådan systematisering er gjort i min bog *Grundlæggende aftaleret* (1997), kapitel 7, og i *min og Lookofskys Lærebog i Obligationsret* (2000), se afsnit 1.3 og 5.1. Og selv med en sådan afgrænsning kan man overveje at udskille visse områder, hvor særlige hensyn gør sig gældende. Dette kunne f.eks. være aktuelt for forbrugerområdet.

Trods opgavens vanskelige karakter repræsenterer denne analyse et af de temaer, som obligationsretten bør bearbejde i årene fremover, hvis den skal bevare sin retsvidenskabelige status. En øget fokus på den almene hensynslære og en integration af denne hensynslære i den obligationsretlige problembehandling vil ikke alene kunne repræsentere et betydeligt metodisk løft af obligationsretten men også en selvstændig eksistensberettigelse af dens almindelige del.

5. Nogle konklusioner

Vender vi tilbage til den oversigt over obligationsrettens interne og eksterne afgrænsningsproblem, der blev skitseret i indledningen til dette bidrag, tegner der sig nogle enkelte konklusioner.

For det første springer det i øjnene, at begge afgrænsningsproblemer har været i bevægelse som følge af en stigning i den samlede problemmængde.

Når det gælder det *eksterne* afgrænsningsproblem kan man konstatere, at der er i takt med regelmængdens stigende kompleksitet er opstået en flerhed af nye discipliner, der har taget en del opgaver fra den almindelige obligationsret. Det er ikke realistisk at forestille sig, at en enkelt forfatter skulle være i stand til at opnå en sådan indlevelse med de vidt forskellige retsgrundlag, der systematisk er en del af obligationsretten, som må være forudsætningen for at kunne behandle disse problemstillinger fyldestgørende i samlet form. Det eksterne afgrænsningsproblem må derfor løses således, at kun de *principielle* dele af disse regelsæt tages frem til behandling.

Eksempler på sådanne principielle retsspørgsmål er reglerne om aftaleindgåelse, om fremkomsten af påkrav, om betydningen af ond tro og om retsmisbrug.

Mads Bryde Andersen

Hvad angår det *interne* afgrænsningsproblem kan man for det andet konstatere, at der er opstået et væld af nye metodiske problemstillinger, der med rette kan gøre krav på en plads i obligationsrettens almindelige del. Denne tendens kan måske også ses som udtryk for, at nyere obligationsretlig forskning har identificeret stadigt flere fundamentale tankesæt, der kan siges at spille rollen som fællesnævner for obligationsrettens enkeltproblemer.

Fælles er med sikkerhed visse *metodiske dele* af obligationsretten, herunder læren om formueretlige pligters udspring, gyldighed og ophør. Blandt de temaer, der i særlig grad burde behandles i en almindelig obligationsret er den obligationsretlige *terminologi, retskildelære og argumentation*. Som nævnt tegner der sig et åbenbart behov for, at den almindelige obligationsret udvikler en basal hensynslære, der begrundet aftalens forpligtende kraft, og som derfor rummer kimen til de argumentationsmønstre, der udfolder sig i de enkelte obligationsretlige delområder.

Når det gælder de enkelte *obligationsretlige discipliner* er det derimod nærliggende at gennemføre en vis opdeling af problemstillingerne. Som tidligere nævnt har der ikke været tradition for at gennemføre sådanne opdelinger i dansk obligationsret. En væsentlig udfordring ligger her i at afgrænse de typer af *ydelse*, som dels kan tjene som grundlag for de sondringer, der skal indgå i selve den almindelige del, dels til at udskille de dele, der rettelig bør behandles af de obligationsretlige specialdiscipliner.

I et forsøg på at bidrage med en sådan oversigt kunne det f.eks. være hensigtsmæssigt at udskille følgende typer af ydelser og hertil hørende transaktioner og retsgrundlag:

Obligationsrettens „almindelige del“

Ydelse	Transaktion	Retsgrundlag
Løsøre	Køb	Købeloven
Fast ejendom	Køb	Analogier fra købeloven, særlovgivning (herunder lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom)
Pengekrav	Lån, forsikring, kreditkøb	Gældsbrevsloven. Kredit-aftaleloven. Særbestemmelser om pengekrav. Almindelige retsgrundsætninger.
Information	Licens	Immateriel retlig lovgivning. Almindelige retsgrundsætninger
Faktisk brug	Leje, brugsret	Lejeretlige grundsætninger, lejelovgivningen
Forretningsmæssige samvirker	Selskabsdannelse, aktionæraftale	Selskabslovgivningen. Aftaleretten. Almindelige retsgrundsætninger.
Enkeltstående tjenester	Tjenesteydelse	Almindelige retsgrundsætninger
Personlige tjenesteforhold	Ansættelsesforhold	Ansættelsesretlige grundsætninger samt særregler (funktionærloven, lov om ansættelsesbeviser etc.).

Med sigte på hver af de discipliner, der er indeholdt i denne oversigt, kan man udpege en række gennemgående problemer, der kan give anledning til *almen* bearbejdning. Hertil hører i hvert fald følgende:

a. *Den aftaleretlige livscyklus*: Som tidligere nævnt har spørgsmålet om, hvornår en forpligtelse er indgået, henholdsvis ophørt, indtaget en noget perifer rolle i den almindelige obligationsret. Siden Ussing udgav sin aftaleretlige fremstilling har reglerne om aftaleindgåelse været behandlet i en særskilt disciplin. Reglerne om opsigelse behandles primært i relation til de enkelte discipliner, der indeholder særlige (lov-)regler herom. I et samlet overblik over den almindelige obligationsret bør de aftaleretlige spørgsmål imidlertid gøres til en fast del af billedet. Samtidig bør „indgåelsesreglerne“ af systematiske grunde ledsages med de korresponderende „afslutningsregler“, herunder de almindelige hovedregler og undtagelser vedrørende opsigelse, afbestilling og fortrydelsesret mv.

Mads Bryde Andersen

b. *Det klassiske synmallagma*: En væsentlig del af obligationsrettens problemfelt angår reglerne om ydelsers udveksling i gensidigt bebyrdende kontraktforhold: Hvilke gensidighedsbeføjelser kan gøres gældende i forbindelse med ydelsens præstation og ved et efterfølgende aftaleophør? Disse regler har hidtil været præsenteret over det køberetlige paradigma, men bør i en fremtidig obligationsretlig systematik også inddrage andre typer af ydelser, hvor muligheden for at gennemføre tilbageholdsret og ophævelse præges af ydelsens diffuse eller immaterielle karakter, og hvor reglerne om risikoovergang præges af, at de variable omkostninger i forbindelse med levering af den præsterede ydelse måske udgør et fragment af kontraktssummen (således som det f.eks. er tilfældet, når ydelsen udelukkende består af information).

c. *Misligholdelseslæren*: Spørgsmålet om, hvornår en forpligtelse er misligholdt, og hvilke retsmidler misligholdelsen tildeler den krænkede part, udgør en central komponent i den almindelige obligationsret, som der er behov for at bearbejde i såvel almen form som når spørgsmålet rejses i relation til bestemte typer af ydelser. Det er navnlig i denne relation, at der er behov for at bidrage med en identifikation af de relevante hensyn og deres afvejning.

d. *Andre fælles problemstillinger*: Foruden de førnævnte mere tværgående temaer i den almindelige del bør der være plads for en kategori af problemer, der går på tværs af de enkelte transaktioner. Hertil hører bl.a. reglerne om solidariske skyldforhold, forsikringsafdækning, forældelse og modregning.

Som disse bemærkninger viser, indebærer dette forslag til nyordning ikke nogen total omkalfatring af den obligationsret, vi kender i dag. Med undtagelse af de nye, metodiske, komponenter, der advokeres for, er der i hovedsagen tale om systematiske ombrydninger. Sammenfattende må det derfor antages, at indsatsen for at fastholde obligationsrettens almindelige del i hovedsagen kan gennemføres under anvendelse af disciplinens allerede oparbejdede erfaringsgrundlag.

Kredit til private - kreditaftaleloven 10 år

Professor, lic. jur. Lennart Lyngé Andersen

Reglerne i Kreditaftaleloven
er komplicerede

(Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del (1995) s. 122)

Lov om kreditaftaler fyldte ved årsskiftet 10 år. Der gøres i artiklen status over loven, der ikke har haft et særlig harmonisk liv – bl.a. med hensyn til lovens gennemslagskraft – og der peges på en række generelle problemer.

1. Temaet

Kreditaftaleloven fra 1990 har nu formelt været i kraft i 10 år. Lovgivning, der involverer den finansielle sektor, er ikke velkommen, og medvirkende til lovens noget vanskelige fødsel var en del arrogance fra Justitsministeriets side i forbindelse med bl.a. domstolenes kritik af lovforslaget og høringsproceduren over lovforslaget.¹

Da loven så blev gennemført – hvad den skulle, eftersom der i vidt omfang var tale om fælleseuropæisk stof – viste kreditgiverne, navnlig den finansielle sektor, i al væsentlighed loyalitet over for de nye oplysningskrav m.v., og man drog omsorg for, at lånedokumenter m. v. var i orden. Man kunne imidlertid i lovens første mange år konstatere, at der nok var sager ved landets fogedretter, men at man dér ikke virkede særlig interesseret i loven. Debitorerne måtte i almindelighed klare sig selv, og det var et særsyn, at spørgsmål om opgørelsen af kreditomkostningerne, eksempelvis berettigelsen af et rentekrav eller et gebyr, blev taget op ex officio af fogedretten.

1. Smh. *Lennart Lyngé Andersen: Lov om Kreditaftaler med kommentarer* (2. udg. 1995) s. 34 f.

Lennart Lynge Andersen

Man må nok erkende, at dette forhold har ændret sig i de seneste par år, og et af de spørgsmål, der kan rejses, er, om det er sket på en hensigtsmæssig måde, eller om overgangen har været for brat og uhenigtsmæssig, når det gælder et rimeligt samarbejde mellem erhvervsliv og domstolene.

Samtidig er der grund til at sætte loven ind i en generel kreditretlig ramme. Der er på mange måder tale om en moderne lov, hvor der bl.a. stilles krav til information og oplysning om en kreditaftales økonomiske og juridiske rækkevidde i noget videre omfang end hidtil, men hvor kravene er i god harmoni med den almindelige kreditretlige tankegang, der er præget af, at denne hviler på den såkaldt *erhvervsjuridiske metode*.²

2. Kreditaftaleloven og kreditretten

Lov om kreditaftaler afløste lov om kreditkøb fra 1982, der kun fik lov til at virke fra 1983-1990. Det skyldtes ikke, at der var rejst særlig kritik af kreditkøbsloven, der var funderet i et godt og fyldestgørende udredningsarbejde³, men via medlemskabet af EF, som det hed da, var medlemsstaterne forpligtet til en noget mere vidtgående regulering såvel med hensyn til, hvilke kredittransaktioner der var omfattet af reguleringen, som i henseende til *information til forbrugerne om en kreditaftales økonomiske og juridiske vilkår*. Fra at være en lov, der regulerede kreditkøb og visse låneaftaler, der involverede et kreditkøb, fik man en lov, der omfatter alle kreditaftaler, der indgås mellem en professionel kreditgiver og en forbruger (privatkunde), ligesom kreditaftaleloven regulerer visse erhvervskreditkøb. Loven måtte døbes om.

Det begyndte altså ved kreditkøbsloven. Indførelsen af en række oplysnings- og informationskrav før indgåelsen af et kreditkøb – navnlig om de omkostninger, der knytter sig til kreditkøbet – skal ikke mindst ses som et udslag af, at loven blev udtænkt og blev gennemført på et tidspunkt, hvor forbrugersynspunkter politisk havde betydelig gennemslagskraft. Hvor afbetalingsloven af 1954 ikke havde indeholdt særlige oplysnings- eller informationskrav,⁴ skulle sælgerne fra 1983 – inden en køber forpligtede sig – give oplysning om *kontantprisen, kreditomkostningerne angivet som et beløb, kreditkøbsprisen, udbeta-*

2. Se herved *Børge Dabl*: Erhvervsjura som ledelsesredskab (FSR's årsskrift 1990) s. 97 ff.

3. *Betænkning nr. 839/1978 om køb på kredit*.

4. De to afbetalingslove fra 1917 og 1954 interesserede sig – groft sagt – kun for stillingen ved købers misligholdelse.

lingen, skyldbeløbet samt oplysning om *de enkelte ydelser, antallet af ydelser og forfaldstid*. Disse oplysninger skulle gives i købekontrakten eller andet dokument, der skulle underskrives af køberen, og denne skulle have en genpart.

Da det er dette element, der navnlig blev udbygget ved EF's forbrugerkreditdirektiver og dermed i kreditaftaleloven, har det interesse at se, hvorledes Kreditkøbsudvalget begrundede det øgede krav om oplysninger:⁵

»Den gældende afbetalingslov regulerer først og fremmest retsstillingen ved køberens misligholdelse. I dag forekommer det imidlertid at være for snævert alene at fokusere på misligholdelsessituationen. Da forholdene ved kreditkøbsaftalens indgåelse bl.a. kan være afgørende for, om der senere sker misligholdelse, er der god grund til også at beskæftige sig med disse forhold. Forbrugerbevægelsen har da også længe både her og i udlandet arbejdet for gennemførelse af regler, der sikrer, at køberens beslutninger om, hvorvidt han skal indgå et køb, betale kontant eller på kredit, og hvilket kreditkøbstilbud han i givet fald skal vælge, i videst muligt omfang kan træffes på grundlag af fyldestgørende, korrekte og sammenlignelige oplysninger om kreditvilkår og kreditomkostninger.

Udvalget finder det væsentligt, at de nævnte oplysninger allerede er tilgængelige for den, som overvejer at foretage et køb på kredit, medens denne endnu befinder sig på *overvejelsesstadiet*.«

Dette førte et stort flertal i udvalget til at henstille til handelsministeren, at der i prismærkningsloven blev gennemført regler, der varetog de nævnte hensyn, og man foreslog, at sælgeren i et kreditkøb inden køkets indgåelse skulle give en række økonomiske oplysninger.⁶

Oplysningskravene og den ideologi, der ligger bag reglerne, er i god harmoni med kreditretlig tankegang, hvor der lægges vægt på, at de finansielle institutioners kunder skal have et så solidt og fyldestgørende beslutningsgrundlag som muligt.⁷ De finansielle institutioners vare er

5. *Betænkning nr. 839/1978 om køb på kredit* s. 36.

6. Derimod fandt et flertal i Kreditkøbsudvalget, at tiden ikke var tilstrækkelig moden til at gennemføre regler om oplysning om kreditomkostningerne angivet som en effektiv årlig rente, smh. *betænkningen* s. 37. Dette skete dog få år efter – netop ved kreditaftaleloven – og her i en forstærket form, idet kreditaftaleloven stiller krav om angivelse af *de årlige omkostninger i procent*.

7. Smh. *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff: Introduktion til kreditretten* (2000) kap. 2.

Lennart Lynge Andersen

som bekendt penge og tjenesteydelser i forbindelse med penge, og hvordan man end vender og drejer det, har denne vare en anden karakter end de fleste løsøregenstande. Man kan undvære en bil eller et sommerhus, men de fleste mennesker – såvel privatkunder som erhvervskunder – er på en eller anden måde afhængig af den finansielle verdens varer, det være sig til dagliglivets fornødenheder, husleje, uddannelse eller – for manges vedkommende – måske fordi man netop ikke mener at kunne undvære bilen! Der anvendes mange markedsføringskroner på, at forbrugerne ikke glemmer dette. Den finansielle sektor spiller for tiden ligefrem på, at de fleste har behov for „lidt overskud“, hvad der vel må siges at være en forenkling af den kreditretlige realitet.

Alvoren bag det finansielle liv og institutionernes vare ses også i den finansielle sprogbrug. Alle, der er fyldt 18 år, kan købe en bil, en lejlighed eller på anden måde foretage kloge eller ukloge dispositioner, der mærkes, uden at der skal spørges om lov. Set fra institutionernes side er det ikke helt så enkelt: en kunde kan ikke bare indfinde sig ved skranken og få et lån. Kunden skal være *kreditværdig*, hvorfor man foretager en *kreditvurdering*. Herefter gives der måske en *kreditbevilning*.

3. *Kreditaftaleloven og finanspolitikken*

Kreditaftaleloven arvede nogle ejendommelige regler fra kreditkøbsloven, hvor sigtet var at skabe en finanspolitisk styring af det fremmedfinansierede (over)forbrug. Det er et forhold, som man historisk kender fra afbetalingsloven⁸, og det gentog sig i 1986 ved „kartoffelkuren“. Man forhøjede kravet til mindsteudbetaling i forbrugerkredit med ejendomsforbehold fra 20 % til 30 %, og samtidig gav man regler om „Særlige kreditvilkår i kreditkøb“, der blev overført til kreditaftalelovens §§ 19-20. Kreditaftaler om fast lånebeløb i forbindelse med kreditkøb (d.v.s. også omfattende trepartsforhold, smh. ndf. under 5) skulle være afviklet over 3 år, og ved aftaler om variable lånebeløb skulle forbrugeren hver måned betale mindst 5 % af saldoen.

Regelsættet blev ophævet i 1994, og der er vist ingen, der har begrædt savnet.

8. Smh. den udførlige redegørelse s. 11 ff. i *Betænkning nr. 839/1978 om køb på kredit*.

4. *Lovens anvendelsesområde*

Kreditaftaleloven grupperes ofte blandt den nyere forbrugerbeskyttelseslovgivning, og dette afspejler, at lovens hovedområde er *forbruger-aftaler*, i § 1, stk. 1, defineret som kreditaftaler, hvor en erhvervsdrivende (kreditgiveren) yder eller giver tilsagn om at yde kredit som led i sit erhverv, når en anden part (forbrugeren) hovedsagelig handler uden for sit erhverv. Denne bestemmelse – hvor den nugældende ordlyd stammer fra implementeringen i 1994 af et Rådsdirektiv om urimelige kontraktvilkår i forbruger-aftaler⁹ – har ikke givet anledning til større problemer, når det gælder kreditaftaler, men se dog *U 1995.432 H*, *U 1998.47 H* og *U 2000.577 H*.

Danmark valgte i 1990 ikke at udnytte muligheden for at indsætte en øvre grænse for, hvornår der foreligger en forbrugerkreditaftale, smh. det oprindelige direktivs artikel 2, litra f, hvorefter direktivet ikke finder anvendelse på kreditaftaler om mere end 20.000 ECU. En øvre grænse må antages at kunne komme på tale, men 20.000 ECU, der vel i dag hedder EURO og andrager ca. 160.000 kr., forekom både i 1990 og i vore dage at være for lavt sat og ville eksempelvis i praksis medføre, at næsten alle realkreditlån til forbrugere faldt uden for kreditaftaleloven.

Der findes ikke praksis, der belyser, hvor en eventuel øvre grænse eventuelt bør være. Problemet har i stedet været, om personer, der (i større omfang?) driver spekulation bør være omfattet af forbrugerbegrebet. Højesteret har i alt fald i *U 1995.432 H* og *U 2000.577 H* sat overliggeren ganske lavt. Navnlig kategoriseringen i den sidstnævnte sag, hvor der forelå ren spekulation i form af lån til køb af aktie og indskud af et større beløb som ansvarlig kapital i selskabet (hvis formål var at drive investering) forekommer mere end diskutabel, men den fik i øvrigt ikke betydning for afgørelsen af sagens realitet.

I forbindelse med omtalen af kreditaftalelovens anvendelsesområde, kan der være grund til at pege på en noget speciel fortolkning vedrørende lovens erhvervsdel, hvor det i § 2 hedder, at lovens kapitel 11 gælder for kreditkøb, der ikke er forbrugerkøb. Dog falder erhvervsdrivendes køb til videresalg eller af materialer, der indgår i virksomhedens produktion, uden for loven. Den nærmere regulering findes i §§ 49-52,

9. Lov nr. 1098 af 21. december 1994 om bl.a. ændring i kreditaftaleloven og aftaleloven og Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbruger-aftaler.

og disse bestemmelser illustrerer – som også påpeget i forarbejderne – at der er tilsigtet forskel på forbrugerkreditaftaler og erhvervskreditaftaler. Den mest markante forskel kan siges at være, at *oplysningsreglerne* i §§ 9-14 og *bestemmelserne om sanktioneringen af manglende oplysninger* i §§ 23-24 ikke gælder for erhvervskreditaftaler.

Afgørelsen refereret i *U 2000.993 Ø (2. spalte)* er ved en umiddelbar læsning en trivial kendelse, hvor landsretten ophæver en fogedretskendelse, da der ikke var hjemmel til at undlade at indkalde rekviritus. Det er sikkert rigtigt; det lyder i hvert fald rigtigt. Læser man imidlertid fogedrettens kendelse (der altså blev ophævet af andre årsager) i sin helhed, vil man se, at det lykkes fogedretten at bibringe ny viden på kreditaftalelovens område.¹⁰

Efter kreditaftalelovens § 24 kan en kreditgiver i almindelighed ikke kræve godtgørelse for omkostninger, som ellers ville påløbe i anledning af forbrugerens misligholdelse, hvis sælgeren i et kreditkøb ikke har givet oplysninger som foreskrevet i §§ 9-10, jf. § 8. Det er ubestridt, at oplysningsreglerne i disse bestemmelser kun gælder for forbrugerkreditaftaler, jf. § 1 og jf. § 2 e.c.

I § 38 hedder det følgende:

- »Vil kreditgiveren i et køb med ejendomsforbehold tage det solgte tilbage, kan denne ved opgørelsen af sit tilgodehavende kun medregne
- 1) den ubetalte del af fordringen med fradrag efter § 27, stk. 2-3.
 - 2) rente af forfaldne ydelser og
 - 3) nødvendige omkostninger ved tilbagetagelsen, herunder inkassoomkostninger, medmindre § 24 er til hinder herfor.«

Og i § 50 hedder det:

»Kapitel 10 finder tilsvarende anvendelse på kreditkøb, der ikke er forbrugerkøb, og hvor der er aftalt ejendomsforbehold med hensyn til det solgte, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. § 34, stk. 1, nr. 4, § 35, §§ 41-42, § 45, stk. 2, og § 48, stk. 2, finder ikke anvendelse på de i stk. 1 nævnte køb.«

I den konkrete sag var der tale om et erhvervskreditkøb, hvor rekvirenten anmodede fogedretten om at blive indsat i besiddelsen af noget

10. Jeg er bekendt med, at også andre fogedretter har været inde på samme tankegang.

løsøre, som der var ejendomsforbehold i. Fogedretten sendte sagen tilbage med bemærkning om, at det skyldige beløb skulle opgøres efter § 38, og at det skulle dokumenteres, at der var givet oplysninger efter lovens § 9. Dette blev også resultatet i kendelsen, hvor fogedretten bl.a. henviser til, at det følger af § 50, at § 38 også gælder i erhvervskreditkøb. En tilbagespoling til § 24 måtte herefter føre til, at også § 9 skulle være iagttaget.

Dette resultat forekommer noget overraskende, og det må antages, at fogedretten er bragt i en vildfarelse. Konsekvensen af fogedrettens kendelse er jo, at kreditaftalelovens oplysningsregler finder anvendelse på alle kreditaftaler. Det har ikke været meningen, og der er ikke noget holddepunkt herfor i forarbejderne. Det må ganske vist erkendes, at § 38, nr. 3, nævner § 24, og at § 50, stk. 2, ikke nævner § 38, nr. 3, men det må antages, at det sidstnævnte er en fejl fra lovgivers side. Sagt på en anden måde må det antages, at § 38, nr. 3, jf. § 24, skal læses med respekt af bestemmelserne om lovens anvendelsesområde i §§ 1-2. Det er ikke ligegyldigt, om man begynder forfra eller bagfra ved læsningen af en lov.

5. Oplysningsreglernes kompleksitet

Da en del af institutionernes lån og kredit sker til privatkunder, må det vel antages at være væsentligt og et elementært krav, at kunden kan forstå de oplysninger, der gives om det lån, der påtænkes stiftet.

Kreditaftaleloven er en implementering af EU's forbrugerkreditdirektiver¹¹, og loven er dermed et led i Unionens forbrugerpolitik. På dette område har man især søgt at tilgodese to interesser, som vi skal se lidt nærmere på, nemlig (1) den allerede nævnte, der skal give forbrugeren et så fyldestgørende beslutningsgrundlag som muligt og – i sammenhæng hermed – (2) at finde en retvisende økonomisk model, der – hvis der ikke snydes på vægten – viser forbrugeren, hvad varen koster. Herefter kan den potentielle kredittager orientere sig flere steder i den finansielle sektor, således at hun kan finde ud, hvad der mest hensigtsmæssigt for hende.

(1) Skabelsen af et godt beslutningsgrundlag sker bl.a. via følgende regler i kreditaftaleloven:

11. EF-Direktiv nr. 87/102/EØF af 22. november 1986 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forbrugerkredit, som ændret ved EF-Direktiv nr. 90/88/EØF af 22. februar 1990 og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 98/7/EF af 16. februar 1998.

Lennart Lyngge Andersen

»Kreditaftaler med fast lånebeløb

§ 9. Ved indgåelse af en kreditaftale med fast lånebeløb skal kreditgiveren oplyse forbrugeren om:

- 1) *Lånebeløbet*: Det lånte beløb efter fradrag af stiftelsesomkostninger, kurstab og lignende.
- 2) *Størrelsen af en eventuel udbetaling*.
- 3) *Kreditomkostningerne* angivet som et beløb og opgjort i overensstemmelse med § 13.
- 4) *De årlige omkostninger i procent*: Den samlede pris for kreditten udtrykt i procent pr. år af lånebeløbet og beregnet i overensstemmelse med §§ 16-18.
- 5) *Det samlede beløb, der skal betales*: Summen af lånebeløbet, udbetalingen og kreditomkostningerne.
- 6) *De enkelte ydelser, disses antal og forfaldstid*.
- 7) *Aftalens varighed og betingelserne for dens opsigelse*.

Stk. 2. I kreditkøb påhviler oplysningspligten efter stk. 1 sælgeren. Denne skal tillige oplyse forbrugeren om *kontantprisen*, dvs. den pris, for hvilken tingen ved aftalens indgåelse kunne være købt mod kontant betaling hos sælgeren.

Stk. 3. Har parterne aftalt, at kreditomkostningerne, ydelserne eller andre vilkår, der har betydning for størrelsen af de årlige omkostninger i procent, kan ændres under kreditaftalens forløb, skal kreditgiveren oplyse forbrugeren herom samt angive de betingelser, hvorunder omkostningerne således kan ændres.

Stk. 4. Er det ikke muligt at beregne de årlige omkostninger i procent, skal kreditgiveren i stedet oplyse forbrugeren om den nominelle årlige rente.«

For *kreditaftaler med variabelt lånebeløb* gælder efter § 10 (nogenlunde) samme regler. Med hensyn til, hvad der forstås ved *kreditomkostninger*, og hvorledes de opgøres, hedder det i §§ 13-14 følgende:

»§ 13. Kreditomkostningerne omfatter alle omkostninger, herunder stiftelsesomkostninger, renter, løbende provisioner og alle andre omkostninger, som forbrugeren skal betale for kreditten, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. Med henblik på opgørelsen af kreditomkostningerne ses der bort fra følgende omkostninger:

- 1) Misligholdelsesomkostninger.
- 2) Omkostninger, som forbrugeren skal betale ved køb af løsøre eller tjenesteydelser, hvad enten der købes kontant eller på kredit.
- 3) Omkostninger ved overførsel af penge.
- 4) Omkostninger ved at føre en konto til brug ved betaling af ydelserne på kreditten, bortset fra omkostninger ved opkrævning af betalinger, hvad enten de opkræves kontant eller på anden måde.
- 5) Medlemsbidrag ved optagelse i foreninger eller sammenslutninger i henhold til en anden aftale end kreditaftalen, selv om disse bidrag har indvirkning på kreditvilkårene.
- 6) Forsikrings- eller garantiomkostninger, medmindre forsikringen eller garantien skal tjene til sikkerhed for kredittens tilbagebetaling.

Stk. 3. Bestemmelserne i stk. 2, nr. 3-4, finder kun anvendelse, hvis forbrugeren har rimelig valgfrihed med hensyn til, hvorledes pengeoverførslen eller betalingen skal ske, og hvis omkostningerne ikke er unormalt store.

§ 14. Kreditgiveren skal ved aftalens indgåelse oplyse forbrugeren om størrelsen af de omkostninger, der er nævnt i § 13, stk. 2, nr. 2-6, samt angive, under hvilke omstændigheder de skal betales. Hvis størrelsen af omkostningerne ikke er kendt, skal kreditgiver om muligt oplyse forbrugeren om beregningsmåden for omkostningerne eller foretage et skøn over omkostningernes størrelse.«

Allerede gengivelsen af disse regler dokumenterer, at der er tale om tungt stof, og man bliver ved læsningen let i tvivl, om reguleringen har ramt det rette. Samtidig skal man huske, at kreditaftaleloven, når det gælder rene pengelån, kun omfatter lån og kredit til forbrugere, og der er derfor indsat følgende bilag til loven:

»Bilag

Grundligning der angiver ækvivalensen mellem dels lånenes, dels tilbagebetalingsydelsernes og omkostningernes værdi

$$\frac{K}{K} = \sum_{m=1}^m \frac{A_K}{t_K} = \frac{K'}{K'} = \sum_{m'=1}^{m'} \frac{A'_{K'}}{t_{K'}}$$

(1 + 1)

(1 + 1)

Lennart Lyngge Andersen

Betydning af bogstaver og symboler:

K	er løbenummeret for et lån
K'	er løbenummeret for en tilbagebetalingsydelse eller en omkostnings betaling
A_K	er størrelsen af lån nummer K
$A'_{K'}$	er størrelsen af tilbagebetalingsydelse eller omkostningsbetaling nummer K'
Σ	er tegnet for en opsummering
m	er løbenummeret for sidste lån
m'	er løbenummeret for sidste tilbagebetalingsydelse eller sidste omkostningsbetaling
t_K	er tidsintervallet, udtrykt i år eller brøkdele af år, mellem tidspunktet for lån nr. 1 og tidspunkterne for de senere lån nr. 2 - m
$t_{K'}$	er tidsintervallet, udtrykt i år eller brøkdele af år, mellem tidspunktet for lån nr. 1 og tidspunkterne for tilbagebetalingsydelse eller omkostningsbetaling nr. 1 - m_1

i er omkostningerne i procent, som kan beregnes (ved algebra, ved successive tilnærmelsesvise beregninger, eller ved et edb-program), når de øvrige dele i ligningen er kendte gennem aftalen eller på anden måde.

- De beløb, der tilbagebetales fra forskellig side på forskellige tidspunkter, er ikke nødvendigvis lige store og tilbagebetales ikke nødvendigvis med lige store intervaller.
- Begyndelsestidspunktet er tidspunktet for det første lån.
- Intervallet mellem de ved beregningen anvendte tidspunkter udtrykkes i år eller brøkdele af år. Et år antages at have 365 dage, 365,25 dage eller (i skudår) 366 dage, 52 uger eller 12 lige lange måneder. Hver måned antages at have 30,41666 dage (= 365/12).
- Beregningens resultat skal angives med mindst én decimals

nøjagtighed. Hvis der afrundes til en bestemt decimal, gælder følgende regel: Hvis decimalen efter denne bestemte decimal er 5 eller derover, forhøjes denne bestemte decimal med én.

- e) De benyttede løsningsmetoder skal give et resultat svarende til eksemplerne i bilag III til direktiv 87/102/EØF som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/7/EF af 16. februar 1998.«

Der er vel ingen, der vil hævde, at disse bestemmelser – eller bilaget! – er let kost, og det er tankevækkende, at man – trods det gode sigte – har ment, at der er behov for så mange oplysninger. Regelsættet er uoverskueligt, og det giver ikke incitament til, at kunderne giver sætte sig ind i tingene. Det må antages, at der kan ske en forenkling, smh. nedenfor.

2) Forarbejderne til EU-retsakter offentliggøres som bekendt ikke, og man er derfor henvist til diverse (overordnede) „programmer“, „handlingsplaner“ og retsakternes præambler. I præamblerne til de to direktiver, der forelå ved den danske lovgivning i 1990, hedder det, at »forbrugerne bør modtage tilstrækkelige oplysninger om kreditvilkår og kreditomkostningerne og om deres forpligtelser..«, og at »oplysninger om kreditomkostninger i reklamer eller i kreditgiverens eller kreditformidlerens forretningslokaler kan gøre det lettere for forbrugerne at sammenligne de forskellige tilbud.«

Taget efter ordlyden er der således lagt op til, at en potentiel kredittager skal læse reklamer, tv-spots, besøge et eller flere pengeinstitutter, tilsvarende aflægge besøg i realkreditsektoren og samtidig notere sig, hvilke vilkår der gælder for kredit i detailhandelen. Før der shoppes om den egentlig vare, skal der altså shoppes om kreditmulighederne.

Selv om der er forskel på forholdene på markedet i 1990 og i vore dage – og hvad man end har forestillet sig i Bruxelles under forhandlingerne om direktiverne, der foregik i det meste af 1980'erne – må det nok erkendes, at det danske marked fungerer anderledes.¹² Også her gør sig navnlig to forhold gældende. Den danske forbruger er indstillet på en hurtig og effektiv kreditmulighed, således at der kan skrives til det, der er vigtigst for hende, nemlig købet af en løsøregenstand. Dette forhold bekræftes eksempelvis af den fremgang, som finansieringsselskaberne har haft i de senere år. Det kan vistnok ikke bestrides,

12. Samme iagttagelse har *Espen Bergh* gjort i Norge, smh. Lov og Rett 2000 s. 328 f.

Lennart Lyngge Andersen

at disse selskabers vare er (væsentlig) dyrene end pengeinstitutternes, og så kommer ideologien fra Bruxelles pludselig i modvind. Den danske forbruger kan vel i almindelighed karakteriseres som veluddannet, motiveret og resultatsøgende, men man må få den tanke, at hun måske ikke er helt så interesseret i alle de fine oplysninger, som lovgivningen kræver, at kreditgiverne skal udlevere.

Hertil kommer, at det danske kreditmarked på mange punkter er meget traditionelt og konservativt indrettet. Pengeinstitutterne (og finansieringsselskaberne) har deres banehalvdel, og realkreditlen har deres. Dette forhold har ganske vist forandret sig lidt i de seneste år, idet realkreditlen (herunder de pengeinstitutejede realkreditinstitutter) er blevet noget mere direkte i deres markedsføring og nu „åbner døren“ for kunderne, hvor de fleste realkreditlån tidligere blev formidlet gennem pengeinstitut, ejendomsformidler eller advokat, men en stor del af låntagerne følger stadig den traditionelle vej.

Det er den almindelige erfaring i den finansielle sektor, at kunderne ikke har en store interesse i de oplysninger, der lægges frem. En del kunder skriver bare under. Man kunne derfor overveje – hvilket i sidste ende skal ske på europæisk plan som følge af koblingen mellem forbruger kredittidirektiverne og kreditaftaleloven – om der kan ske en forenkling af oplysningssættet, således at en kredittager får et ordentligt beslutningsgrundlag, uden at hun dynges til af oplysninger, således som det reelt sker i dag. Det må i så fald antages, at den væsentligste interesse ved en regelsanering vil samle sig om, at kreditgiver skal give oplysning om *de årlige omkostninger i procent, det samlede beløb, der skal betales* samt angive, *hvor længe kreditaftalen skal løbe*.

6. *Trepartsforhold*

Den bestemmelse i kreditaftaleloven/kreditkøbsloven, der har vakt mest debat,¹³ er § 5, nr. 2 (kreditkøbslovens § 1, stk. 2, nr. 2), hvor det hedder:

13. Der er siden Kreditkøbsbetænkningen kom i 1978 skrevet mere end 20 bidrag til forståelsen af bestemmelsen, men med hensyn til det principielle spørgsmål om bestemmelsens anvendelsesområde er det vigtigt at sondre mellem litteratur før og efter *U 1995.192 H* („*Vandsengesagen*“). Se særligt *Lene Pagter Kristensen* i *U 1994 B* s. 215 ff og *Jørgen Nørgaard* i *U 1995 B* s. 409 ff. med yderligere henvisninger. Et særligt fænomen – der ikke tages op i denne sammenhæng – er, at Forbrugerklagenævnets praksis skaber tvivl om forholdet mellem oprindelige og efterfølgende trepartsforhold.

»Som kreditkøb betegnes en kreditaftale med henblik på køb af løsøre, hvorefter

.....

2) købesummen helt eller delvis dækkes ved lån indrømmet køberen af en tredjemand på aftale herom mellem denne og sælgeren.«

Denne lidt ejendommelige regel er forbrugerbeskyttelse, når blusset er højest. Atter er der grund til at pege på, at reglen er udtænkt i 1970'erne. Kreditkøbsudvalget fik forelagt forskellige finansieringsmuligheder og -modeller, og § 5, nr. 2 (§ 1, stk. 2, nr. 2) – nu oftest kaldt *oprindeligt trepartsforhold* – var inspireret af »den form for køb, der i Sverige og Norge sædvanligvis betegnes som lånekøb«, jf. *Kreditkøbsbetænkningen* s. 58. Betænkningen redegjorde dog ikke nærmere for, hvorledes denne ordning blev praktiseret i de nordiske lande, ud over at de andre landes lovgivning var gengivet som bilag, og man fandt i betænkningens s. 21 i beskrivelsen af fremmed ret en bemærkning om, at der i Sverige var bestemmelser, der sikrede køber adgang til at fremsætte indsigelse over for »den, der ved sælgers formidling har lånt penge til købet.« – Jeg mener nu som tidligere, at netop på dette punkt indeholdt kreditkøbsbetænkningen ikke megen vejledning.

En anden finansieringsmodel var de *efterfølgende trepartsforhold*, som var fyldigt beskrevet af bankjuristen *Preben Hommel* i betænkningen s. 282-283. Notatet viser, at banker og finansieringsselskaber havde forsøgt at trylle. Det centrale var, at løsøresælgers dokumenter var hensigtsmæssigt udformet for kreditgiver i den forstand, at de både tog højde for sælgers egen stilling i forhold til køberen, og for en finansierende tredjemands stilling i forhold til køberen. I mange tilfælde kendte køberen ikke tredjemand. At der var tale om mere end en traditionel købekontrakt, så man navnlig i, *at* der taget ejendomsforbehold (i en kontanthandel!), og *at* der var indsat en „cut-off-klausul“, der skulle hindre køberen (låntager) i at rette mangelsindsigelser mod pengeinstituttet.

Der var således tale om to vidt forskellige modeller. Ved de oprindelige trepartsforhold er der to forskellige aftaler, købet og kreditaftalen, og der blandes ikke fremmede elementer i form af ejendomsforbehold ind. Ved de efterfølgende trepartsforhold er der tale om en klassisk juridisk konstruktion, hvor tredjemand får transport i købekontrakten (således at debitor kan gøre indsigelser gældende i medfør af gældslovens § 27), og det retspolitiske spørgsmål ved gen-

nemførelsen af kreditkøbsloven blev i al væsentlighed, om man ville acceptere kontraktspraksis med cut-off-klausulen. Det ville man ikke, jf. nu kreditaftalelovens § 31. Derimod er der efter kreditaftaleloven ikke afgørelser, der beskæftiger sig med, hvor langt sælger med den finansierende tredjemands bistand kan gå med hensyn til at forberede transporten. Spørgsmålet er navnlig aktuelt, fordi kreditaftalelovens § 15, stk. 1, og stk. 2, indeholder forskellige rentebestemmelser.

Navnlig kreditaftalelovens § 5, nr. 2, kan ikke stå alene. Man anvendte (fra kreditkøbsloven) den lovgivningsteknik at optage bestemmelsen som et (nyt) led i definitionen af et kreditkøb, således at kreditaftaler, der fanges af § 5, nr. 2, *er undergivet lovens regler om kreditkøb*. Det gælder eksempelvis § 21, der forbyder pant i kreditkøb, § 31, der allerede er omtalt, og helt centralt står lovens § 33, stk. 2, hvorefter en forbruger over for kreditgiver som hovedregel kan rejse samme pengekrav på grundlag af købet som over for sælgeren. Ved de efterfølgende trepartsforhold gælder § 33, stk. 1.

De to finansieringsmuligheder fik vidt forskellig skæbne. Efter gennemførelsen af kreditkøbsloven satsede store dele af den finansielle sektor på, at § 1, stk. 2, nr. 2, ville få et så minimalt anvendelsesområde som muligt, og transportsituationen (de efterfølgende trepartsforhold) gik en del steder i hi. Det havde bl.a. sammenhæng med, at forarbejderne til bestemmelsen ikke var særligt klare. Denne „satsning“ – som jeg (og indtil julen 1994 også landets (foged)retter) havde en del forståelse for – lykkedes dog ikke i det lange løb:

Først ved en dom af 19. december 1994 (*U 1995.192 H*) blev det afklaret, at § 1, stk. 2, nr. 2/§ 5, nr. 2, havde et ganske vidt anvendelsesområde.¹⁴ Kommentaren til dommen knytter ikke bemærkninger til de meget lidt sigende forarbejder; Højesteret valgte i stedet at lade tvivlen om bestemmelsens anvendelsesområde komme forbrugerne til gode, kombineret med en ikke ringe grad af risikofordeling, når det gælder, hvem der bør tage risikoen for dårlige varer og usolide sælgere. Det ses navnlig i kommentaren s. 411, hvor *Jørgen Nørgaard* – efter at have beskrevet stillingen ved de efterfølgende trepartsforhold – bl.a. anfører:

»Man står imidlertid vedrørende de øvrige køb tilbage med det problem, at en række af de køb, hvor sælgeren modtager fuld betaling ved overgivelsen –

14. Dommen er kommenteret af *Jørgen Nørgaard* i *U 1995 B* s. 409 ff.

for så vidt bliver betalt kontant – ikke er udtryk for en opsparing hos køberen, men er udtryk for, at køberen har lånt til udbetalingen, og at sammenkædningen af købet og låntagningen er så tæt – sælgeren er en så central person ved såvel købet som låntagningen – *at det ikke opleves som tilfredsstillende at falde tilbage på den løsning, der gælder ved almindelige kontantkøb: at køberens position er bestemt af sælgerens økonomiske soliditet* (min fremhævelse).

Lovgivningen skal værne de långivere, der yder et „fritstående“ lån, og „ramme“ dem, der – typisk erhvervsmæssigt – går ind i et samarbejde med en eller flere sælgere med henblik på at holde salget af løsøre i gang til forbrugere, som ikke har et opsparingsmæssigt grundlag for at anskaffe sig de pågældende effekter..... Forbrugere vil formentlig typisk tage flere chancer med deres økonomi – og vil altså have mere beskyttelse behov – ved køb baseret på låntagning end ved kontantkøb funderet i opsparing, og der er ingen overbevisende grund til, at kreditkøb kun skal være omfattet af regler om beskyttelse af køberen, hvis sælgeren har ønsket at sikre sit krav på betaling af restkøbesummen med ejendomsforbehold i det solgte – som tilfældet var under afbetalingsloven.«

Siden har situationen været præget af, at en del finansielle institutioner fulgte den tabende finansieringselskab og genoplivede den gamle kontraktspraksis. De efterfølgende trepartsforhold var således tilbage på banen. Det betyder ikke, at der ikke er (sager om) oprindelige trepartsforhold, kun at deres antal ikke er så stort, som Højesteret åbenbart forventede, smh. *Jørgen Nørgaards* bemærkning i U 1995 B s. 418.¹⁵

I den følgende tid har trepartsforholdene givet anledning til lidt andre problemer. Disse spørgsmål var navnlig funderet i, at kreditkøbsloven – på dette punkt direkte overført til kreditaftaleloven i 1990 – havde ændret afbetalingslovens regler om retsstillingen ved den solgte genstands tilbagetagelse. Det politiske sigte var klart: man ønskede at undgå de processuelle virkninger af, at sælger/kreditgiver kunne foretage udlæg i den solgte genstand eller i andre af debtors genstande, og loven bestemte derfor, at tingen skulle tages tilbage i fogedretten gennem en *tilbagetagelsesforretning*, hvor der skulle dokumenteres en række oplysninger, der var begrænsninger i de krav, som sælgeren kunne indtale under fordringen, og – hovedpunktet – sælger (eller

15. Det hedder her: »Reglen er ikke en patient, men en læge – indtil videre med rigeligt at kurere.«

Lennart Lyngge Andersen

transporthaver) kunne kun gøre krav på restfordringen, hvor debitor havde lagt hindringer i vejen for tingens tilbagetagelse. Disse regler fandt direkte anvendelse på kreditkøb med ejendomsforbehold, men den bagvedliggende ideologi blev – delvis – overført til kreditaftalelovens § 30, jf. ndf.

For de *oprindelige trepartsforholds* vedkommende¹⁶ gav det i midten af 1990'erne anledning til tvist, om tredjemand havde to juridiske stik: Ved at satse på et minimalt anvendelsesområde kunne man (som i de „gamle“ dage) tage pant i bilen. Viste det sig så, at der forelå et oprindeligt trepartsforhold, kunne det herefter hævdes, at kreditaftalelovens § 30, stk. 1, måtte føre til, at finansieren ville beholde restfordringen på debitor, smh. *U 1995.594 V* og *U 1998.67 H*.

I kreditaftalelovens § 30 hedder det:

»Hvis ikke særlige hensyn til forbrugeren eller kreditgiveren taler imod det, kan fogedretten i kreditkøb henvise en kreditgiver, der ikke har ejendomsforbehold, til så vidt muligt at søge sig fyldestgjort ved tilbagetagelse af det solgte. Tilbagetagelsen sker da under anvendelse af §§ 39-40, §§ 43-44 og § 47. Er det solgtes værdi mindre end kreditgiverens tilgodehavende efter § 38, har kreditgiveren krav på betaling af det overskydende beløb.

Stk. 2. Hvis et ejendomsforbehold i en aftale om kreditkøb ikke er gyldigt, fordi betingelserne i § 34 ikke er opfyldt, og fogedretten træffer beslutning efter stk. 1, har kreditgiveren kun under de i § 41 fastsatte betingelser krav på betaling af det beløb, hvormed hans tilgodehavende måtte overstige det solgtes værdi ved tilbagetagelsen. Har fogedretten i de nævnte køb undladt at træffe afgørelse efter stk. 1, fordi § 36, stk. 2, hindrer tilbagetagelse af det solgte, kan kreditgiveren kun under tilsvarende betingelser kræve betaling af et beløb, der efter fogedrettens skøn overstiger det solgtes værdi på tidspunktet for fogedforretningen.«

Det er – selvsagt efterfølgende – let at se, at § 30 indbyder til tvist, *dels* fordi retsvirkningerne er forskellige i de to stykker, *dels* fordi det praktiske problem (som nævnt navnlig fordi der gik så lang tid, inden anvendelsesområdet for § 5, nr. 2, blev nogenlunde afklaret) viste sig at være den situation, at kreditgiver havde taget et ugyldigt pant. Stk. 2

16. Derimod giver de efterfølgende trepartsforhold ikke anledning til samme problemer, idet man her er direkte i kreditaftalelovens kapitel 10.

taler, som det ses, kun om ugyldige ejendomsforbehold, og situationen kan derfor hævdes at være som i stk. 1, at der ikke er taget ejendomsforbehold overhovedet.

Vestre landsret gav i *U 1995.594 V* en forbruger medhold i, at § 30, stk. 2, kunne anvendes analogt, men en anden afdeling nåede senere til det modsatte resultat. Tvisten endte i Højesteret, jf. *U 1998.67 H*, hvor tre dommere gav forbrugeren medhold, bl.a.

»Hvis en kreditor med ugyldigt pant ikke sidestilles med en kreditor med ugyldigt ejendomsforbehold, men modsat denne bevarer en eventuel restfordring, vil den kreditor, som overtræder § 9, stk. 1, i denne henseende være lige så godt stillet som den kreditor, der overhovedet ikke har søgt at opnå sikkerhed i salgsgenstanden, og bedre stillet end den kreditor, der har søgt at opnå sikkerhed i salgsgenstanden af lovens „ensporede“ vej uden at opfylde samtlige betingelser i loven for et gyldigt ejendomsforbehold. Det bag lovens § 16, stk. 2, 1. pkt., liggende hensyn gør sig således også gældende i relation til lovens § 9, stk. 1.

Hvis en sælger i strid med § 9, stk. 1 indgår en aftale om pant i det solgte, vil der – på samme måde som ved en aftale om ejendomsforbehold, der ikke overholder lovens regler – være tale om en klar tilsidesættelse af lovens – enkle – krav, og en sælger med ugyldigt pant må efter vores opfattelse klart sidestilles med en sælger med ugyldigt ejendomsforbehold. At det undertiden kan give anledning til tvivl, hvorvidt tredjemandsfinansiering er omfattet af § 1, stk. 2, nr. 2, kan ikke begrunde, at en finansierende tredjemand i et oprindeligt trepartsforhold med ugyldigt pant stilles bedre i relation til § 16, stk. 2, 1. pkt., end en sælger med ugyldigt pant, da den finansierende tredjemand er sidestillet med den finansierende sælger i såvel § 9, stk. 1, som § 16, stk. 2, 1 pkt.

På denne baggrund finder vi, at der efter kreditkøbslovens formål og forarbejder er tilstrækkeligt sikkert grundlag for at anvende kreditkøbslovens § 16, stk. 2, 1. pkt. (nu kreditaftalelovens § 30, stk. 2, 1. pkt.), analogt.«

To dommere i Højesteret fandt, at dette resultat ikke havde tilstrækkelig sikker hjemmel, da resultatet i givet fald ville være udtryk for en civilretlig sanktion i tillæg til panteaftalens ugyldighed.¹⁷

Herefter har den utrættelige finansielle sektor trukket et yderligere

17. Jeg har kommenteret dommen i *U 1998 B s. 273 ff* og har her tilsluttet mig flertallets resultat.

Lennart Lynge Andersen

kort: Kreditaftalelovens § 30, stk. 1, indledes med ordene »Hvis ikke særlige hensyn til forbrugeren eller kreditgiveren taler imod det.....«, og forarbejderne til den tilsvarende bestemmelse i kreditkøbslovens § 16, stk. 1, måtte forstås således, at reglen tog sigte på sælgere, der havde mulighed for selv at foretage eventuelle reparationer og at sælge til videre. Man påberåbte sig her *Kreditkøbsbetænkningen* s. 82 f, hvor det bl.a. hedder:

»Det er udvalgets opfattelse, at det, når særlige interesser hos kreditor ikke taler derimod, skal være reglen, at fogedretten henviser kreditor til at tage det solgte tilbage. Handler kreditor imidlertid ikke selv med andenhandsvarer, kan det være vanskeligt for ham at komme af med tilbagetagne, brugte varer. Dette moment bør derfor tillægges vægt ved afgørelsen efter § 16, stk. 1. Dette følger også af de almindelige opgørelsesregler om køb med ejendomsforbehold, der som nævnt skal anvendes, hvis tingen tages tilbage. Disse opgørelsesregler fører til et gunstigere resultat for køberen, end hvis tingen bliver frataget ham via udlæg og tvangsauktion. Dette skyldes navnlig, at den tilbagetagne ting skal regnes køber til gode med det beløb, som sælgeren kan indvinde ved at sælge tingen på hensigtsmæssig måde evt. efter en rimelig istandsættelse, jfr. udkastets § 26. Denne videresalgspris vil gennemgående være noget højere end den auktionspris, der vil blive afgørende, hvis der i stedet foretages udlæg. Forskellen beror imidlertid i vidt omfang på, at sælgeren gennem sin forretning er i stand til at opnå en gunstig pris for den tilbagetagne ting. Hvis sælgeren ikke handler med brugte ting, forsvinder denne forskel helt eller delvist, og den økonomiske fordel, der for køberen er forbundet med, at sælgeren tager tingen tilbage i stedet for at foretage udlæg, forsvinder tilsvarende, og der er i så fald ingen grund til at henvise sælgeren til at tage tingen tilbage. Tilhører købekontrakten, f.eks. på grund af transport, en anden kreditor end sælgeren, er det klart, at der er større sandsynlighed for, at denne anden kreditor ikke handler med brugte ting, end hvis købekontrakten fortsat er på sælgerens hånd. Selv om den tilbagetagne ting – ligesom det formentlig er tilfældet ved tilbagetagelse efter den pågældende afbetalingslov – også i denne situation skal vurderes til, hvad sælgeren kan indvinde ved tingens videresalg, vil der typisk være mindre grund til at anvende § 16, stk. 1, hvor det er en anden kreditor end sælgeren, der har begæret udlæg foretaget.

.....«

Den første (trykte) sag var *U 1998.970 V*, hvor to dommere gav finansieringsselskabet medhold. Siden har der været 5-6 landsretssager, og

der er kendelser, der går i hver sin retning, se senest *U 2000.1423 V* og *U 2000.1636 Ø*.

Der er derfor behov for en Højesteretsafgørelse, og der er nu givet en tredjeinstansbevilling. Spørgsmålet har jo klar principiel betydning, allerede fordi der er tale om lovfortolkning på et område, hvor der er mange sager.

Jeg har kommenteret problemstillingen i *U 1998 B s. 277 f* og bl.a. påpeget, at den finansielle sektor i 1998-sagen har profiteret af, at landsdommere ikke kan følge med på alle mulige områder. Det er efter min bedømmelse evident, at udviklingen siden Kreditkøbsbetænkningen kom i 1978 er gået i en retning, der ikke taler for denne beskyttelse af den finansielle sektor. – En fornyet gennemlæsning af forarbejderne giver i øvrigt anledning til den bemærkning, at Kreditkøbsudvalget *tillige* pegede på, at »En vid anvendelse af § 16, stk. 1, over for kreditorer der ikke er sælgere, vil formentlig også rejse problemer i relation til muligheden for at få købekontrakter finansieret.« Jeg tror, at man stille og roligt må konstatere, at med den udvikling, der er sket på et finansielle marked, er der ikke (længere?) holdepunkter for betragtninger af denne karakter.

7. Fogedprocessen

Da jeg skrev 1. udgave af Lov om Kreditaftaler med kommentarer i 1990, måtte det ske på grundlag af afbetalingsloven, kreditkøbsloven og forarbejderne til kreditaftaleloven, og det var karakteristisk, at der kun var meget få sager vedrørende de fogedretlige spørgsmål. Ved udarbejdelsen af 2. udgave i 1995 spurgte jeg en række praktikere (fra begge sider af bordet), og det viste sig påny, at loven ikke havde givet anledning til særlig mange sager, heller ikke vedrørende lovens fogedretlige del.

I de seneste 2 år har dette forhold ændret sig væsentligt, fogedretterne må afsige mange kendelser, hvor der tidligere ikke blev rejst spørgsmål om rekvirenternes opgørelse af fordringen, og landsretterne involveres oftere. Afgørelserne på området illustrerer, at loven først er blevet taget alvorligt i fogedretterne i de seneste par år. Det er til gengæld kommet abrupt, og der er flere ting, hvor man må rejse spørgsmål om hensigtsmæssigheden i domstolenes håndtering af loven.

Kendelserne kan opdeles i følgende områder:

a) En del kendelser vedrører tilfælde, hvor rekvirenterne har indsendt udlægsbegæringer med opgørelser (som man „plejede“), men hvor fogedretten pludselig har været på kursus, og dér har hørt noget i retning af, at der næppe kan være tvivl om, at domstolene i tilfælde, hvor forbrugeren udebliver eller møder uden advokat, ex officio har en vis selvstændig pligt til at påse og ved at stille spørgsmål undersøge, om forbrugeren lider retstab.

Se hertil *utrykt VLK af 25. november 1999*, der er omtalt i Fuldmægtigen 2000.12, U 2000.461 V, U 2000.945 V og U 2000.993 Ø (2. spalte).

I nogle tilfælde er der udvist ret utraditionelle formuleringer. I en berammelsesskrivelse til rekvirenten oplyste en fogedret eksempelvis, at man havde påtegnet indkaldelsen til skyldner med følgende ord: »Det bemærkes, at fogedretten ikke er enig i rekvirentens opgørelse af kravet.«

Ingen kan vel berettiget stille spørgsmålstegn ved, at kreditaftaleloven, der er en beskyttelseslov, skal overholdes, men de mange sager på området i de seneste to år efterlader indtrykket af, at holdningsændringen i fogedretterne kom for pludseligt, og at man herefter har sat fulde sejl til. Der må være en mere hensigtsmæssig måde at behandle rekvirenterne på.

b) Som følge af den øgede indsats fra fogedretternes side er der kommet mere focus på opfyldelsen af oplysningsreglerne i kreditaftalelovens §§ 9-10, gengivet ovf. Udviklingen synes i særlig grad at være præget af, at (bl.a.) fogedretterne har sat focus på størrelsen af renter og gebyrer, se herved også Forbrugerombudsmandens indberetning til Justitsministeriet vedrørende rykkergebyrer, der er omtalt i *Juridisk Årbog 1999*, Forbrugerstyrelsen.

Se til illustration *utrykt Vestre Landsrets kendelse af 13. september 2000* (kæresag B-1622-99), der er den første principielle sag, efter at personalet har været på kursus: Fogedretten nedsatte to rykkergebyrer på henholdsvis 135 kr. og 225 kr. (for 1. og 2. rykker) til 100 kr. per rykker. For landsretten – hvor Forbrugerombudsmanden var indtrådt som biintervenient til støtte for forbrugeren – dokumenterede rekvirenten omkostningerne til rykkerproceduren. Rekvirenten fik medhold med følgende præmisser:

„Rykkergebyrerne på 135 kr. for 1. rykkerskrivelse og 225 kr. for 2. rykker-

skrivelse er aftalt mellem parterne, og gebyrerne kan derfor kun nedsættes, hvis gebyrernes størrelse væsentligt overstiger det rimelige, jf. kreditaftalelovens § 22 eller aftalelovens § 38 c, jf. § 36.

Efter bevisførelsen lægges det til grund, at der i kærendes inkassoafdeling udfoldes en del bestræbelser for at få restancerne betalt eller at finde en anden løsning med låntagerne, inden lånet sendes til inkasso hos advokat, og det må antages, at udgifterne hertil ikke er uvæsentlige. Det fremgår endvidere, at låntagerne ved manglende betaling af en ydelse ikke pålægges yderligere rykkergebyrer end de 2 nævnte, der forfalder med en måneds mellemrum. På et således foreliggende grundlag finder landsretten ikke, at der er tilstrækkeligt grundlag for at statuere, at de opkrævede gebyrer væsentligt overstiger det rimelige....“

c) Lovens § 30 er blevet aktiveret i flere sager, smh. ovf.

d) Måske lidt uafhængigt af den nævnte udvikling, men illustrerende for den focus der nu sættes på kreditaftaleloven, kan man konstatere, at der har været flere sager om kreditaftalelovens § 41, hvorefter kreditgiver under visse kvalificerede omstændigheder bevarer kravet på restfordringen, jf. *U 1999.668 Ø*, *U 1999.931 Ø*, *U 1999.1441 V* og *U 1999.1908 Ø*. Domstolene synes her at have fundet en god balance.

e) Udviklingen har endvidere medført, at Domstolsstyrelsen har udgivet en vejledning.¹⁸ Dette initiativ er påskønnelsesværdigt, selv om man den næste gang bør overveje også at inddrage pædagogisk bistand. Størstedelen af teksten er en mere eller mindre rigtig gengivelse af loven, og det forekommer undertiden noget tilfældigt, hvad man har taget med. Det er en utaknemmelig opgave at skrive den slags dokumenter, men statslige vejledninger bør være mere præcise. Jeg nævner blot til belysning, at det eneste eksempel, fogedretterne får på et oprindeligt trepartsforhold (smh. ovf. under 6), er følgende:

»Oprindeligt trepartsforhold foreligger fx., hvor aftalen om finansiering er indgået i sælgerens forretning på baggrund af telefonisk kontakt til et finansieringsselskab, der herefter betaler købesummen til sælgeren.«

Selv om udsagnet er upræcist udformet (hvem ringer eksempelvis til fi-

18. Vejledningen hedder „Vejledning til fogedretterne om kreditaftaleloven“, udarbejdet i 1999 af en arbejdsgruppe nedsat af Hovedsamarbejdsudvalget for Domstolene.

Lennart Lynge Andersen

nansieringsselskabet? Hvornår har der været telefonisk kontakt til finansieringsselskabet?) ligger det efter min vurdering klart, at der ikke er dækning for udsagnet i *U 1995.192 H* eller i den officielle kommentar til dommen.

Forhandlergrundsætningen og bilbogen

Højesteretsdommer, dr. jur. Peter Blok

1. *Forhandlergrundsætningen i snæver og bredere forstand*

Et *ejendomsforbehold* foreligger, når sælgeren af en løsøregenstand efter aftalen med køberen har forbeholdt sig ejendomsretten til salgsgenstanden, indtil købesummen er betalt, og dermed har forbeholdt sig en adgang til at tage salgsgenstanden tilbage, hvis køberen ikke opfylder sine forpligtelser.¹ Der opstilles i lovgivning og retspraksis en række almindelige betingelser for gyldigheden af et ejendomsforbehold, herunder navnlig, at der skal være truffet en udtrykkelig og klar aftale om ejendomsforbehold, at aftalen herom skal være truffet senest ved overgivelsen af salgsgenstanden til køberen, og – for så vidt der er tale om et forbrugerkøb – at sælgeren ved overgivelsen af salgsgenstanden er fyldstgjort for mindst 20% af kontantprisen, jf. kreditaftalelovens § 34, stk. 1, nr. 1 og 4, sammenholdt med § 50.² Er disse betingelser opfyldt, kan ejendomsforbeholdet ikke alene gøres gældende over for køberen, men som udgangspunkt også over køberens kreditorer og over for personer, som i god tro, dvs. uden at have eller burde have kendskab til sælgerens ret, erhverver genstanden fra køberen. Ved ejendomsforbehold i biler m.v. er sælgerens beskyttelse over for køberens kreditorer og godtroende aftaleerhververe dog *yderligere* betinget af, at ejendomsforbeholdet er tinglyst (registreret) i bilbogen, jf. tinglysningslovens § 42 d, stk. 1. At tinglysning er en yderligere be-

1. I definitionen af køb med ejendomsforbehold i kreditaftalelovens § 6, stk. 1, har man kun medtaget det sidstnævnte led, altså adgangen til at tage det solgte tilbage, men heri ligger ingen realitetsforskel i forhold til sædvanlig sprogbrug, jf. *Lynge Andersen: Lov om kreditaftaler* (2. udg. 1995) s. 77 f. Er de almindelige betingelser opfyldt, foreligger der således et gyldigt ejendomsforbehold, selv om aftalen – således som det vist nok stadig er almindeligt – alene bestemmer, sælgeren forbeholder sig ejendomsretten til det solgte, indtil købesummen er betalt.
2. Af nyere udførlige fremstillinger vedrørende de almindelige gyldighedsbetingelser kan henvises til *Lynge Andersen: Lov om kreditaftaler* s. 204 ff. samt *Elmer og Skovby: Ejendomsretten 1* (1999) s. 131 ff.

tingelse, betyder bl.a., at et ejendomsforbehold, selv om det er tinglyst, ikke kan gøres gældende over for køberens kreditorer og godtroende aftaleerhververe, hvis aftalen først er indgået efter tingens overgivelse til køberen (det kan heller ikke gøres gældende over for køberen selv).³

Forhandlergrundsætningen er en undtagelse fra hovedreglen om, at et ejendomsforbehold nyder beskyttelse over for godtroende aftaleerhververe. Efter denne i retspraksis udviklede regel kan et ejendomsforbehold ikke gøres gældende over for en godtroende erhverver, når ejendomsforbeholdet er indeholdt i en aftale med en køber, om hvem sælgeren vidste eller burde vide, at han var forhandler af genstande af den pågældende art.⁴ Anvendelsesområdet for forhandlergrundsætningen er ikke begrænset til tilfælde, hvor den senere godtroende køber har erhvervet genstanden fra den forhandler, som ejendomsforbeholdssælgeren solgte til. Den aktuelle indehaver af genstanden kan således påberåbe sig forhandlergrundsætningen, selv om genstanden efter at være solgt gennem flere led er erhvervet fra en privatperson. Omvendt må det fremhæves, at forhandlergrundsætningen ikke er en regel om, at et ejendomsforbehold altid fortæbes over for den, der har erhvervet genstanden fra en forhandler.⁵ Forhandlergrundsætningen kan således ikke påberåbes i en situation, hvor den oprindelige ejer har solgt tingen med ejendomsforbehold til en privatperson, der uden oplysning om ejendomsforbeholdet har videresolgt den, således at den gennem et eller flere salgsled er havnet hos en forhandler, af hvem den nuværende indehaver har erhvervet den.

Det i dette afsnit anførte om forhandlergrundsætningen og om konsignation tager, hvad gældende ret angår, ikke sigte på ejendomsforbehold i biler m.v. Efter at der med indførelsen af bilbogen stilles krav om, at ejendomsforbehold i biler m.v. skal tinglyses for at opnå beskyttelse over for (bl.a.) godtroende aftaleerhververe, er der opstået det spørgsmål, om erhververe af biler m.v. til gengæld er afskåret fra at påberåbe sig forhandlergrundsætningen. Det er dette og de hermed beslægtede spørgsmål vedrørende underpant i biler m.v., der er genstanden for denne afhandling.

3. Jf. *Ørgaard*: Bilbogen (1993) s. 20 med note 37. Jf. også *Lynge Andersen og Werlauff*: Kreditretten (2. udg. 1995) s. 126.

4. Om forhandlergrundsætningen generelt kan navnlig henvises til *Torben Jensen*: Afbetaling (1970) s. 262 ff., *Illum*: Dansk Tingsret (3. udg. 1976) s. 337 ff., *von Eyben*: Formuerettigheder (7. udg. 1983) s. 227 ff. samt *Elmer og Skovby*: Ejendomsretten 1 s. 185 ff.

5. Jf. *Illum*: Dansk Tingsret s. 335 og *Torben Jensen*: Afbetaling s. 263 f.

Begrundelsen for forhandlergrundsætningen må søges i den omstændighed, at det generelt må anses for uforsigtigt at sælge med ejendomsforbehold til en køber, der er forhandler af genstande af den pågældende art. Der består i denne situation generelt en risiko for, at køberen videresælger salgsgenstanden uden at afregne købesummen. Man kan også udtrykke forholdet på den måde, at ejendomsforbeholdssælgeren er nærmest til at bære risikoen for køberens uretsmæssige videresalg, fordi sælgeren på sin side har handlet uforsigtigt eller, om man vil, har påtaget sig en risiko, medens den godtroende erhverver på sin side ikke har haft nogen mulighed for at gardere sig. Hvad det sidste angår, har situationen ændret sig, hvad angår ejendomsforbehold i biler m.v., jf. nærmere i afsnit 4. Det er ikke korrekt at beskrive begrundelsen for forhandlergrundsætningen på den måde, at sælgeren må anses stiltiende at have givet tilladelse til videresalg, hvilket bl.a. fremgår af, at grundsætningen kan påberåbes, selv om salgsaftalen indeholder et udtrykkeligt forbud mod videresalg.⁶ Undertiden beskrives forhandlergrundsætningen som en regel om eksstinktion til fordel for en godtroende erhverver i tilfælde, hvor den oprindeligt berettigede har overdraget genstanden til „en person, som han vidste eller burde vide ville videresælge genstanden“.⁷ Også dette er – om end i mindre grad – en upræcis beskrivelse af reglens indhold og begrundelse.

Man taler om *konsignation*, når en sælger har forbeholdt sig ejendomsretten til det solgte, men samtidig har indrømmet køberen adgang til videresalg.⁸ I praksis drejer det sig om tilfælde, hvor en leverandør af færdigvarer bestemt til videresalg over for en forhandler har forbeholdt sig ejendomsretten til de leverede varer. Kreditaftaleloven finder ikke anvendelse på konsignation, jf. lovens § 2. For at leverandørens ejendomsforbehold nyder beskyttelse over for forhandlerens kreditorer kræves – ud over, at de almindelige betingelser for gyldigheden af ejendomsforbehold er opfyldt – at forhandleren afregner i takt med videresalget, og at leverandøren fører kontrol hermed, her-

6. Jf. *Schaumburg* i U 1967 B s. 271 i en kommentar til U 1967.451 H. Se også *Illum*: Dansk Tingsret s. 339 og *Torben Jensen*: Afbetaling s. 269 f.

7. Jf. *Elmer og Skovby*: Ejendomsretten 1 s. 177 og s. 185 samt Betænkning 1190/1990 s. 23.

8. Om konsignation kan henvises til *Torben Jensen*: Afbetaling s. 266 ff., *Illum*: Dansk Tingsret s. 335 ff., Berning: Finansieringsret (1977) s. 285 ff., *von Eyben*: Formuerettigheder s. 208 ff., 227 f., *Vagn Carstensen*: Ting og Sager 2 (1984) s. 87 ff., *Lynge Andersen og Werlauff*: Kreditretten s. 127 ff., *Iversen*: Sikkerhedsrettigheder (1995) s. 177 f. samt *Elmer og Skovby*: Ejendomsretten 1 s. 152 ff., 184 f.

under ved regelmæssig kontrol af forhandlerens varelager. Kravet om afregning i takt med videresalget indebærer ikke nødvendigvis, at forhandleren ved hvert enkelt salg straks skal afregne købesummen for den solgte vare. Periodevis afregning er således normalt tilstrækkeligt.

I litteraturen støder man regelmæssigt på udtalelser om, at der ved konsignation slet ikke opstår noget spørgsmål om, hvorvidt forhandlerens køber kan eksstingvere leverandørens ejendomsforbehold, fordi leverandøren netop har givet tilladelse til videresalg.⁹ Denne udtalelse rammer i mange tilfælde det rigtige, men i generel form er den ikke dækkende. Konsignationsaftaler indeholder i reglen bestemmelser om pligt for forhandleren til at afregne i takt med videresalg, allerede fordi dette som nævnt er en betingelse for, at ejendomsforbeholdet kan gøres gældende over for forhandlerens kreditorer, og tilladelsen til videresalg kan derfor i reglen ikke siges at være ubetinget. I tilfælde, hvor leverandøren ikke har betinget sig, at der afregnes straks ved hvert enkelt videresalg, men eksempelvis har stillet sig tilfreds med periodevis afregning, må det imidlertid – uanset om ejendomsforbeholdet er formuleret på sædvanlig måde som et forbehold om, at ejendomsretten forbliver hos leverandøren, indtil købesummen er betalt – anses for forudsat, at afregningsbetingelsen alene sigter til forholdet mellem leverandøren og forhandleren (og forholdet til forhandlerens kreditorer) og ikke skal kunne gøres gældende over for forhandlerens købere. I disse tilfælde er den nævnte udtalelse en korrekt beskrivelse af den retlige situation. Hvis leverandøren i forbindelse med et sædvanligt formuleret ejendomsforbehold har betinget sig, at købesummen ved hvert enkelt videresalg skal afregnes straks, må udgangspunkt derimod være, at tilladelsen til videresalg er betinget på en sådan måde, ejendomsforbeholdet ikke i kraft aftalen mellem leverandøren og forhandleren bortfalder ved salget. I denne situation opstår der derfor et spørgsmål om eksstinktion af ejendomsforbeholdet.¹⁰ Lidt forenklet

9. Jf. eksempelvis *Illum*: Tinglysning s. 335 og *Berning*: Finansieringsret s. 287.

10. Jf. *Torben Jensen*: Afbetaling s. 266 ff., der sonderer mellem tilfælde, hvor der er givet „tilladelse til videresalg uden bevaring af ejendomsforbehold“, og tilfælde, hvor der er givet „tilladelse til forhandlers videresalg på bestemte vilkår“. På lignende måde sonderer *von Eyben*: Formuerettigheder s. 227 f mellem tilfælde, hvor der „virkelig foreligger en tilladelse – udtrykkelig eller stiltiende – til videresalg“, og tilfælde, hvor „den oprindelige sælger vel har givet tilladelse til videresalg, men dog har betinget dette af visse vilkår, som tredjemand, der handler med mellemmanden, skal respektere“. Fra retspraksis kan som et eksempel på, at der også ved konsignation kan opstå et eksstinktionsproblem i forhold til forhandlerens køber, nævnes *U 1984.138 H*. I denne sag, der stammer fra tiden før bilbogen, havde en importør af fabriksnye biler

kan forskellen mellem de to situationer siges at være, at det i den første situation er aftalt, at ejendomsforbeholdet skal bestå, indtil tingen er videresolgt af forhandleren, medens det i den anden situation er aftalt, at ejendomsforbeholdet skal bestå, indtil købesummen er betalt.

I de tilfælde, hvor der herefter foreligger et spørgsmålet om eksstinktion af leverandørens ejendomsforbehold, følger det allerede af forhandlergrundsætningen, at ejendomsforbeholdet ikke kan gøres gældende over for forhandlerens køber, hvis denne er i god tro.¹¹ Det er imidlertid, når der foreligger konsignation, sædvanligt at støtte resultatet på en analogi fra kommissionslovens § 54 om tilfælde, hvor en salgskommissionær handler i strid med kommittentens interesser. Dette indebærer, at en godtroende køber erhverver ret til tingen allerede ved aftalens indgåelse og ikke som i de tilfælde, hvor alene forhandlergrundsætningen kan påberåbes, først på det tidspunkt, hvor han får tingen i hænde. Som betegnelse for den i forhold til almindelige eksstinktionsregler „kvalificerede“ eksstinktion, som bl.a. kommissionslovens § 54 (og dennes analogi) er udtryk for, benyttes sædvanligvis betegnelsen „legitimationseksstinktion“.¹² Forskellen mellem forhandlergrundsætningen og analogien af kommissionslovens § 54 spiller dog i praksis ingen større rolle. Dette beror først og fremmest på, at eksstinktionsspørgsmålet i det hele er upraktisk ved konsignation, i hvert fald når der alene tænkes på forholdet til forhandlerens købere. Kravene til disses gode tro kan ikke sættes højt, i hvert fald ikke, når der er tale om almindelige private købere.¹³ Konsignation anvendes fortrinsvis ved levering af fabriksnye varer, og leverandørens påberå-

over for forhandleren forbeholdt sig ejendomsretten til de leverede biler, indtil hele købesummen var betalt. Restkøbesummen skulle betales ved videresalg af den enkelte bil, og for at sikre sig, at dette skete, fik forhandleren først udleveret bilens toldattest, når restkøbesummen blev betalt, idet leverandøren herved sikrede sig, at bilen ikke kunne indregistreres her i landet, før købesummen var betalt. Leverandørens forhandler solgte 5 biler til en anden forhandler uden at afregne købesummerne og uden, at den anden forhandler fik udleveret toldattesterne, og den anden forhandler videresolgte bilerne til Tyskland, hvilket kunne gennemføres uden brug af toldattesterne. Efter at leverandørens forhandler var gået konkurs, rejste leverandøren krav om betaling af restkøbesummerne for de 5 biler over for den anden forhandler. Heri fik leverandøren medhold, idet den anden forhandler, som over for sin egen normale leverandør var undergivet lignende vilkår, fandtes ikke at have været i god tro. I landsrettens præmisser, der tiltrådtes af Højesteret, siges udtrykkeligt, at det ikke var godtgjort, at „Nedergaard (forhandleren) efter aftale med sagsøgeren (leverandøren) skulle have været berettiget til at disponere i strid med ejendomsforbeholdet.“

11. Jf. *Lynge Andersen og Werlauff*: Kreditretten s. 129.

12. Jf. eksempelvis *Elmer og Skovby*: ejendomsretten 1 s. 180 f, 184 f.

13. Jf. *Torben Jensen*: Afbetaling s. 268.

belse af ejendomsforbeholdet over for forhandlerens købere vil i disse tilfælde kunne skade leverandørens og produktets image. Af disse grunde forekommer det kun meget sjældent, at leverandøren forsøger at håndhæve sit ejendomsforbehold over for forhandlerens købere.¹⁴

Efter den terminologi, der anvendes her, omfatter forhandlergrundsætningen alle tilfælde, hvor en ting er solgt til en forhandler med ejendomsforbehold. I denne bredere forstand omfatter forhandlergrundsætningen således såvel tilfælde, hvor der ikke er givet tilladelse til videresalg, som tilfælde, hvor der er givet tilladelse til videresalg (konsignation).¹⁵ Tænkes der alene på de førstnævnte tilfælde, tales der om forhandlergrundsætningen i snæver forstand.

Enkelte forfattere har – også forud for indførelsen af bilbogen – gjort gældende, at forhandlergrundsætningen eller dennes analogi helt eller delvis må antages at finde tilsvarende anvendelse i tilfælde, hvor *underpant* i en løsøregenstand er indrømmet af en debitor, der er forhandler af genstande af den pågældende art. *Berning* udtaler således i *Finansieringsret* (1977) s. 386:

„Tinglysningskravet må forstås som en *nødvendig* betingelse for, at den i TL § 47, stk. 1, omhandlede retsvirkning indtræder. Derimod er den ikke uden videre tilstrækkelig. Det må formodentlig antages, at i det omfang godtroende aftaleerhververe vil kunne eksstingvere et ejendomsforbehold, fordi muligheden for videresalg burde være forudset af sælgeren, vil eksstinktion også kunne indtræde ved løsørepant“.

Andre forfattere har begrænset sig til at gøre gældende eller anføre som en mulighed, at forhandlergrundsætningen (reglerne om konsignation) må finde anvendelse i tilfælde, hvor en forhandler har indrømmet en kreditor, typisk et pengeinstitut, pant i sit (specificerede) lager af løsøregenstande bestemt for salg, idet der herved er henvist til, at et sådant arrangement må sidestilles med konsignation.¹⁶ Underpant af denne art er vistnok ret udbredt som middel til finansiering af en autoforhandlers lager af brugte biler.

14. *Ørgaard* anfører i *Bilbogen* (1993) s. 14, at „det (må) anses for sikkert, at der ikke kan findes eksempler på, at køberen af en ny bil er blevet generet med et importørejendomsforbehold.“

15. *Torben Jensen*: *Afbetaling* s. 262 ff. omtaler på lignende måde begge tilfældegrupper under overskriften „forhandlergrundsætningen“.

16. Jf. *Ørgaard*: *Sikkerhed i løsøre*, 1. udg. (1991) s. 28 med note 44 og s. 72, 3. udg. (1998) s. 32 med note 48 og s. 78 f., samt *Jørgen Nielsen* i *Revision og Regnskabsvæsen* 1986 s. 319. Sidstnævnte udtaler dog, at spørgsmålet næppe er afklaret i retspraksis, men tilføjer, at „de fleste pengeinstitutter formentlig (vil) undlade at forfølge et sådant pant mod en godtroende køber.“ I *Rørdam og Carstensen*: *Pant* (6. udg. 1998) s. 373

Den opfattelse, at forhandlergrundsætningen eller dennes analogi kan anvendes på underpant har aldrig haft nogen støtte i retspraksis, og opfattelsen må anses for definitivt afvist ved U 2000.1117 H, jf. nedenfor i afsnit 3 og 4. Problemstillingen er trukket frem allerede på dette sted, fordi der med bilbogen er indført krav om, at også ejendomsforbehold i biler m.v. skal tinglyses for at opnå beskyttelse mod godtroende aftalerhververe, således at der herved for så vidt angår biler m.v. er gennemført eller i hvert fald lagt op til en ligestilling af ejendomsforbehold og underpant i relation til eksstinktionsspørgsmål. For begge sikkerhedsformer kan spørgsmålet siges at være, om det er forhandlergrundsætningen eller de almindelige tinglysningsprincipper, der slår igennem.

2. *Tinglysningslovens § 42 d og bestemmelsens forarbejder*

Tinglysningslovens kap. 6 a om tinglysning i bilbogen blev gennemført ved lov nr. 281 af 29. april 1992 med ikrafttræden den 1. juni 1993 og bygger på Betænkning 1190/1990 om skjult gæld i biler.¹⁷ Bilbogen er et centralt edb-register over ejendomsforbehold, underpant og retsforfølgning i „motorkøretøjer, påhængs- og sættevogne til biler samt campingvogne“, jf. § 42 c og § 42 d. Under „motorkøretøjer“ hører biler, herunder almindelige personbiler, lastbiler, varebiler og busser, samt motorcykler. Bilbogen er i modsætning til personbogen et realregister, i hvilket det enkelte køretøj – identificeret ved stelnummer m.v. – er indgangsnøglen. Samtidig med indførelsen af bilbogen blev der for andet løse m.v. oprettet en central, edb-baseret personbog til afløsning af de hidtidige decentrale og manuelt førte personbøger.

Hovedsigtet med de nye regler var, som det fremgår af betænkningens titel, at gennemføre regler, som i højere grad end de hidtidige beskytter købere af og erhververe af panterettigheder i biler m.v. mod „skjulte“ rettigheder. Manglerne ved den hidtidige ordning var navnlig, at alene underpant skulle tinglyses, at tinglysningen skete i personbogen, dvs. i et personregister, at personbøgerne førtes decentralt, og at

udtales, at det næppe kan udelukkes, at der efter omstændighederne kan statueres eksstinktion til fordel for en omsætningserhverver i god tro, hvis underpanthaveren har udvist uforsigtighed eller passivitet, eller hvis han har „udstyret pantsætter med en særlig legitimation“. Det fremgår ikke, om der hermed bl.a. tænkes på anvendelse af forhandlergrundsætningen.

17. Om bilbogen generelt kan henvises til *Ørgaard: Bilbogen* (1993), *Willumsen: Tinglysningsloven* (1997) s. 407 ff. og *Iversen: Sikkerhedsrettigheder* (1995) s. 148 ff.

der for så vidt angik underpant ikke skulle ske fornyet lysning ved debtors flytning. Dette indebar, at køberen eller panthaveren ikke alene kunne blive mødt med ejendomsforbehold og udlæg m.m., som han ikke havde haft nogen mulighed for at opdage, men også, at reglerne om underpant var ineffektive set ud fra erhververens synsvinkel, fordi der let – ved overdragelse af genstanden eller debtors flytning – kunne opstå situationer, hvor han reelt ikke havde nogen mulighed for at opdage den tidligere tinglyste panteret. Nogen fuldstændig sikring mod skjulte rettigheder giver de nye regler dog ikke. Andre rettigheder end ejendomsforbehold, underpant og udlæg m.v. skal ikke tinglyses, hvilket navnlig indebærer, at en godtroende erhverver ikke er beskyttet mod, at bilen m.v. viser sig at tilhøre en anden end sælgeren/pantsætteren.

Tinglysningslovens § 42 d, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

„§ 42 d. Ejendomsforbehold og underpant i de i § 42 c nævnte køretøjer skal tinglyses for at opnå beskyttelse mod aftaler, der i god tro indgås om køretøjet, og mod retsforfølgning. Det samme gælder retsforfølgning i sådanne køretøjer, for så vidt skyldneren ikke er berøvet rådigheden over køretøjet.

Stk. 2. Uanset bestemmelsen i stk. 1 skal ejendomsforbehold i de i § 42 c nævnte køretøjer ikke tinglyses for at opnå beskyttelse mod retsforfølgning, hvis køretøjet hverken er eller tidligere har været registreret i Centralregisteret for Motorkøretøjer. Det gælder dog ikke, hvis køretøjet fritages for registrering.“

Stk. 1, 1. pkt., er formuleret i overensstemmelse med lovens § 1 om tinglysning af rettigheder over fast ejendom og § 47, stk. 1, om tinglysning af pantebreve i andet løsøre end biler m.v. Stk. 2, der er indføjet ved lov nr. 153 af 8. marts 1994, tager sigte på at fritage importører af fabriksnye biler for at tinglyse de ejendomsforbehold, der er indeholdt i deres konsignationsaftaler med forhandlerne, jf. nærmere nedenfor.

Forarbejderne til § 42 d indeholder en række udtalelser om indholdet af hidtil gældende ret og om forståelsen af § 42 d, som ikke uden grund har givet anledning til kritik og diskussion, og som i høj grad har bidraget til at skabe usikkerhed om retstilstanden, herunder især om forholdet mellem forhandlergrundsætningen i bred forstand og den nye tinglysningsregel.

I Betænkning 1190/90 anføres s. 20 om gældende ret vedrørende pantebreve i løsøre:

„På den anden side må det i almindelighed antages, at tinglysning af løsørepantebreve er tilstrækkelig til at sikre panthaveren i forhold til

yngre rettigheder. Det forhold, at personbøgerne føres lokalt ved de enkelte dommerkontorer, og at pantsætteren kan flytte eller skifte navn, uden at der skal ske fornyet tinglysning, kan dog medføre, at indehavere af rettigheder over de pågældende løsøregenstande efter omstændighederne kan tænkes at være i en sådan kvalificeret god tro om det tinglyste pantebrev, at der kan tænkes at opstå spørgsmål om, hvorvidt den senere rettighedshaver kan eksstingvere panteretten.“

S. 70 f i betænkningen anføres følgende:

„Efter de gældende regler i tinglysningslovens § 47, stk. 1, om pantebreve i løsøre er der derimod alene knyttet en modificeret prioritetsvirkning til tinglysningen af pantebrevet i personbogen. Denne tinglysning er nemlig en nødvendig, men ikke nødvendigvis i alle henseender en tilstrækkelig, betingelse for, at panteretten kan være beskyttet over for yngre kreditorer og mod aftaleerhververe i god tro.“

Det anføres derefter, at det for at opnå det tilstræbte formål er fuldt tilstrækkeligt at gennemføre en lignende ordning for tinglysning i bilbogen. Dette er fulgt op i bemærkningerne til lovforslaget, jf. FT 1991-92, A sp. 2821, hvor det – med Justitsministeriets udtrykkelige tiltræden – siges:

„Arbejdsgruppen finder, at tinglysning i bilbogen bør være en nødvendig, men dog ikke nødvendigvis i enhver situation tilstrækkelig, betingelse for, at den pågældende rettighed kan opnå beskyttelse mod kreditorforfølgning og mod godtroende aftaleerhververe.“

Disse udtalelser skaber tvivl om retstilstanden, dels fordi de vanskeligt lader sig forene med hidtil gældende ret, dels fordi det ikke fremgår, hvilke situationer der tænkes på, når der gives udtryk for, at der i visse tilfælde kan blive tale om eksstinktion af en tinglyst ret.¹⁸

Udtalelsen i betænkningens s. 20 om, at der i visse tilfælde kan blive tale om eksstinktion, hvis erhververen er i „kvalificeret god tro“, er en hidtil ukendt konstruktion, som uden videre må afvises.¹⁹ De eksempler, der henvises til, herunder det tilfælde, at debitor er flyttet (uden at fornyet tinglysning har fundet sted), peger imidlertid i retning af, at det, man tænker på, er, at det i retspraksis og litteratur er antaget, at en tinglyst panteret i løsøre kan fortabes over for en godtroende erhverver, hvis panthaveren efterfølgende har udvist uforsigtighed og/eller passivitet ved at have undladt at sørge for fornyet tinglysning trods kendskab til

18. Jf. *Willumsen* i U 1996 B s. 296 ff.

19. Betænkningens udtalelse er gentaget i *Elmer og Skovby*: Ejendomsretten s. 194 på trods af, at den er blevet yderligere misvisende som følge af, at der i mellemtiden er oprettet en central personbog.

debitors flytning (dette tilfælde er ikke længere aktuelt) eller til en stedfunden overdragelse af den pantsatte genstand, jf. nærmere i afsnit 5.

De netop nævnte tilfælde er udtryk for, at panthaverens beskyttelse under visse omstændigheder kan *ophøre*. Udtalelsen i betænkningens s. 70 f om, at der til tinglysning af pantebreve i løsøre alene er knyttet en „modificeret prioritetsvirkning“, idet tinglysning „ikke nødvendigvis i alle henseender (er) en tilstrækkelig betingelse for, at panteretten *kan være* (fremhævet her) beskyttet over for yngre kreditorer og mod aftaleerhververe i god tro“, er for så vidt angår godtroende aftaleerhververe, men ikke for så vidt angår kreditorer, forenelig med, at der tænkes på tilfælde af uforsigtighed eller passivitet fra panthaverens side. Udtalelsen i bemærkningerne til lovforslaget om, at „tinglysning i bilbogen ... ikke nødvendigvis i enhver situation (bør være en) tilstrækkelig betingelse for, at den pågældende rettighed *kan opnå* (fremhævet her) beskyttelse mod kreditorforfølgning og mod godtroende aftaleerhververe“, er derimod hverken for så vidt angår aftaleerhververe eller kreditorer forenelig hermed. Da forarbejderne ikke indeholder andre antydninger end det i betænkningens s. 20 anførte af, hvad der tænkes på med udtalelserne om alene „modificeret prioritetsvirkning“ og „ikke nødvendigvis en tilstrækkelig betingelse“, forekommer det dog uanset disse uklarheder mest nærliggende at forstå dem som sigtende til tilfælde af efterfølgende uforsigtighed eller passivitet fra panthaverens side.

Udtalelserne om „ikke nødvendigvis en tilstrækkelig betingelse“ har på den anden side en så påfaldende lighed med udtalelsen hos *Berning* i Finansieringsret s. 386, hvor den er knyttet til en udtalelse om, at forhandlergrundsætningen formodentlig tillige finder anvendelse ved underpant i løsøre, at man også *kan* forstå udtalelserne i forarbejderne som en – i så fald dog godt skjult – tilslutning til *Bernings* opfattelse.²⁰ Herimod taler imidlertid dels, at forhandlergrundsætningen i hvert fald ikke har nogen betydning over for erhververens kreditorer, dels den nedenfor omtalte udtalelse i bemærkningerne til lovforslaget om, at forhandlergrundsætningen ikke vil kunne påberåbes ved tinglyste ejendomsforbehold i brugte biler. Hertil kommer, at det rent sprogligt ikke er naturligt at benytte ordet „betingelse“ i forbindelse med forhandlergrundsætningen, idet det i så fald måtte være i den negative forstand, at det skulle være en betingelse for at opnå beskyttelse ved ting-

20. Således *Willumsen* i U 1996 B s. 297, der dog ikke i denne forbindelse nævner *Bernings* udtalelse.

lysning af en panteret i løsøre, at panthaveren *ikke* er forhandler af genstande af den pågældende art.

Alt i alt må man sige, at der ikke i gældende ret var – og fortsat ikke er – dækning for udtalelserne i forarbejderne om, at der til tinglysning af pant i løsøre alene er knyttet en „modificeret prioritetsvirkning“, og at tinglysningen „ikke nødvendigvis er en tilstrækkelig betingelse“. Ved underpant i løsøre er det klare udgangspunkt, at tinglysning er såvel en nødvendig som en tilstrækkelig betingelse både for at opnå beskyttelse og for at bevare beskyttelsen. De nævnte udtalelser forekommer derfor misvisende, selv om der i visse særlige – snævert afgrænsede – situationer kan blive tale om eksstinktion af en tinglyst panteret, jf. nedenfor i afsnit 5.

Ved tinglysning af ejendomsforbehold i biler m.v. forholder det sig anderledes. Her er udtalelsen om, at tinglysning er en nødvendig, men ikke en tilstrækkelig betingelse for beskyttelse, en dækkende beskrivelse af retstilstanden. Et ejendomsforbehold kan kun gøres gældende over for køberens kreditorer og godtroende aftaleerhververe, hvis såvel de almindelige betingelser for ejendomsforbeholds gyldighed som kravet om tinglysning er opfyldt, jf. foran 1. At tinglysning ikke – heller ikke som udgangspunkt – er en tilstrækkelig betingelse for beskyttelse, er set i lyset af almindelige tinglysningsprincipper noget nyt. Man kan få det indtryk, at bemærkningerne i forarbejderne om underpant er udtryk for et – bevidst eller ubevidst – forsøg på at bortforklare, at inddragelse af ejendomsforbehold under tinglysningssystemet i denne henseende *er* er nyskabelse.

Spørgsmålet om forholdet mellem forhandlergrundsætningen og de almindelige principper om beskyttelse af tinglyste rettigheder er ikke omtalt i Betænkning 1190/1990, hvilket efterlader det indtryk, at arbejdsgruppen helt har overset denne problemstilling. I bemærkningerne til lovforslaget siges om denne, jf. FT 1991-92, A sp. 2821:

„Den foreslåede ordning, hvorefter bilbogen føres centralt for hele landet, indebærer efter Justitsministeriets opfattelse, at aftaleerhververe med hensyn til brugte biler normalt vil handle uagtsomt (og dermed være i ond tro), såfremt de ikke undersøger bilbogen inden aftalens indgåelse, også selv om aftalen indgås med en forhandler.

Forslaget indebærer en begrænsning af den såkaldte forhandlergrundsætning, der er en i retspraksis udviklet regel, hvorefter den, der overgiver en løsøregenstand til en person, som den pågældende vidste eller burde vide var forhandler af sådanne genstande, mister sin ret overfor en tredjemand, der i god tro køber genstanden af forhandleren.

Er der tale om køb af en fabriksny bil hos en forhandler, vil det som regel ikke være uagtsomt, såfremt køberen undlader at undersøge bilbogen. Hvis eksstinktionsbetingelserne i øvrigt er opfyldt, vil købere således i disse tilfælde kunne fortrænge en tidligere stiftet rettighed, selv om rettigheden er tinglyst.“

Som det ses, gives der i disse bemærkninger udtryk for, at forhandlergrundsætningen (normalt) ikke længere vil gælde ved ejendomsforbehold i *brugte* biler m.v., men fortsat (som regel) vil gælde ved ejendomsforbehold i *fabriksnye* biler m.v. Allerede den omstændighed, at *loven* ikke giver støtte for en sådan sondring, må give anledning til skepsis. § 42 d, stk. 2, handler kun om beskyttelsen over for kreditorer, hvilket ikke er relevant i relation til forhandlergrundsætningen, og er i øvrigt som nævnt først indføjet på et senere tidspunkt.

Den angivne *begrundelse* for resultaterne er klart uholdbar. Tinglysning giver, som det fremgår af lovens ordlyd, netop også beskyttelse mod godtroende aftaleerhververe, og det er derfor for spørgsmålet om eksstinktion uden betydning, om erhververen ved at undlade at efterse bilbogen kan siges at have handlet uagtsomt.²¹ En tinglyst ret kan aldrig eksstingveres *alene* som konsekvens af, at erhververen anses at have været i god tro. Hvis der skal blive tale om eksstinktion af et tinglyst ejendomsforbehold, må det således bero på forhold hos ejendomsforbeholdssælgeren eller på dennes forhold til sin køber

Der synes i litteraturen at være enighed herom og om, at der ikke er noget retligt grundlag for at sondre mellem nye og brugte biler m.v. når bortses fra, hvad der følger af, at nye biler i modsætning til brugte biler typisk er omfattet af en konsignationsaftale. Derimod har forfatterne draget forskellige konsekvenser af de uheldige lovbemærkninger. Nogle forfattere mener, at forhandlergrundsætningen fortsat må gælde såvel ved nye som ved brugte biler m.v., medens andre forfattere mener, at tinglysningsreglerne må føre til, at forhandlergrundsætningen er afskaffet for såvel nye som brugte biler m.v.²² I øvrigt henvises til afsnit 4.

21. Spørgsmålet kan derimod bl.a. få betydning, hvis der foreligger fejl ved tinglysningen, jf. *Karnov* 1998 s. 4361, note 30, og *Willumsen*: Tinglysningsloven s. 69 f.

22. For den førstnævnte løsning *Ørgaard*: Bilbogen s. 22 f., *samme*: Sikkerhed i løsøre (3. udg. 1998) s. 79, note 21, samt *Iversen*: Sikkerhedsrettigheder s. 151. For den sidstnævnte løsning *Willumsen* i U 1996 B s. 296 ff., *samme*: Tinglysningsloven s. 409 f, *samme* i *Illum*: Tinglysning (7. udg. 1994) s. 378, *Beck Thomsen* i Revision og Regnskabsvæsen 1993, hft. 11 s. 37, *Peter Møller* i Fuldmægtigen 1998 s. 24, *Blok* i *Karnov* 1996 s. 7564, note 284, samt *Peter Mortensen* i *Karnov* 1998 s. 4402, note 288.

I betænkning 1190/1990 s. 67 overvejede arbejdsgruppen, om konsignationsaftaler burde undtages fra kravet om tinglysning af ejendomsforbehold. Dette afvistes, idet det bl.a. anførtes, at en sådan ordning „i realiteten (ville) indebære, at der blev stillet mindre strenge krav til beskyttelsen af de principielt mere betænkelige konsignationssalg end til almindelige salg med ejendomsforbehold“. Ved lov nr. 153 af 8. marts 1994 indføjedes imidlertid § 42 d, stk. 2, hvorefter ejendomsforbehold i biler m.v. ikke skal tinglyses for at opnå beskyttelse mod retsforfølgning, hvis køretøjet hverken er eller tidligere har været registreret i Centralregisteret for Motorkøretøjer. Formålet med denne undtagelse var som nævnt at fritage importører af fabriksnye biler, som i reglen sælger bilerne til deres forhandlere ved konsignationsaftaler, for at lade ejendomsforbeholdene tinglyse. Når man alene gjorde undtagelse fra tinglysningskravet for så vidt angår beskyttelsen over for forhandlerens kreditorer, beroede det tilsyneladende på, at Automobil-Importørernes Sammenslutning havde oplyst, at ejendomsforbeholdene var uden praktisk betydning i relation til bilkøberne.²³ Uanset dette må der tages stilling til det principielle spørgsmål, hvorledes retsstillingen vil være, hvis en leverandør af fabriksnye biler undtagelsesvis *har* ladet ejendomsforbeholdene tinglyse. Herom siges det i bemærkningerne, jf. FT 1991-92, A sp. 5693:

„Ejendomsforbeholdene skal således fortsat tinglyses for at opnå beskyttelse mod, at den pågældende køber videresælger eller f.eks. underpantsætter køretøjet.

Den, der sælger en ny og uindregistreret bil med ejendomsforbehold uden at give tilladelse til videresalg, vil være omfattet af undtagelsesbestemmelsen, men det må antages, at den pågældende ikke i praksis vil undlade at tinglyse ejendomsforbeholdet, idet dette i så fald ikke er beskyttet mod videresalg og underpantsætning.“

Disse bemærkninger synes at bygge på den opfattelse, at der ikke i forhold til forhandlerens købere kan opstå noget spørgsmål om ekstinktion af et ejendomsforbehold i tilfælde, hvor der *er* givet tilladelse til videresalg, altså ved konsignation, men denne opfattelse er som omtalt under 1 ikke korrekt. Noget andet er, at spørgsmålet om ekstinktion af konsignationsejendomsforbehold – i modsætning til det parallelle spørgsmål, som opstår ved underpant i en bilforhandlers lager af (brugte) biler – ikke har større praktisk betydning, jf. nedenfor i afsnit 4.

23. Jf. FT 1993-94, A sp. 5692.

Peter Blok

I øvrigt synes bemærkningerne at indeholde et tilbagemag fra udtalelsen i det tidligere lovforslag om, at den, der køber en fabriksny bil fra en forhandler, kan fortrænge tinglyste rettigheder.

3. *U 2000.1117 H*

Ved denne kendelse fik Højesteret lejlighed til direkte og indirekte at tage stilling til en række af de foran omtalte spørgsmål vedrørende forholdet mellem forhandlergrundsætningen i bred forstand og tinglysningslovens § 42 d.

Sagen angik en situation, hvor en bank finansierede en autoforhandlers lager af brugte biler mod sikkerhed i form af underpant i bilerne. Rent praktisk gik man frem på den måde, at de til enhver tid pantsatte biler var omfattet af et fælles skadesløsbrev. Når en bil blev solgt, skulle salgssummen indbetales til banken, som herefter lod tinglyse et nyt skadesløsbrev, hvor den solgte bil var udgået. Denne løbende udskiftning af det tinglyste skadesløsbrev skete ikke nødvendigvis straks ved hvert enkelt salg, men med jævne mellemrum – efter det forklarede ca. hver 14. dag – således at de i perioden købte biler blev tilføjet, og de solgte udgik. Banken fik kopi af registreringsattesten, når en bil skulle pantsættes, og modtog meddelelse, når en bil var solgt, ligesom den regelmæssigt fik tilsendt lagerlister og førte kontrol med lageret ved besøg hos forhandleren.

Et skadesløsbrev med pant i bl.a. en Toyota Corolla blev anmeldt til tinglysning den 17. april 1998 og registreret som tinglyst pr. denne dato. Den 21. april 1998 blev bilen solgt til en anden forhandler. Denne havde indhentet oplysning i bilbogen den 17. april og fået at vide, at bilen ikke var registreret dér, men indhentede ikke ny oplysning inden købet. Banken opdagede ret hurtigt, at købesummen ikke var blevet afregnet, og rettede allerede i slutningen af april 1998 henvendelse til forhandleren herom. Da købesummen fortsat ikke blev afregnet, rettede bankens advokat den 4. juni 1998 henvendelse til køberen og forbeholdt sig sin panteret. Den 24. juni 1998 blev forhandleren erklæret konkurs. Sagen rejstes herefter for fogedretten som en sag om, hvorvidt banken i kraft af sin panteret kunne gøre udlæg i bilen hos køberen.

Køberen gjorde principalt gældende, at banken slet ikke havde panteret i bilen, fordi skadesløsbrevet af 17. april 1998 efter købet var blevet aflyst og erstattet af nye skadesløsbreve. Subsidiært anførte købe-

ren, at han havde eksstingveret bankens panteret, idet han ved erhvervelsen var i god tro, og idet „den benyttede finansieringsform indebar en sådan legitimation for bilforhandleren ... til at sælge de pantsatte biler, at (banken) i forhold til godtroende købere bør bære risikoen for (forhandlerens) overtrædelse af vilkårene herfor.“ Mest subsidiært anførte han, at banken havde fortabt sin panteret som følge af uforsigtighed og passivitet, idet han herved bl.a. henviste til, at banken havde ladet forhandleren beholde den originale registreringsattest, og at den på et tidligere tidspunkt burde have grebet ind over for forhandleren og tidligere end sket burde have rettet henvendelse til ham.

Fogedretten tog bankens begæring om udlæg til følge med den begrundelse, at køberen som følge af, at han ikke ved købet den 21. april 1998 på ny havde sikret sig, at bilen ikke var behæftet, ikke kunne anses at have erhvervet bilen i god tro. Denne begrundelse var misvisende, idet spørgsmålet om, hvorvidt en tinglyst ret er eksstingveret, ikke kan bero på, om manglende eftersyn af bilbogen kan siges at være udtryk for uagtsomhed, jf. foran i afsnit 2. Landsretten og Højesteret stadfæstede kendelsen, men med andre begrundelser. Da der ikke er væsentlige realitetsforskelle mellem landsrettens og Højesterets præmisser, skal alene de sidste omtales. Højesteret fremhævede først, at det måtte lægges til grund, at banken over for forhandleren havde betinget sig, at en bil, der blev solgt, først udgik af pantet, når salgssummen var indbetalt til banken. Det hedder herefter:

„Et skadesløsbrev til (banken) omfattende bl.a. den omhandlede Toyota Corolla blev tinglyst med retsvirkning fra den 17. april 1998. (Køberen) købte bilen af (forhandleren) ved aftale indgået den 21. april 1998. Det følger herefter af tinglysningslovens § 42 d, stk. 1, at (bankens) panteret i bilen er beskyttet over for (køberen). De af (køberen) anførte generelle legitimations- og risikosynspunkter kan ikke føre til et andet resultat. Det er som anført af landsretten uden betydning, at det nævnte skadesløsbrev efterfølgende blev erstattet af nye skadesløsbreve.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at (banken) ved mangelfuld kontrol med (forhandlerens) afregninger eller på anden måde har udvist en uforsigtighed, som kan medføre, at den tinglyste panteret ikke kan gøres gældende. Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at (banken) har udvist passivitet ved forfølgningen af sin panteret over for (køberen).“

Der blev, som det ses, ikke gjort meget ud af køberens principale anbringende. Det var da også temmelig indlysende, at det ikke kunne have betydning, at det oprindelige skadesløsbrev efterfølgende var ble-

vet erstattet af nye skadesløsbreve, når den omhandlede bil også var omfattet af de nye skadesløsbreve, og når afløsningen af et skadesløsbrev var betinget af lysning af det nye skadesløsbrev.

Afgørelsens principielle betydning ligger navnlig i afvisningen af, at de påberåbte „generelle legitimations- og risikosynspunkter“ kunne føre til et andet resultat end det, som umiddelbart følger af ordlyden af tinglysningslovens § 42 d, stk. 1. Der er hermed taget afstand fra, at forhandlergrundsætningen kan anvendes ved underpant i en forhandlers lager af biler m.v.. Hvad der heraf må antages at kunne udledes vedrørende de øvrige tilfældegrupper, er omtalt i det følgende afsnit.

Det fremgår af sagen, at banken forud for pantsætningen og salget af den konkrete bil, i hvert fald i marts 1998, havde konstateret visse uregelmæssigheder vedrørende afregninger m.v. Dette havde medført, at banken havde strammet sin kontrol, bl.a. ved hyppigere check af varrelageret. Med hensyn til den konkrete bil kunne bankens kontrol og opfølgning, herunder over for køberen, vanskeligt kritiseres. Afgørelsen er udtryk for den vurdering, at banken alt i alt havde gjort, hvad der med rimelighed kunne forlanges, og i hvert fald ikke havde udvist en sådan uagtsomhed eller passivitet, at der var grundlag for at anse den for afskåret fra at gøre panteretten gældende. Det mest interessante ved denne del af præmisserne er vel den heri liggende forudsætning om, at uforsigtighed og/eller passivitet efter omstændighederne *kan* føre til fortabelse af en tinglyst panteret, jf. nedenfor i afsnit 5. Den omstændighed, at banken havde ladet forhandleren beholde de originale registreringsattester, er ikke omtalt i præmisserne, hvilket må tages som udtryk for, at dette forhold ikke er tillagt væsentlig betydning.

4. *Nærmere om afgørelsens begrundelse og rækkevidde*

Allerede forud for vedtagelsen af reglerne om bilbogen var der ved to utrykte landsretsafgørelser taget afstand fra den visse steder i litteraturen fremførte opfattelse, at forhandlergrundsætningen kunne anvendes tilsvarende på underpant i løsøre.²⁴ Dette var udtrykkeligt eller forudsætningsvis blevet fastholdt i nogle senere afgørelser vedrørende pant i køretøjer tinglyst efter de tidligere regler, dvs. efter tinglys-

24. Jf. ØLD af 14. juni 1984 (13. afd., a.s. 43/1983) og VLK af 20. marts 1990 (1. afd., V.L. B 2981/1989). Afgørelserne er omtalt af *Willumsen* i U 1996 B s. 297.

ningslovens § 47, stk. 1.²⁵ Begrundelsen for disse afgørelser må antages at være, at en sådan modifikation i princippet om, at pantkøberen opnår beskyttelse ved tinglysning, ikke var forenelig med § 47, stk. 1, og at en erhverver i hvert fald som udgangspunkt havde mulighed for at gardere sig mod, at der var tinglyst underpant i genstanden, medens der ikke var nogen mulighed for at gardere sig mod et ejendomsforbehold. Der var med andre ord ikke grundlag for en analog anvendelse af forhandlergrundsætningen, dels fordi der var tale om et i forvejen lovreguleret område, dels fordi der ikke forelå årsagernes lighed.²⁶

For så vidt angår underpant i biler m.v. består denne begrundelse for at afvise en analog anvendelse af forhandlergrundsætningen uændret efter gennemførelsen af reglerne om bilbogen, eftersom tinglysningslovens § 42 d, stk. 1, for så vidt angår underpant svarer til lovens § 47, stk. 1.²⁷ Begrundelsen må siges at være blevet styrket derved, at de tidligere decentrale personregistre er blevet afløst af et centralt realregister, idet dette har gjort erhververens undersøgelsesmulighed lettere og mere effektiv (for så vidt angår underpant i andre løsøre genstande end biler gælder til dels det samme, da de decentrale personbøger er blevet afløst af en central personbog).

Højesterets afgørelse i U 2000.1117 har således karakter af en stadfæstelse af en fast landsretspraksis. Præmisserne må forstås således, at retten har fundet, at resultatet fulgte allerede af selve bestemmelsen i tinglysningslovens § 42 d, stk. 1, jf. det første led i den foran nævnte begrundelse, men retten har naturligvis tillige være opmærksom på det andet led, altså den manglende årsagernes lighed. I præmisserne ligger samtidig en afstandtagen fra udtalelserne i forarbejderne om, at tinglysning af underpant i løsøre ikke nødvendigvis er en tilstrækkelig betingelse for beskyttelse, for så vidt disse udtalelser måtte sigte til analog anvendelse af forhandlergrundsætningen.

Afgørelsen er særlig markant som følge af, at den angår pant i en forhandlers lager af omsætningsaktiver, altså et konsignationslignende pantsætningsforhold, hvor de argumenter, som kan anføres til fordel for erhververen, gør sig stærkest gældende. Det er om disse pantsætningsforhold anført, at erhververen må vinde ret, allerede fordi pant-

25. Jf. *FM 1994.5 V* og *FM 1994.114 V*, begge omtalt i afsnit 5. *U 1995.998 V* kan ikke tages som udtryk for en modsat opfattelse, idet denne afgørelse alene går ud på, at den nødvendige bevisførelse burde ske under almindelig rettergang.

26. Jf. *Willumsen* i *U 1996 B s. 297 f.*

27. At forhandlergrundsætningen heller ikke finder anvendelse på underpant tinglyst i bilbogen er forudsat i *U 2000.931 V* (omtalt i afsnit 6).

haveren jo – ligesom ved konsignation – har givet tilladelse til videresalg.²⁸ Denne udtalelse er imidlertid ligesom tilsvarende udtalelser vedrørende konsignation ikke dækkende, jf. foran 1. Ved pant i en forhandlers omsætningsaktiver vil det formentlig normalt være aftalt mellem panthaver og pantsætter, at der ved hvert enkelt salg straks skal ske afregning af salgssummen til panthaveren, og aftalen må i disse tilfælde som udgangspunkt forstås således, at genstanden først frigives af pantet, når salgssummen er afregnet. Det normale vil således være, at tilladelsen til videresalg er betinget på en sådan måde, at pantet ikke ophører allerede som følge af salget, og at erhververen derfor ikke kan vinde ret på aftaleretligt grundlag.²⁹ Ved konsignation må det modsatte formentlig siges at være det typiske, og der består således på dette punkt en forskel mellem konsignation og konsignationslignende pantsætningsforhold. I den foreliggende sag anfører Højesteret som nævnt indledningsvis, at det måtte lægges til grund, at tilladelsen til videresalg var betinget på den nævnte måde. Selv om dette vil være det normale i pantsætningsforhold, kan det ikke lægges til grund, at det altid vil være tilfældet, og der må derfor i hvert enkelt tilfælde tages stilling til indholdet af aftalen mellem panthaver og pantsætter.

Man kan næppe indlægge i afgørelsens ret håndfaste præmisser, at Højesteret har anset resultatet for indlysende. Der kan ved konsignationslignende pantsætningsforhold anføres vægtige argumenter til støtte for, at panthaveren i forhold til en godtroende erhverver burde bære risikoen for pantsætterens tilsidesættelse af vilkårene for tilladelsen til videresalg, selv om erhververen har mulighed for at gardere sig ved at undersøge bilbogen (personbogen).³⁰ Til støtte for resultatet kan foruden det anførte om manglende hjemmel for det modsatte i tinglysningslovens § 42 d, stk. 1 (§ 47, stk. 1) anføres, at det modsatte resultat heller ikke ville harmonere med udtalelsen i forarbejderne om, at forhandlergrundsætningen ikke længere kan påberåbes i relation til brugte biler. Det må endvidere tages i betragtning, at erhververen under alle omstændigheder er opfordret til at gardere sig ved at undersøge bilbogen (personbogen), fordi der kan være rettigheder i bilen, i relation til hvilke forhandlergrundsætningen i hvert fald ikke kan på-

28. Jf. Ørgaard: Sikkerhed i løsøre (3. udg. 1998) s. 78 f.

29. Anderledes *Willumsen* i U 1996 B s. 299 for så vidt angår, hvad der kan anses for det normale.

30. Jf. *Jørgen Nielsens* udtalelse i Revision og Regnskabsvæsen 1986 s. 319 om, at de fleste pengeinstitutter formentlig – uanset juraen – vil undlade at forfølge et sådant pant mod en godtroende køber.

Forhandlergrundsætningen og bilbogen

beråbes. Endelig vil man til en vis grad kunne tilgodese hensynet til erhververen ved i disse tilfælde at anlægge en strengere målestok ved anvendelsen af reglen om fortabelse af panteretten som følge uforsigtighed eller passivitet, jf. afsnit 5.

Når forhandlergrundsætningen ikke kan påberåbes ved konsignationslignende pantsætningsforhold, må heraf følge, at den så meget mere ikke kan påberåbes i tilfælde, hvor pantsætteren vel er forhandler af genstande af den pågældende art, men ikke har tilladelse til videresalg. Den i forarbejderne anlagte sondring mellem nye og brugte biler må afvises for så vidt angår ejendomsforbehold, jf. nedenfor, og kan derfor heller ikke være relevant ved underpant. Endelig må man af U 2000.1117 H kunne udlede, at forhandlergrundsætningen heller ikke kan anvendes analogt på underpant i andre løsøregenstande end biler m.v. Afgørelsen må således antages at indebære en generel afstandtagen fra tanken om analog anvendelse af forhandlergrundsætningen på underpant.

Med gennemførelsen af reglerne om bilbogen er der indført krav om, at ejendomsforbehold i biler m.v. skal tinglyses for at opnå beskyttelse over for (bl.a.) godtroende aftaleerhververe, og ejendomsforbehold i biler m.v. er herved blevet sidestillet med underpant. Modstykket hertil er, at køberen af biler m.v. har fået mulighed for at gardere sig mod ejendomsforbehold ved at undersøge bilbogen. Disse forhold taler på afgørende måde for, at ejendomsforbehold i biler m.v. også må sidestilles med underpant for såvidt angår spørgsmålet om eksstinktion til fordel for godtroende erhververe, og at forhandlergrundsætningen derfor ikke kan opretholdes i relation til ejendomsforbehold i biler m.v.

Dette må antages at være den reelle baggrund for udtalelsen i forarbejderne om, at forhandlergrundsætningen (normalt) ikke længere vil kunne påberåbes ved ejendomsforbehold i brugte biler. Man forsøger i forarbejderne at etablere en sondring mellem ejendomsforbehold i brugte biler og ejendomsforbehold i fabriksnye biler, men den angivne begrundelse er uholdbar, jf. foran i afsnit 2. Dette sammenholdt med, at lovens ordlyd ikke giver nogen støtte for sondringen, må føre til, at denne må forkastes, hvilket der som nævnt også synes at være enighed om i litteraturen. Holder man sig til de i forarbejderne angivne resultater, må man sige, at forarbejderne nærmest støtter, at forhandlergrundsætningen i det hele er afskaffet for så vidt angår biler m.v. Ejendomsforbehold i fabriksnye biler forekommer nemlig stort set kun i forbindelse med konsignation, og her fører andre forhold i reglen til, at ejendomsforbeholdet ikke kan gøres gældende, jf. nedenfor.

Ørgaard argumenterer i Bilbogen (1993) s. 22 f for, at forhandlergrundsætningen i det hele fortsat er gældende ved ejendomsforbehold i biler m.v. Til støtte herfor anføres navnlig, at forhandlergrundsætningen er en formodningsregel gående ud på, at den, som sælger til en forhandler, har givet tilladelse til videresalg, at modstykket er, at køberen med føje kan tro på, at der er tale om et ejendomsforbehold med tilladelse til videresalg, og at målet med bilbogsreformen ikke har været at styrke sælgerpositionen. Denne argumentation er ikke overbevisende. De to første udtalelser er simpelthen ikke rigtige. Den sidste betragtning er nok rigtig ud fra en overordnet synsvinkel, men den kan ikke være udslagsgivende ved afgørelsen af det heromhandlede spørgsmål, hvilket allerede fremgår af udtalelsen i forarbejderne om, at forhandlergrundsætningen ikke længere vil gælde ved ejendomsforbehold i brugte biler. De fleste andre forfattere, som har udtalt sig om spørgsmålet, har da også taget afstand fra Ørgaards opfattelse.³¹

På den anførte baggrund, og da begrundelserne for resultatet i U 2000.117 H gælder tilsvarende ved ejendomsforbehold i biler m.v., kan der næppe være tvivl om, at det af afgørelsen tillige kan udledes, at forhandlergrundsætningen ikke længere gælder ved ejendomsforbehold i biler m.v., hvad enten der er tale om brugte eller fabriksnye køretøjer. Dette udelukker ikke, at det fortsat kan tillægges en vis betydning, om køberen er forhandler, nemlig ved bedømmelsen af spørgsmålet om bortfald af ejendomsforbeholdet som følge af uforsigtighed eller passivitet, jf. nedenfor i afsnit 5.

Er der tale om konsignation, vil det i mange tilfælde følge af aftalen mellem leverandøren og forhandleren, at ejendomsforbeholdet bortfalder ved forhandlerens videresalg, og i så fald kan ejendomsforbeholdet allerede af denne grund ikke gøres gældende over for køberen, jf. foran i afsnit 1. Er tilladelsen til videresalg betinget på et sådan måde, at ejendomsforbeholdet ikke i kraft af aftalen mellem leverandøren og forhandleren bortfalder ved forhandlerens salg, og er ejendomsforbeholdet tinglyst, vil ejendomsforbeholdet kunne gøres gældende over for en godtroende erhverver, og dette gælder, selv om der er tale om et fabriksnyt køretøj. Da tinglysning af ejendomsforbehold i fabriksnye biler m.v. ikke er nødvendig for, at leverandøren kan opnå beskyttelse over for forhandlerens kreditorer, jf. tinglysningslovens § 42 d, stk. 2, vil leverandørerne (importørerne) formentlig i almindelighed undlade tinglysning, og i så fald kan ejendomsforbeholdene af denne grund ikke

31. Jf. note 22.

gøres gældende over for forhandlerens købere i god tro. Omvendt vil det forhold, at importøren har ladet ejendomsforbeholdene tinglyse, i sig selv udgøre et indicium for, at det ikke af konsignationsaftalen følger, at ejendomsforbeholdene bortfalder ved forhandlerens videresalg.³² Da konsignationssalg af biler m.v. i praksis formentlig kun forekommer ved fabriksnye biler m.v., og da der formentlig kun sjældent sker tinglysning i disse tilfælde, er hele problemstillingen vedrørende købernes retsstilling ved konsignation formentlig kun af marginal betydning.

Sammenfattende kan siges, at det af U 2000.1117 H må antages at følge, at analog anvendelse af forhandlergrundsætningen på underpant i løsøre er udelukket, og at forhandlergrundsætningen ikke længere finder anvendelse ved ejendomsforbehold i biler m.v.

5. *Eksstinktion i forbindelse med uforsigtighed eller passivitet fra panthaverens eller ejendomsforbeholdssælgerens side*

Det er i retspraksis antaget, at en tinglyst underpanteret i en løsørengstand efter omstændighederne kan eksstingveres af en godtroende køber, hvis der er udvist uforsigtighed eller passivitet fra panthaverens side.³³ De foreliggende afgørelser vedrører underpant i biler og andre køretøjer, som var tinglyst før indførelsen af bilbogen og således var tinglyst i personbogen. Nogle af afgørelserne vedrører situationer, hvor panteretten ikke blev gjort gældende over for pantsætterens køber, men over for en senere erhverver. I disse tilfælde kan resultatet forklares med, at panthaveren trods kendskab til eller formodning om pantsætterens salg havde forsømt at forfølge sin ret, eventuelt ved at forlange tinglysning af et pantebrev med pantsætterens køber som debitor, og at den senere erhverver ikke havde haft nogen mulighed for at gardere sig mod panteretten. Der foreligger imidlertid også afgørelser, hvor eksstinktion er statueret til fordel for pantsætterens køber,

32. Det her anførte om konsignationstilfældene svarer i det væsentlige til det, der er anført af *Willumsen* i U 1996 B s. 299. Anderledes *Beck Tomsen* i Revision og Regnskabsvæsen 1993, hft. 11 s. 36 f, der anfører, at det altid følger af konsignationsaftalen, at ejendomsforbeholdet bortfalder ved forhandlerens videresalg.

33. Jf. U 1951.835 Ø, FM 1994.5 V og FM 1994.114 V. I U 1997.1429 V blev spørgsmålet holdt åbent, jf. teksten. To utrykte afgørelser truffet af Vestre Landsret, i hvilke eksstinktion blev statueret ligesom i de tre førstnævnte afgørelser, er omtalt af *Peter Møller* i FM 1998 s. 24. Jf. endvidere *von Eyben: Panterrettigheder* s. 347, *Rørdam og Carstensen: Pant* s. 373, *Peter Mortensen* i U 1998 B s. 49 og *Willumsen* i U 1998 B s. 319 f.

selv om denne kunne have garderet sig ved at undersøge personbogen.³⁴ Det forekommer da også rigtigt, at den omstændighed, at køberen kunne have garderet sig, ikke bør udelukke eksstinktion som følge af panthaverens uforsigtighed eller passivitet, dels fordi denne omstændighed ikke bør udelukke, at der kan lægges vægt på panthaverens forhold, dels fordi køberens mulighed for at opnå dækning hos pantsætteren typisk forringes, jo længere tid der går.³⁵

Selv om indførelsen af bilbogen har gjort det muligt for alle erhververe af biler m.v. at gardere sig mod panterrettigheder, bør det derfor fastholdes, at der gælder en generel regel om, at tinglyste panterrettigheder i biler m.v. efter omstændighederne kan fortabes til fordel for en godtroende køber – pantsætterens køber eller en senere erhverver – såfremt der er udvist uforsigtighed eller passivitet fra panthaverens side. På tilsvarende måde må tinglyste ejendomsforbehold i biler m.v. kunne eksstingveres, hvis der er udvist uforsigtighed eller passivitet fra ejendomsforbeholdssælgerens side.

I 1997.1429 V ansås en andelskasse (dennes konkursbo) ikke at have fortabt sin panteret i en bil (tinglyst i personbogen) som følge af passivitet. I præmisserne udtales bl.a.: „Hvis en sådan tingligt sikret ret overhovedet kan bortfalde ved passivitet, må det antages, at det kun kan ske, såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder.“ Denne udtalelse kan ikke tiltrædes. Der er på baggrund af hidtidig praksis hverken grundlag for at rejse tvivl om, hvorvidt muligheden overhovedet består, eller for at opstille den norm, at eksstinktion (i hvert fald) kun kan statueres, hvis der foreligger „ganske særlige omstændigheder“. Heller ikke dommens resultat forekommer overbevisende, hvilket illustrerer, at den opstillede norm er for snæver. Andelskassen havde i juni 1992 modtaget meddelelse om, at bilens forsikring var afmeldt og havde i denne anledning anmodet pantsætteren om at oplyse, hvorvidt bilen var solgt. Herefter havde andelskassen og dennes konkursbo intet foretaget sig, før der i september 1994 fra anden side blev rettet henvendelse til boet vedrørende pantet.

Den norm, der bør opstilles ved ejendomsforbehold eller pant i biler m.v., må snarere være, at en viden eller mistanke om, at køretøjet er

34. Jf. *FM 1994.5 V* og *FM 1994 V*, der ikke omtales af *Willumsen* i U 1998 B s. 320 med note 7.

35. Anderledes *Willumsen* i U 1998 B s. 320. Se også *Peter Møller* i *FM 1998 s. 24*, der anfører, at panteretten kun bør bortfalde, hvor man i situationen kan indlægge et egentligt afkald på panteretten fra panthaverens side.

solgt af køberen eller pantsætteren, skal følges op af sælgeren eller panthaveren på effektiv måde og inden for rimelig tid (tilsvarende ved pant i andre løsørestande end biler m.v.).

Er køberen eller pantsætteren ikke forhandler af genstande af den pågældende art, vil spørgsmålet om eksstinktion til fordel for en godtroende erhverver formentlig kun blive aktuelt ved passivitet over for viden eller mistanke om, at køretøjet er solgt.

Er køberen eller pantsætteren forhandler af genstande af den pågældende art, men er der ikke givet tilladelse til salg, kan selve den omstændighed, at den pågældende er forhandler, ikke bevirke, at sælgeren eller panthaveren anses at have handlet uforsigtigt. Dette er en konsekvens af, at forhandlergrundsætningen og dennes analogi ikke kan påberåbes. Det kan derimod næppe udelukkes, at der kan statueres eksstinktion som følge af uforsigtighed, hvis omstændighederne gav grundlag for konkret mistanke om, at forhandleren ikke ville respektere forbudet mod salg. Det er også muligt, at man i disse tilfælde bør anvende en strengere målestok ved passivitet over for viden eller mistanke om, at salg har fundet sted.³⁶

Ved konsignation eller konsignationslignende pantsætningsforhold vedrørende biler m.v. må beskyttelsen over for forhandlerens kreditorer – selv om der, når bortses fra konsignation vedrørende fabriksnye biler, tillige stilles krav om tinglysning – formentlig være betinget af, at forhandleren afregner i takt med salgene, og at leverandøren eller panthaveren fører kontrol hermed.³⁷ Meget taler for, at dette i de tilfælde, hvor retten ikke er bortfaldet allerede på aftaleretligt grundlag, jf. foran 4, tillige bør være en betingelse for, at ejendomsforbeholdet eller panteretten kan gøres gældende over for en godtroende køber. Herved kan det undgås, at sløseri fra leverandørens eller panthaverens side i denne henseende fører til, at et større antal købere lider tab i situationer, hvor forhandleren kommer i økonomiske vanskeligheder. I U 2000.1117 H anfører Højesteret, at der ikke var grundlag for at fastslå, at pengeinstituttet „ved mangelfuld kontrol med (forhandlerens) afregninger eller på anden måde har udvist en uforsigtighed, som kan medføre, at den tinglyste panteret ikke kan gøres gældende“. Denne formulering peger i retning af det anførte. Der synes i disse tilfælde

36. Såvel i *FM 1994.5 V* som i *FM 1994.114 V* henvises i præmisserne til, at pantsætteren var forhandler.

37. Jf. for så vidt angår konsignationslignende pantsætningsforhold *Ørgaard: Sikkerhed i løsøre* (3. udg. 1998) s. 31 f.

Peter Blok

også at være grundlag for at stille krav om, at der ved viden eller mistanke om, at salg ikke er afregnet, uden uforholdent ophold foretages effektive undersøgelser og rettes henvendelse til de berørte købere, og der må herved efter omstændighederne også kunne lægges vægt på viden eller mistanke om, at andre salg ikke er afregnet.³⁸ U 2000.1117 H er forenelig med en sådan relativt streng passivitetsvurdering.

6. Beskyttelsestidspunkt og eksstinktionsbetingelser

Lovudkastet i betænkning 1190/1990 indeholdt som § 42 d, stk. 2, følgende bestemmelse:

„Den aftale eller retsforfølgning, der skal kunne fortrænge en utinglyst ret, skal selv være tinglyst eller sikret ved rådighedsberøvelse, og erhververen ifølge aftalen i god tro.“

Arbejdsgruppen synes at være gået ud fra, at denne bestemmelse var i overensstemmelse med gældende ret vedrørende underpant i løsøre, selv om lovens § 47 – modsat reglerne om fast ejendom, jf. § 1, stk. 2 – ikke indeholdt nogen tilsvarende bestemmelse, se betænkningen s. 16 f, 72 og 106 f. Ved fremsættelsen af lovforslaget blev bestemmelsen udeladt, idet det herom bl.a. bemærkedes, at en sådan bestemmelse „næppe vil kunne udformes sådan, at den angiver alle de betingelser, som kan være relevante i de mange forskellige situationer, som kan opstå i praksis“ (FT 1991-92, A sp. 2821). Denne udtalelse må nok tages som udtryk for en vis tvivl om, hvorvidt den foreslåede bestemmelse i alle situationer var i overensstemmelse med gældende ret og i øvrigt hensigtsmæssig.

Under alle omstændigheder må begge spørgsmål besvares benægtende. En godtroende købers eksstinktion af en utinglyst underpantret i løsøre kan *ikke* antages at være betinget af, at køberen har fået genstanden i hænde, og eksstinktion indtræder således allerede på tidspunktet for købeaftalens indgåelse.³⁹ Baggrunden herfor er, at en køber af en løsøre genstand nyder beskyttelse mod underpanterettigheder allerede fra aftalens indgåelse, og at et krav om ihændehavelse som betingelse for en købers eksstinktion derfor ville kunne føre til cirkulæ-

38. Jf. *FM 1994.5 V*.

39. Jf. *Willumsen*: Tinglysningsloven s. 410, *samme* i U 1996 B s. 299 f, *samme* i U 1998 B s. 320 ff. samt *Blok* i *Karnov 1996 s. 7567 note 313* (*Karnov 1994 s. 8917 note 310*). Anderledes *Elmer og Skovby*: *Ejendomsretten 1 s. 167 ff.*, *Peter Mortensen* i U 1998 B s. 49 og *Peter Møller* i *FM 1998 s. 25 f.*

re prioritetskonflikter.⁴⁰ Et sådant krav ville endvidere føre til en uhensigtsmæssig retstilstand, fordi det i situationer, hvor genstanden, f.eks. på grund af klargøring, først udleveres på et senere tidspunkt, ville lægge hindringer i vejen for, at købesummen betales straks ved aftalens indgåelse, og ville nødvendiggøre (fornyset) undersøgelse af personbogen (bilbogen) i forbindelse med udleveringen.⁴¹ Lægges det herefter til grund, at tinglysningslovens § 47, stk. 1, skulle og skal forstås således, at en godtroende køber eksstingverer en utinglyst underpanteret allerede ved aftalens indgåelse, må lovens § 42 d, stk. 1, naturligvis forstås på samme måde for så vidt angår utinglyste underpanterrettigheder eller ejendomsforbehold i biler m.v.⁴²

I U 2000.1117 H henvises i præmisserne til, at tinglysningen var sket den 17. april 1998, og at købeaftalen var indgået den 21. april 1998. Der siges i præmisserne ikke noget om, hvornår bilen var udleveret til køberen, og selv om dette faktisk var sket samme dag, som aftalen blev indgået, må i præmissernes udformning kunne indlægges, at det afgørende er tidspunktet for aftalens indgåelse, ikke tidspunktet for udleveringen.⁴³

I U 2000.931 V fastlagdes det nøjagtige tidspunkt, fra hvilket en til tinglysning anmeldt underpanteret i en bil nyder beskyttelse over for en godtroende køber af bilen. Der var tale om et konsignationslignende pantsætningsforhold ligesom i U 2000.1117 H (vistnok om samme forhandler). Forhandleren indrømmede ved skadesløsbrev af 4. maj 1998 banken panteret i et større antal biler, herunder den omhandlede, og skadesløsbrevet blev den 5. maj 1998 anmeldt til tinglysning i bilbogen og blev registreret som tinglyst pr. denne dato. Den 5. maj 1998 om formiddagen solgte forhandleren bilen til en køber, som var uden kendskab til panteretten. Købesummen blev betalt og bilen udleveret samme dag. Da købesummen ikke blev afregnet til banken, gjorde denne sin panteret gældende over for køberen. Denne havde ikke forud for købet foretaget undersøgelse af bilbogen, men selv om han havde gjort det, ville han ikke have fået oplysning om panteretten, da bilbogen først efter kontortidens afslutning den 5. maj 1998 kunne give denne oplysning.

40. Jf. *Willumsen* i U 1996 B s. 300.

41. Jf. *Willumsen* i U 1998 B s. 321.

42. Som anført af *Willumsen* i U 1996 B s. 300 note 18 er det derfor en fejl, når jeg i Karnov 1994 s. 8915 note 281 (og Karnov 1996 s. 7564 f note 284) anførte, at en køber (ligesom en håndpanthaver) må have fået køretøjet overgivet i god tro.

43. Tilsvarende kan siges om såvel flertallets som mindretallets præmisser i U 2000.931 V.

Landsrettens flertal antog, at bankens panteret først fra kontortidens udløb den 5. maj 1998 nød beskyttelse mod godtroende aftaleerhververe, og at køberen derfor havde eksstingveret panteretten. Flertallet henviste herved til, *at* der kun kan regnes med hele dage, *at* beskyttelsen af en panteret under alle omstændigheder først er absolut fra kontortidens udløb på anmeldelsesdagen, jf. tinglysningslovens § 42 g, stk. 1, 3. pkt., om ligestilling af dokumenter, der anmeldes til tinglysning samme dag, og *at* der består et væsentligt praktisk behov for, at købere allerede ved aftalens indgåelse kan få vished for, at bilen ikke er behæftet med præjudicerende rettigheder. Mindretallet ville give banken medhold og henviste bl.a. til, at § 42 g, stk. 1, 2. pkt., hvorefter tinglysningens retsvirkninger regnes fra den dag, da dokumentet anmeldes til tinglysning (ligesom den tilsvarende bestemmelse i § 25, 2. pkt.) må forstås således, at tinglysningens retsvirkninger regnes fra og med denne dag, dvs. fra kontortidens begyndelse.

Mindretallets udtalelse om forståelsen af de nævnte bestemmelser er som udgangspunkt korrekt, men situationen var speciel, fordi ejendomsrettigheder vedrørende biler jo ikke skal tinglyses. Det forekommer derfor rigtigst at lægge til grund, at situationen slet ikke er omfattet af bestemmelserne i lovens § 42 g, stk. 1, 2. og 3. pkt., hverken direkte eller analogt. Mindretallets standpunkt forekommer ikke konsekvent, fordi anvendelsen af § 42 g, stk. 1, 2. pkt., vel måtte indebære, at også 3. pkt. om ligestilling burde finde anvendelse (hvilket dog ikke ville være en hensigtsmæssig løsning). Endvidere ville mindretallets standpunkt føre til, at en købers ret kunne eksstingveres af en panteret, som *senere* samme dag var stiftet og anmeldt til tinglysning, hvilket ville være i strid med grundprincippet om, at en køber nyder beskyttelse fra aftalens indgåelse. Det må i denne forbindelse også tages i betragtning, at det i forhold til panthaveren må anses for en tilfældig omstændighed, om købeaftalen er indgået på dagen for panterettens anmeldelse eller på et tidligere tidspunkt. Af disse og de af flertallet anførte grunde forekommer flertallets standpunkt at være det rigtige.

Det må imidlertid understreges, at dommens resultat ikke kan overføres på forholdet mellem to underpanterrettigheder i en bil eller på forholdet mellem en underpanteret og et ejendomsforbehold i en bil. Her finder bestemmelserne i § 42 g, stk. 1, 2. og 3. pkt., anvendelse.

Kapitalkrav i selskabsretten og skatteretten

Lektor, lic.jur. Henrik Dam og lektor, lic.jur Søren Friis Hansen

1. *Lovmæssige krav til selskabers kapital*

1.1 *Om undersøgelsen og dens baggrund*

Siden vedtagelsen af den første danske aktieselskabslov fra 1917 har der været stillet særlige lovkrav til aktieselskabers kapital i dansk ret. Spørgsmålet om fastsættelse af lovmæssige mindstekrav til aktie- og anpartskapitalen har i de seneste 20 år været det selskabsretlige spørgsmål, der har givet anledning til mest politisk debat i Danmark. I selskabsretlig henseende tilhører Danmark for så vidt angår spørgsmålet om selskabers kapital til den kontinentaluropæiske familie. Der har således siden den første aktieselskabslov fra 1917 været stillet et mindstekrav til aktiekapitalens størrelse. I Danmark har også anpartsselskabet, siden dette blev introduceret i 1973, været underlagt kapitalregler, hvis grundtræk har været identiske med de for aktieselskaber gældende regler.

Mindstekravene til selskabskapitalens størrelse har været justeret flere gange siden 1980. I forbindelse med ændringer af selskabslovene har spørgsmålet om mindstekapitalkravets størrelse ganske overskygget debatten om de øvrige emner. I begyndelsen af halvfemserne medførte hensynet til de danske skattemyndigheder, at der blev gennemført en drastisk forhøjelse af mindstekravene til aktie- og anpartsselskabers kapital.

Med vedtagelsen af anpartsselskabsloven af 1996 synes den politiske debat vedrørende kravene til selskabers kapital at være et afsluttet kapitel i Danmark, og det er usandsynligt, at der kan opnås politisk vilje til at gennemføre væsentlige ændringer i de nugældende regler inden for en overskuelig fremtid. Det må forventes, at der i forbindelse med tilpasningen af dansk selskabsret til EUROen indføres adgang til at udstede aktier uden fast værdiangivelse (såkaldte „stykkaktier“), men der er alene tale om tekniske justeringer af de gældende kapitalregler, som ikke vil medføre omvæltninger i de grundlæggende

de principper vedrørende reguleringen af selskabers kapital i dansk ret.¹

Medens spørgsmålet om mindstekrav til selskabskapitalen således synes afklaret i dansk selskabsret, har der i Danmark i de senere år kunnet konstateres en tendens til, at der indføres særlige supplerende krav til selskabers kapital i skatteretten. Således er der eksempelvis indført særlige regler om begrænsninger i danske selskabers ret til at fratække renter vedrørende lån, som er ydet af et udenlandsk kontrollerende selskab, såfremt det danske selskab er tyndt kapitaliseret, jf. SEL § 11, samt nedenfor afsnit 3. Hertil kommer det generelle kapitalkrav på 125.000 DKK, der blev indført for virksomheder, som skal registreres hos Told- og Skat, jf. nedenfor afsnit 4 om lov nr. 461 af 31. maj 2000.

Disse skatteretlige kapitalkrav er formelt subsidiære i forhold til de selskabsretlige kapitalkrav, idet anerkendelse af et selskab som et selvstændigt retssubjekt alene forudsætter, at selskabet opfylder de *selskabsretlige* kapitalkrav. I praksis vil de skatteretlige kapitalkrav imidlertid have samme effekt som de selskabsretlige kapitalkrav. Således kan en virksomhed, der ikke opfylder kapitalkravet i lov nr. 461 af 31. maj 2000, ikke blive momsregistreret i Danmark, hvilket effektivt vil forhindre virksomheden i at udøve erhvervsvirksomhed her i landet². Dertil kommer, at tilstedeværelsen af en anpartskapital tillægges en vis – omend begrænset – betydning ved vurderingen af, om et selskab er et selvstændigt skattesubjekt, jf. nedenfor 5.

Formålet med denne undersøgelse er for det første at give et overblik over de selskabsretlige kapitalkrav, der findes i gældende dansk ret for så vidt angår aktie- og anpartsselskaber (afsnit 2). Herefter redegøres for de skatteretlige kapitalkrav der stilles til selskaber, som opererer i Danmark, herunder navnlig reglerne i selskabsskatteloven vedrørende tynd kapitalisering (afsnit 3), samt det kapitalkrav, der med lov nr. 461 af 31. maj 2000 er indført i forbindelse med registrering hos de danske told- og skattemyndigheder (afsnit 4). Endvidere redegøres for kapitalkravets betydning ved vurderingen af et selskabs skatteretsevne (afsnit 5), for kapitalkravene ved ydelse af toldkreditter (afsnit 6) og for de særlige regler om andelsforeningers indkomstbeskatning (nedenfor 7). På baggrund af beskrivelsen af de selskabsretlige og skatteretlige kapitalkrav diskuteres det, hvorvidt det er hen-

1. Jf. nærmere om indførelse af stykaktier i dansk ret Søren Friis Hansen, UfR 2000B, s. 189-196.
2. Se tillige *Werlauff*, UfR 2000B, s. 469, der ser kapitalkravet i lov nr. 461 som en indførelse af et indirekte hovedsædekriterium i dansk selskabsret.

sigtsmæssigt at supplere de selskabsretlige kapitalkrav med særlige skatteretlige kapitalkrav.

1.2 Forskellige typer af kapitalkrav

Der stilles i en række situationer særlige krav til størrelsen af virksomheders kapital. Disse krav kan systematisk opdeles i en række undergrupper. Denne undersøgelse vedrører alene de lovfæstede retlige krav til selskabers kapital. For den enkelte virksomhed er det naturligvis af stor praktisk betydning, hvor stor en kapital, der i praksis er nødvendig for at kunne finansiere driften af selskabets aktiviteter. Dette spørgsmål er ikke undergivet en særlig retlig regulering.³

De lovfæstede kapitalkrav kan opdeles i formelle og konkrete krav. De formelle krav opstilles sædvanligvis som en betingelse for, at et selskab kan opnå en bestemt tilladelse eller retlig begunstiging. Således er det en betingelse for, at et aktie- eller anpartsselskab kan anerkendes som et selvstændigt retssubjekt med begrænset hæftelse for selskabsdeltagerne, at selskabet i forbindelse med stiftelsen dokumenterer over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at selskabsdeltagerne har overført aktiver til selskabet, hvis værdi mindst svarer til den i vedtægterne angivne aktie- eller anpartskapital, jf. ASL § 11, stk. 1 (ApSL § 11, stk. 1). På tilsvarende vis forudsætter f.eks. momsregistrering, at den ansøgende virksomhed enten dokumenterer, at dens formue på tidspunktet for anmeldelse til momsregistrering mindst udgør 125.000 DKK, eller at der stilles sikkerhed for et tilsvarende beløb (nedenfor afsnit 4.1).

Et formelt kapitalkrav er karakteriseret ved, at et selskab, der fører dokumentation for, at det pågældende kapitalkrav er opfyldt, uden videre har krav på at opnå den ønskede retlige begunstiging. Den myndighed, der meddeler den pågældende tilladelse eller begunstiging, har pligt til at undersøge, om det pågældende kapitalkrav er opfyldt, men myndigheden har i øvrigt ikke hjemmel til at foretage en nærmere undersøgelse af selskabets økonomiske forhold.

Der er væsentlige fordele ved formelle kapitalkrav. Set fra myndig-

3. Et særligt spørgsmål i denne forbindelse er, om der kan pålægges aktionærer erstatningsansvar over for selskabets kreditorer, eller ligefrem en egentlig hæftelse for selskabets gæld, i tilfælde hvor et selskab er stiftet med en kapital, der må anses for at være utilstrækkelig til at drive den pågældende type virksomhed. Spørgsmål omkring erstatningsansvar eller hæftelsesgennembrud skal ikke nærmere undersøges her, jf. hertil eksempelvis Gomard, Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner (1997), s. 100 ff., samme i Juristen 1992, s. 41 ff, samt Werlauff, Selskabsmasken (1991), s. 73 f og 501 ff.

hedernes side er håndhævelsen af sådanne krav en overkommelig og lidt ressourcekrævende opgave. De formelle kapitalkrav suppleres ofte med et krav om, at virksomhederne som dokumentation for opfyldelse af kapitalkravet skal indsende en erklæring, som er bekræftet af virksomhedens revisor.⁴ Set fra virksomhedernes side er det let at skaffe sikkerhed for, om virksomheden opfylder betingelserne for at kunne opnå den ønskede tilladelse eller retlige begunstiging.⁵

De konkrete kapitalkrav er derimod karakteriseret ved, at kravet kun kan håndhæves overfor en virksomhed, såfremt den relevante håndhævende myndighed har konstateret en uregelmæssighed hos den pågældende virksomhed eller har foretaget en konkret vurdering af det enkelte selskabs situation. Et konkret kapitalkrav er ofte karakteriseret ved, at det håndhæves over for selskaber, der allerede har opnået en bestemt retlig begunstiging. Såfremt der pågældende selskab ikke kan opfylde det konkrete kapitalkrav, vil den retlige begunstiging kunne trækkes tilbage. Et anpartsselskab, der har tabt 40% af sin anparts-kapital, skal således enten gennemføre en rekonstruktion eller en likvidation, jf. nærmere ApSL § 52.⁶ Såfremt en virksomhed ikke overholder et påbud om forkortet afregningsperiode i henhold til kildeskattelovens § 56, stk. 2, kan skattemyndighederne pålægge virksomheden at stille sikkerhed, jf. kildeskattelovens § 56A, stk. 1, samt nedenfor afsnit 7 vedr. Toldlovens § 38. Et pengeinstitut skal have en forsvarlig likviditet, der mindst skal udgøre 10% af pengeinstitutts samlede gælds- og garantiforpligtelser, jf. nærmere bank- og sparekasselovens § 28, stk. 1. Såfremt bankens ledelse konstaterer, at solvenskravet ikke er opfyldt, skal der gives meddelelse herom til Finanstilsynet.

De formelle kapitalkrav er positive, hvorved forstås, at der stilles krav om, at selskabets kapital eller egenkapital mindst skal udgøre et bestemt beløb. Der findes imidlertid visse lovbestemmelser, hvorved virksomheder i praksis tilskyndes til at have en så lille formue som muligt. Beskatningen af andelsforeninger sker som en bestemt procentsats af foreningens kapital, jf. nærmere SEL § 14, stk. 2–stk. 7. Der er såle-

4. Jf. eksempelvis bekendtgørelse nr. 508 af 7.juni 2000, § 2, hvor der stilles krav om, at den formueopgørelse, der skal udarbejdes i forbindelse med momsregistrering, skal være underskrevet af virksomhedens tegningsberettigede ledelse samt selskabets revisor.

5. Se hertil Davies, AG 1998, s. 353.

6. Se nærmere om kapitaltabsreglen for anpartsselskaber hos Gomard, Aktieselskaber & anpartsselskaber (4. udg. 2000), s. 271 ff., samt Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i Selskabsret II (2000), s. 217 ff.

des en konsekvens af disse bestemmelser, at andelsforeninger tilskyndes til at have en formue, der er så lille som mulig, jf. nedenfor afsnit 7.

1.3 Definition af „kapital“

Såfremt der i lovgivningen opstilles et bestemt kapitalkrav, må det nærmere fastlægges, hvad der forstås ved begrebet „kapital“. Dette begreb varierer fra lov til lov, og må således fastlægges konkret i hvert enkelt situation. I en række tilfælde anvendes begrebet kapital som et synonym for begrebet „egenkapital“. Der findes imidlertid heller ingen entydig definition af dette begreb, men termen egenkapital anvendes sædvanligvis som udtryk for værdien af selskabets aktiver fratrukket summen af selskabets gæld og hensættelser,⁷ hvilket også kan betegnes som virksomhedens nettoformue.⁸

For aktie- og anpartsselskabers vedkommende skal aktie- hhv. anpartskapitalen opfylde de mindstekrav, der opstilles i de to selskabslove. Disse krav er konkretiseret ved, at indbetaling af selskabskapitalen skal ske til en kurs, der mindst udgør pari, jf. ASL § 13, stk. 1 (ApSL § 13, stk. 1). Der skal i forbindelse med registreringen af et aktie- eller anpartsselskab føres dokumentation for, at selskabets egenkapital på tidspunktet for anmeldelsen mindst svarer til den i vedtægterne angivne aktie- eller anpartskapital.⁹ Samtlige typer af aktiver kan indgå i beregningen af aktie- og anpartsselskabers kapital, bortset fra fordringer på stifterne samt fordringer på fremtidige arbejdsforpligtelser. Ved stiftelsen skal selskabets aktiver opgøres til handelsværdier på tidspunktet for anmeldelse til registrering, og der skal udarbejdes en vurderingsberetning, hvorved værdifastsættelsen bekræftes af en uvildig vurderingsmand, jf. nærmere ASL §§ 6a-b. I SEL § 14, stk. 2-stk. 7 anvendes et afvigende kapitalbegreb, idet goodwill og lignende immaterielle rettigheder skal fragå ved opgørelsen af virksomhedens egenkapital, jf. hertil nærmere nedenfor afsnit 4.5.¹⁰

7. Jf. Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i selskabsret I (1999), s. 34 ff., samt Internationale regnskabsstandarder, Framework, afsnit 49, litra c, hvor egenkapital defineres som „den forskelsværdi, der fremkommer, når man fra alle virksomhedens aktiver fratrukker alle dens gældsposter“.

8. Jf. Werlauff, Selskabsret (3. udg. 1997), s. 292.

9. For anpartsselskaber bestemmes det i ApSL § 4, stk. 1, 3. pkt., at omkostninger ved stiftelsen alene kan afholdes af selskabet, såfremt dette sker af midler, som er indbetalt til selskabet som en overkurs. Det foreløbige forslag, der i juli 2000 er fremlagt vedrørende ændringer af aktieselskabsloven, indeholder en tilsvarende bestemmelse. Forslaget forventes fremsat i Folketinget i folketingsåret 2000-2001.

10. Se hertil Skatteministerens svar til Folketinget, gengivet i TfS 2000:678.

I forbindelse med fastsættelse af et legalt kapitalkrav fastsættes sædvanligvis et tidspunkt, hvor kapitalen skal opgøres. Ved stiftelse af aktie- og anpartsselskaber skal det dokumenteres, at selskabskapitalen med tillæg af en eventuel overkurs er indbetalt til selskabet på tidspunktet for anmeldelse af selskabet til registrering, jf. ASL § 11, stk. 2 (ApSL § 11, stk. 2). En eventuel vurderingsberetning skal være udarbejdet umiddelbart inden dette tidspunkt, jf. ASL § 6a, stk. 3. Ved anmeldelse af en virksomhed til momsregistrering m.v., skal det dokumenteres, at virksomhedens formue på anmeldelsestidspunktet udgør mindst 125.000 DKK, jf. hertil nedenfor afsnit 4.

1.4 *Ex ante eller ex post kontrol af selskabers kapital*

Den offentlige kontrol med aktie- og anpartsselskaber blev opbygget som en *ex ante* kontrol af de virksomheder, der ønskede at etablere sig inden for rammerne af et selskab med begrænset hæftelse. Såfremt et selskab opfyldte de betingelser, der blev opstillet i lovgivningen, havde selskabet krav på at blive anerkendt som et selvstændigt retssubjekt med deraf følgende begrænset hæftelse for aktionærerne.¹¹

I England opstod et alternativt system til beskyttelse af kreditorerne i selskaber med begrænset hæftelse. Efter en lovændring i 1856 blev de fleste kreditorbeskyttelsesregler afskaffet. Den væsentligste beskyttelse af kreditorerne var kravet om, at et aktieselskab skulle give sig til kende som sådant gennem anvendelse af betegnelsen „limited“. Det var et grundlæggende hensyn bag de engelske regler, at en kreditor, der kontraherer med et selskab med begrænset hæftelse, selv må bære risikoen derved.¹²

Med henblik på at hindre misbrug af navnlig private limited companies, blev der i section 214 af Insolvency Act 1986 indsat en bestemmelse om „wrongful trading“. Efter denne bestemmelse kan en person, der har været anmeldt som direktør eller har været *de facto* leder af et selskab, der er under insolvensbehandling, ved domstolene blive pålagt en pligt til at dække selskabets eventuelle underskud helt eller delvist, såfremt den pågældende har fortsat driften af selskabet efter det måtte have stået klart, at der ikke var mulighed for at redde virksomheden. Hæftelse kommer dog ikke på tale, såfremt direktøren har taget alle

11. Se hertil Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I* (1980), s. 207, hvor det om kapitalselskaberne hedder: „Hier betätigt sich das Registergericht zugunsten eines präventiven Gläubigerschutzes bei der Gründung und bei späteren Satzungsänderungen als Wirtschaftsaufsichtsbehörde: das Entstehen zweifelhafter Verbände soll unterbunden werden“.

12. Jf. Gower/Davies, *Principles of Modern Company Law* (6th ed. 1997), s. 44 f.

nødvendige skridt til at begrænse kreditorernes tab.¹³ Der foreligger dog kun sparsom praksis vedrørende section 214.¹⁴ Man kan således betegne det engelske kreditorbeskyttelsessystem som en ex post kontrol.

Det var først i forbindelse med implementeringen af EUs andet selskabsretlige direktiv, at der i engelsk ret indførtes et krav om, at et public limited company skal have en aktiekapital, der mindst udgør en et nærmere fastsat beløb. For private limited companies, der ikke er omfattet af det andet selskabsretlige direktiv, gælder fortsat ingen lovbestemte mindstekrav til anpartskapitalens størrelse.¹⁵

2. *De selskabsretlige kapitalkrav*

2.1 *Den begrænsede hæftelse*

Visse typer af selskaber betegnes som „selskaber med begrænset hæftelse“, eller „selskaber med begrænset ansvar“. Et væsentligt særkende for disse typer af selskaber er, at selskabsdeltagerne – virksomhedens ejere – ikke hæfter for den gæld, som er oparbejdet i selskabet.¹⁶ Dette gælder således for aktieselskaber og anpartsselskaber. I dansk ret er tillige selskaber med begrænset ansvar, jf. LEV § 3,¹⁷ samt andelsselskaber med begrænset ansvar, jf. LEV § 4,¹⁸ kendetegnet ved begrænset hæftelse for selskabsdeltagerne. Et selskab med begrænset hæftelse udgør en i forhold til selskabsdeltagerne selvstændig juridisk person. Selskabet hæfter for sine forpligtelser med hele sin formue.¹⁹ Princippet

13. Se om wrongful trading bl.a. Fox & Bowen, *The Law of Private Limited Companies* (1995), s. 16 ff og Penington's *Company Law* (7th ed. 1995), s. 54 f.

14. Se kritisk Cheffins, *Company Law, Theory, Structure and Operation* (1997), s. 544 ff., der anfører, at det er tvivlsomt, hvorvidt section 214 udgør et effektivt instrument til beskyttelse af selskabers kreditorer. Dette skyldes i følge Cheffins bl.a., at det alene er likvidator, der kan føre en sag på boets vegne i henhold til section 214. Se tillige Davies, AG 1998, s. 351.

15. Se hertil eksempelvis Fox & Bowen, *The Law of Private Companies* (1995), s. 146 ff. vedrørende kravene til indbetaling af anpartskapitalen i private limited companies.

16. Se om den begrænsede hæftelse bl.a. Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Lærebog i selskabsret I* (1999), s. 68 ff., samt Werlauff, *Selskabsret* (3. udg. 1997), s. 32 ff.

17. Se nærmere om disse selskaber hos Heje Mikkelsen, *Erhvervsdrivende virksomheder* (1995), s. 50 f samt Hørlyck, *Erhvervsdrivende virksomheder* (1994), s. 53 f.

18. Se nærmere om hæftelsen i andelsselskaber hos Hørlyck, *Dansk Andelsret* (3. udg. 2000), s. 140-151.

19. Jf. Gomard, *Aktie- & Anpartsselskaber* (4. udg. 2000), s. 49.

om, at selskabsdeltagerne ikke hæfter for selskabets gæld, er i dag udtrykkeligt lovfæstet i selskabslovene, jf. ASL § 1, stk. 2, og ApSL § 1, stk. 2. Tilsvarende bestemmelser findes i lov om erhvervsdrivende virksomheder, jf. LEV § 3 vedrørende selskaber med begrænset ansvar, samt for andelsselskaber med begrænset ansvar LEV, jvf. § 8.

I dansk ret var princippet om begrænset hæftelse for aktionærerne allerede anerkendt, før det blev lovfæstet. Den industrielle revolution medførte et behov for, at store danske erhvervsvirksomheder kunne drives indenfor rammerne af selskaber med begrænset hæftelse.²⁰ I begyndelsen af attenhundredetallet havde adgangen til at stifte selskaber, som udgjorde selvstændige juridiske personer, været anerkendt i en årække. I Danmark slog Højesteret i 1827 endelig fast, at et aktieselskab kunne bestå som en i forhold til aktionærerne selvstændig juridisk person, og at aktionærerne i denne situation ikke hæftede for selskabets gæld.²¹

Allerede de tidlige aktieselskaber var karakteriseret ved, at der i vedtægterne var angivet en aktiekapital, som var anført til en bestemt nominal værdi og som fordelt på et antal aktier. Der fandtes imidlertid på daværende tidspunkt ingen særlig lovregulering af de områder, der i dag hører under selskabsretten, og der fandtes derfor heller ikke særlige regler vedrørende beskyttelsen af selskabets kreditorer.²² Der fandtes således ikke særlige regler vedrørende de nærmere krav til indbetaling og sikring af aktiekapitalen. Dette medførte, at der i løbet af det nittende århundrede i Danmark forekom tilfælde, hvor adgangen til at stifte selskaber med begrænset hæftelse blev misbrugt til skade for investorer og selskabernes kreditorer.²³ Sådanne tilfælde forekom i de

20. Se for engelsk ret Gower/Davies, *Principles of Modern Company Law* (6th ed. 1997). s. 44 ff., der beskriver kampen for adgangen til at stifte selskaber med begrænset hæftelse, som først blev givet fri ved en lovændring i 1855.

21. Jf. Inger Dübeck, *Aktieselskabernes retshistorie* (1991), s. 67-106.

22. Hertil Torp, *Interessentskab* (3. udg. 1904), s. 230 ff. Torp bemærker således (s. 231), at: „Der haves saaledes efter vor Ret ingen Garanti for, at Aktiekapitalen nogensinde virkelig har existeret“, .. (s. 232) „Ligeledes mangler al Sikkerhed for, at Anmeldelsens Oplysninger om Aktiekapitalen m.m give nogen virkelig Vejledning for Aktionærer eller Tredjemand“ .. (s. 233) „Endelig er der næppe noget til Hinder for Emission af Aktier under Pari“, ... „Kreditorerne have endvidere ingen Garanti imod, at Aktiekapitalen, selv om den har existeret, senere formindskes“.

23. Se hertil en redegørelse for diskussionerne i forbindelse med vedtagelsen af den første aktieselskabslov i Danmark i 1917, hos Inger Dübeck, *Aktieselskabernes retshistorie* (1991), s. 109-119. Se tillige Vinding Kruse, *Aktieselskaber og andelsforeninger* (1920), der bl.a. redegør for det konstaterede „misbrug“ af aktieselskabsformen i Danmark.

fleste europæiske lande.²⁴ I Sverige blev aktieselskabsloven fra 1944 påvirket af Kreuger-koncernens konkurs i 1932.²⁵

Fra midten af attenhundredetallet blev aktieselskabet underlagt en særlig lovregulering i de fleste europæiske lande. Anerkendelsen af aktieselskabet som et i forhold til aktionærerne selvstændigt retssubjekt medførte et behov for, at der indførtes en række lovregler til sikring af aktiekapitalen med henblik på beskyttelse af selskabernes investorer og medkontrahenter. Med den første danske aktieselskabslov fra 1917 blev princippet om begrænset hæftelse for aktionærerne for første gang udtrykkeligt fastslået ved lov.²⁶ Med henblik på at sikre selskabets kreditorer indførtes tillige en række krav vedrørende indbetaling og sikring af aktiekapitalen, der mindede om de tilsvarende regler i de øvrige kontinentaleuropæiske lande. Det kontinentaleuropæiske system blev bygget op som et system, hvor de offentlige myndigheder i forbindelse med stiftelsen udøver en vis retlig kontrol med de virksomheder, der ønsker at operere inden for rammerne af et aktie- eller anpartsselskab. Den væsentligste baggrund for indførelse af disse regler var ønsket om at beskytte investorer og kreditorer mod misbrug af aktieselskabsformen.

Som anført ovenfor er den begrænsede hæftelse for aktionærer og anpartshavere hovedbegrundelsen for at opstille særlige krav til aktie- og anpartsselskabers kapital. En meget væsentlig del af den vestlige verdens erhvervsliv drives inden for rammerne af selskaber med begrænset hæftelse. Afskaffelse af den begrænsede hæftelse ville have væ-

24. Se eksempelvis Gower / Davies, *Principles of Modern Company Law* (6th ed. 1997), s. 24-29 for en redegørelse for den skandale, der i begyndelsen af det attende århundrede blev kendt under navnet „the South Sea Bubble“, og den deraf følgende restriktive lovgivning. I Tyskland indførtes princippet om aktiekapitalen som en bunden egenkapital for første gang i 1884. Dette skete på baggrund af en række sager, hvor aktieselskaber var blevet stiftet på et utilstrækkeligt kapitalgrundlag, jf. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I* (1980), s. 27, samt Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3. Aufl. 1997), s. 770.

25. Det hedder således i SOU 1941:9, s. 3, at: „*Sålunda har koncernväsendet, som i stor utsträckning bygger på moder- og dotterbolagsförhållande mellan aktiebolag, medfört förändringar särskilt beträffande de större ekonomiska företagens organisation och verksamhetsformer. Därav har följt uppkomsten av nya spörsmål, och fara för kringgårande av vissa av aktiebolagsrättens viktigaste grundregler har visat sig föreliggande.*“

26. Bestemmelsen i ASL 1917 § 1, stk. 1, 1. pkt. lød: „*Ved et Aktieselskab forstaas i denne Lov ethvert erhvervsdrivende Selskab, i hvilket ingen af Deltagerne (Aktionærerne) hæfter personlig for Selskabets Forpligtelser, men hvor samtlige Deltagere hæfter alene med en af dem tilvejebragt Fællesformue (Aktiekapital).*“

sentlige negative erhvervsmæssige og samfundsmæssige følger.²⁷ Køb og salg af aktier ville blive vanskeliggjort, eftersom køberen forinden en købsaftale blev indgået, måtte foretage omfattende undersøgelser af det selskab, hvis aktier vedkommende overvejede at købe.²⁸ Projekter, der var forbundet med en risiko, eller blot med en usikkerhed, ville formentlig ikke blive igangsat. Såfremt lovgiver ikke ønskede at stille muligheden at drive erhvervsvirksomhed med begrænset hæftelse til rådighed for de erhvervsdrivende, ville den begrænsede hæftelse sandsynligvis blive søgt indført ved indgåelse af kontrakter mellem virksomhedens ejer og de enkelte kreditorer.

2.2 Selskabslovenes kreditorbeskyttelsesregler

Medens det således må konkluderes, at den begrænsede hæftelse er et samfundsmæssigt gode, der ubetinget bør bevares, er spørgsmålet om hvorledes retsordenen bør forholde sig overfor de misbrugsmuligheder, der ligger i den begrænsede hæftelse. Fra aktieselskabets barndom til i dag har løsningen på dette spørgsmål i de kontinentaleuropæiske lande været, at der i selskabsretten stilles krav til indbetaling af en selskabskapital, og at denne skal udgøre et vist mindste beløb, som er nærmere fastsat i lovgivningen.

Det formelle kapitalkrav kan imidlertid ikke stå alene. Dette krav suppleres derfor af et krav om, at den indbetalte selskabskapital skal være bunden egenkapital, hvorved forstås at kapitalen kun kan tilbagebetales til selskabsdeltagerne under iagttagelse af en række detaljerede kauteler.²⁹ Endvidere suppleres disse regler af bestemmelser om kapitaltab, som skal sikre, at ledelsen griber ind ved et tab af selskabets egenkapital, jf. for dansk ret ASL § 69a samt ApSL § 52. Disse regler om sikring af selskabskapitalen skal ikke gøres til genstand for nærmere behandling her.

2.3 Selskabsretlige krav til kapitalen i aktieselskaber

Medens princippet om den begrænsede hæftelse havde været kendt længe i Danmark, blev der med ASL 1917 for første gang stillet krav om, at et aktieselskab skulle have en aktiekapital, der opfyldte visse lovfæstede mindstekrav. Oprindeligt var det foreslået, at aktiekapita-

27. Se eksempelvis Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Lærebog i selskabsret I* (1999), s. 70f med henvisninger.

28. Jf. Cheffins, *Company Law Theory, Structure and Operation* (1997), s. 499.

29. Jf. Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Lærebog i selskabsret II* (2000), s. 125 ff.

len mindst skulle udgøre 50.000 DKK,³⁰ men da 1917-loven blev vedtaget, var mindstekravet til aktiekapitalens størrelse blevet reduceret til 5.000 DKK, jf. ASL 1917, § 4, stk.1. Registrering af et aktieselskab kunne ske, såfremt der var indbetalt 10% af denne kapital, jf. ASL 1917, § 9, stk.1. Begrundelsen for at indføre et lovbestemt mindstekrav til aktiekapitalens størrelse var, at adgangen til at drive selskab med begrænset hæftelse blev anset for en sådan begunstigelse af virksomhedens ejere, at denne kun burde indrømmes, hvor der er behov for den, og hvor det ville hæmme stiftelsen af sunde og gode foretagender, såfremt der blev stillet krav om personlig hæftelse for virksomhedens ejere.³¹

Med aktieselskabsloven af 1930 blev mindstekravet til aktiekapitalens størrelse forhøjet til 10.000 DKK for så vidt angik selskaber, der blev stiftet efter 1. januar 1931.³² Selskaber, der var stiftet efter 1917-loven, kunne således fortsat bestå med en aktiekapital på 5.000 DKK.

Efter den anden verdenskrig påbegyndtes en reform af aktieselskabsloven, der gennemførtes som et samarbejde i nordisk regi.³³ Fra dansk hold blev det oprindeligt foreslået, at mindstekravet til selskabskapitalen skulle forhøjes til 30.000 DKK, idet denne forhøjelse alene var sket ud fra et ønske om at tilpasse kapitalkravet til den almindelige prisudvikling.³⁴ I det fremsatte lovforslag fra 1972 var mindstekapitalen angivet til 50.000 DKK.³⁵ Erhvervsudvalget fandt imidlertid ikke, at en forhøjelse til 50.000 DKK kunne anses for en tilstrækkelig pristalsregulering, og under henvisning til kommende EF-direktiver foreslog udvalget, at mindstekapitalkravet for aktieselskaber blev

30. Jf. § 2, stk. 1, i det udkast, der er gengivet i Rigsdagstidende 1910-11, sp. 4067.

31. Jf. Torp, UfR 1908B, s. 299. Se tillige betænkning nr. 362 (1964), s. 80, hvor det anføres, at „*Kravet om, at der i et aktieselskab skal være en mindstekapital af en ikke alt for ubetydelig størrelse, hviler på den forudsætning, at aktieselskabsformen vel kan være en hensigtsmæssig organisationsform for både større og for mindre virksomheder, men at det personligt ansvarlige firma dog må anses for den naturlige driftsform for alle virksomheder under en vis størrelse.*“ En lignende argumentation ligger tilsyneladende bag det første udkast til det andet selskabsretlige direktiv. Det fremgik således af forarbejderne til det første udkast til direktivet, at formålet med at stille et kapitalkrav var, at dette skulle afskrække små virksomheder fra at vælge aktieselskabet som organisationsform, jf. Vanessa Edwards, *EC Company Law* (1999), s. 60.

32. Jf. ASL 1930 § 9 samt § 91, og hertil H.B. Krenchel, *Håndbog i dansk aktieret* (2. udg. 1954), s. 67.

33. Jf. hertil Søren Friis Hansen i Boel Flodgren & Ruth Nielsen (red.) *Rätten (om)kring Øresund* (2000), s. 67-86 med henvisninger.

34. Jf. Betænkning nr. 362 (1964), s. 80 f og Betænkning nr. 540 (1969), s. 51.

35. Lovforslag 1972/73 L 171, § 1, stk. 3. Også dette beløb var beregnet ud fra det siden 1930 konstaterede fald i pengeværdien, jf. FT 1972/73 A, sp. 4432.

forhøjet til 100.000 DKK. I den vedtagne aktieselskabslov af 1973 blev mindstekapitalkravet således fastsat til 100.000 DKK.³⁶ I 1973 gennemførtes en forhøjelse af mindstekapitalkravet i svensk ret fra 5.000 SEK, som var gældende i henhold til ABL 1944, til 50.000 SEK. Eksisterende aktiebolag skulle have gennemført en kapitalforhøjelse inden udgangen af 1978.³⁷

I 1978 fremsatte Handelsministeren et lovforslag med henblik på implementering af det andet selskabsretlige direktiv i dansk ret.³⁸ Der var i forslaget lagt op til, at mindstekravet til aktiekapitalen skulle forhøjes til 200.000 DKK.³⁹ Det fremsatte lovforslag blev imidlertid ikke vedtaget af Folketinget. Det var således først ved lov nr. 282 af 9. juni 1982, at det andet selskabsretlige direktiv blev implementeret i dansk ret. Mindstekravet til aktiekapitalen blev forhøjet til 300.000 DKK.⁴⁰ Ved lov nr. 886 af 21. december 1991 blev mindstekravet til aktiekapitalen atter forhøjet; denne gang til de 500.000 DKK, der er gældende i dag.⁴¹ Forhøjelsen gennemførtes som et led i Regeringens initiativer med henblik på at nedbringe restancer til det offentlige, og forslaget blev begrundet med, at det angiveligt var muligt at drive erhvervsvirksomhed på et spinkelt økonomisk grundlag.⁴²

36. Selskaber, der var anmeldt til registrering inden 1. august 1973, skulle senest den 1. januar 1977 have gennemført en kapitalforhøjelse, således at mindstekravet på 100.000 DKK var opfyldt, jf. ASL § 164, stk. 1, nr. 1, samt Gomard, Aktieselskaber og anpartsselskaber efter lovene af 13. juni 1973, (1976) s. 17 f.

37. For selskaber, som ikke rettidigt kunne gennemføre den påkrævede kapitalforhøjelse, blev der indført en forenklet likvidationsprocedure, jf. hertil Knut Rodhe, SvJT 1974, s. 257-268, samt Borum i UfR 1974B, s. 374-377.

38. Jf. lovforslag L 215 1977/78, FT 1977/78 A, sp. 4575 ff.

39. Med en fordobling af mindstekapitalkravet ønskede man at fortsætte den med aktieselskabsloven af 1973 foretagne tendens til, at aktieselskabet skulle være forbeholdt for store og mellemstore virksomheder. De 25.000 europæiske regneenheder, som var mindstekravet i det andet direktiv svarede på daværende tidspunkt til ca. 165.000 DKK, jf. FT 1977/78 a, sp. 4598 ff.

40. Den tredobling af mindstekapitalkravet, som skete i forhold til bestemmelsen fra 1973, blev begrundet med, at man ville undgå snarlige ændringer af den danske lov, der kunne blive konsekvensen, såfremt man lagde sig for tæt op ad de 25.000 europæiske regneenheder, der var mindstekapitalkravet i det andet direktiv, jf. FT 1981/82 A, sp. 2851. Det anførtes tillige i bemærkningerne, at den påtænkte forhøjelse tillige styrkede tendensen til, at aktieselskabsformen er forbeholdt for mellemstore og store virksomheder. Selskaber, der var registreret ved lovens ikrafttræden, skulle senest 1. januar 1985 have bragt deres aktiekapital op på 300.000 DKK, jf. lovens § 4, stk. 2.

41. Aktieselskaber, der var anmeldt til registrering senest den 6. december 1991, skulle have gennemført en kapitalforhøjelse til opfyldelse af det nye mindstekapitalkrav inden 1. januar 1997, jf. ændringslovens § 4.

42. Jf. FT 1991/92 A, sp. 3331-3332, og B sp. 467-470.

2.4 *Mindstekrav til anpartskapitalen*

Spørgsmålet om størrelsen af det mindstekrav, som stilles til anpartskapitalen i dansk ret, har været det spørgsmål, der har givet anledning til mest politisk diskussion i forbindelse med anpartsselskabet. Da anpartsselskabet blev introduceret i dansk ret i 1973 udgjorde mindstekravet til anpartskapitalen 30.000 DKK. I de to betænkninger fra hhv. 1964 og 1969 havde udvalget afvist tanken om at indføre anpartsselskabet i dansk ret. Den væsentligste årsag til at man alligevel valgte at indføre anpartsselskabet i dansk ret var, at man frygtede, at en betydelig del af de eksisterende danske aktieselskaber ikke ville kunne opfylde de kapitalkrav, der var forudset i det daværende udkast til det andet direktiv.⁴³

I marts 1978 fremlagde Handelsministeren forslag til implementering af det andet direktiv i dansk ret. Det blev i den forbindelse foreslået, at der skulle gennemføres en række ændringer af anpartsselskabsloven, men det fremsatte forslag indeholdt ikke en forhøjelse af mindstekravet til anpartskapitalen.⁴⁴ En sådan forhøjelse gennemførtes ved lov nr. 283 af 9. juni 1982, hvor mindstekravet blev forhøjet til 80.000 DKK. I det oprindelige lovforslag havde regeringen på trods af modstand fra Selskabsretspanelet, fremsat forslag om en forhøjelse fra 30.000 til 100.000 DKK. Dette skete med den begrundelse, at anpartskapitalen burde være af en sådan størrelse, at dens indbetaling kunne ses som et udtryk for stifternes vilje til at drive erhvervsvirksomhed på en forsvarlig måde.⁴⁵ Spørgsmålet om mindstekravet til selskabskapitalen var det mest omdiskuterede emne under Folketingets forhandlinger i forbindelse med vedtagelsen af de to love, der implementerede det andet og det tredje direktiv.⁴⁶ På baggrund af den megen debat fremsatte Erhvervsministeren et ændringsforslag, hvorved mindstekapitalkravet for anpartsselskaber blev reduceret til fra 100.000 DKK til 80.000 DKK.⁴⁷

Ved lov nr. 886 af 21.12.1991 blev mindstekravet til anpartskapitalen atter forhøjet, denne gang til 200.000 DKK. Der blev givet frist til

43. Jf. FT 1972/73 F, sp. 4664-4666, og Gomard, *Aktie- & Anpartsselskaber* (4. udg. 2000), s. 25f. Se om de tidlige bestræbelser på harmoniseringen af EF-staternes kapitalregler hos Marcus Lutter, *Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG* (1964).

44. Jf. lovforslag L 216, FT 1977/78 A, sp. 4533 ff.

45. Jf. FT 1981/82 A, sp. 2982 og 2884.

46. Jf. eksempelvis FT 1981/82 F, s. 8522-8546.

47. Jf. FT 1981/82 B, sp. 1424.

udgangen af 1996 for eksisterende anpartsselskaber til gennemføre en kapitalforhøjelse, således at de opfyldte lovens mindstekrav. Der blev forsøgt en række krumspring for at omgå det skærpede kapitalkrav. En af de anvendte fremgangsmåder var at stifte selskaber på Færøerne, hvor anpartsselskabsloven af 1973 fortsat er i kraft i dag. Her gælder mindstekravet til anpartskapitalen på 80.000 DKK således fortsat.⁴⁸ En anden variant var drift af virksomhed i Danmark gennem en filial af et engelsk anpartsselskab. Denne fremgangsmåde, der kan betegnes en etableringskæde, blev godkendt af EF-domstolen den 9. marts 1999 i den berømte Centros-dom.⁴⁹ Efterhånden som tidsfristen nærmede sig viste det sig imidlertid, at en betydelig del af de eksisterende anpartsselskaber ikke ville være i stand til at gennemføre en kapitalforhøjelse inden fristens udløb, og at de derfor kunne imødesee en tvangsopløsning.⁵⁰ Ved vedtagelsen af anpartsselskabsloven af 1996 blev mindstekravet til anpartskapitalens størrelse derfor justeret, til de nugældende 125.000 DKK.⁵¹ I forbindelse med denne nedsættelse gennemførtes en stramning af en række af anpartsselskabslovens kapitalregler, herunder bl.a. bestemmelsen i ApSL § 52 vedrørende kapitaltab.

2.5 Særlige kapitalkrav

For selskaber, der opererer inden for særlige brancher har der siden aktieselskabernes barndom været stillet særlige skærpede mindstekrav til aktiekapitalen. Således skulle forsikringsaktieselskaber allerede efter aktieselskabsloven af 1917 have en kapital på mindst 50.000 DKK. Tilsvarende gjaldt efter loven af 1930, jf. dennes § 9, stk. 1. I følge bankloven af 1919 skulle bankaktieselskaber have en mindste aktiekapital på 200.000 DKK, ligesom aktieselskaber, der drev virksomhed inden for brand- eller søforsikring i henhold til lov nr. 155 af 2. maj

48. Jf. kongelig anordning nr. 249 af 3. maj 1993, § 1, stk.3. For færøske aktieselskaber gælder derimod et mindstekrav til aktiekapitalen på 500.000 DKK, jf. kongelig anordning nr. 249 af 3. maj 1993, § 1, stk.3.

49. Jf. afgørelse af 9. marts 1999 i sag C-212/97, gengivet i Saml. 1999 I, s. 1459 ff., og Højesterets endelige afgørelse i sagen af 3. februar 2000, jf. UfR 2000.1079H. Se om Centros-dommens betydning for dansk og europæisk selskabsret bl.a. Gomard i Lars Bo Langsted (red.) Selskabers kapital (1999), s. 4f, Karsten Engsig Sørensen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 1999:2, s. 92 ff., Søren Friis Hansen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2000:1, s. 45-64 med henvisninger, samme Juridisk Institut, Julebog 1999, s. 143-174, samt Werlauff, UfR 1999B, s. 163 ff og UfR 2000B, s. 465 ff.

50. Jf. Eskil Trolle, UfR 1996B, s. 45 ff.

51. Det angives i bemærkningerne, at der er tale om en „afbalanceret løsning“, jf. FT 1995/96 A s. 3998 f.

1934 skulle have aktiekapital på mindst 1.000.000 DKK. Efter gældende ret skal en banks aktiekapital mindst svare til modværdien af 5.000.000 euro, idet goodwill ikke kan indgå som en del af aktiekapitalen, jf. BSL § 3, stk. 1.

For børsnoterede aktieselskaber har der tillige traditionelt været stillet skærpede mindstekrav til aktiekapitalens størrelse. Efter Københavns Fondsbørs vedtægter af 14. juni 1930 blev der således stillet krav om en mindste aktiekapital på 2.000.000 DKK.⁵² Efter gældende ret skal et børsnoteret selskabs aktiekapital mindst udgøre 15.000.000 DKK, jf. bekendtgørelse nr. 331 af 23. april 1996, § 4, stk. 1.

3. *Tynd kapitalisering*

Efter dansk ret har alle selskaber, der er skattepligtige efter selskabsskatteloven (SEL),⁵³ som udgangspunkt ret til fradrag af renteudgifter og kurstab på gæld ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. statsskattelovens (SL) § 6, litra e, og kursgevinstlovens (KGL) § 2. Fradragsretten begrænses imidlertid af en række bestemmelser, herunder f.eks. KGL § 7, stk. 1, om tab ved indeksring af hovedstol eller restgæld på lån, KGL § 7, stk. 2, om tab på gæld, der skal indfries til en forud fastsat overkurs i forhold til værdien på stiftelsestidspunktet,⁵⁴ og senest af SEL § 11 om tyndt kapitaliserede selskabers gæld.

Reglerne om tynd kapitalisering har i det væsentlige til formål at modvirke en vilkårlig flytning af skattetilsvaret fra Danmark til udlandet ved, at danske datterselskaber finansieres på en sådan måde, at der som følge af et misforhold mellem gælden til en udenlandsk koncern og det danske datterselskabs egenkapital opstår et uforholdsmæssigt stort rentefradrag i det danske datterselskab.⁵⁵

Et tyndt kapitaliseret dansk aktie- eller anpartsselskab kan derfor i henhold til SEL § 11 ikke uden videre fradrag af renteudgifter og kurs-

52. Jf. H.B. Krenchel, *Håndbog i dansk aktieret* (2. udg. 1954), s. 68 og s. 114 f.

53. Skattepligtige efter selskabsskatteloven er bl.a. aktie- og anpartsselskaber, der er indregistrerede i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Se nærmere om bestemmelsens rækkevidde Aage Michelsen i *Lærebog om indkomstskat*, 9. udg., s. 719-720, Jan Pedersen i *Skatteretten* 2, 3. udg., s. 297-304 og Henrik Dam i *Skatteret Almen del*, 2000/2001, s. 469-478.

54. Se nærmere Margrethe Nørgaard i *Lærebog om indkomstskat*, 9. udg., s. 473-474 og J.O. Engholm Jacobsen i *Skatteretten* 1, 3. udg., s. 565 og 580.

55. Jf. de generelle bemærkninger til lov nr. 432 af 26/6 1998.

tab på *kontrolleret* gæld ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.⁵⁶ Ved kontrolleret gæld forstås gæld til en udenlandsk fysisk eller juridisk person, der kontrollerer det danske selskab eller gæld til en koncernforbundet, udenlandsk juridisk person, jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 2, og skattekontrollovens (SKL) § 3 B, stk. 1.⁵⁷ Kontrol af det danske selskab antages at foreligge, hvis det udenlandske selskab direkte eller indirekte ejer mindst 50 pct. af aktiekapitalen i det danske selskab eller direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i det danske selskab, jf. SKL § 3 B, stk. 2, SEL § 32, stk. 1, 2. og 3. pkt., og ligningslovens (LL) § 16 H, stk. 1, 2.-5. pkt. Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer, jf. SKL § 3 B, stk. 2.⁵⁸

Lån fra tredjemand til det danske selskab anses også for kontrolleret gæld, hvis den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for gælden, jf. SEL § 11, stk. 1.⁵⁹

Renteudgifter og kurstab på danske aktie- og anpartsselskabers kontrollerede gæld kan efter SEL § 11 ikke fradrages for så vidt angår den del af gælden, der overstiger fire gange det danske selskabs egenkapital. Både gælden og egenkapitalen skal opgøres ved indkomstårets udløb, jf. SEL § 11, stk. 2 og 3.⁶⁰ Gælden opgøres til kursværdien, jf. SEL § 11, stk. 2, og egenkapitalen opgøres som værdien af aktiver op-

56. Det vil sige gæld i henhold til fordringer omfattet af kursgevinstloven samt konvertible obligationer, jf. SEL § 11, stk. 2.

57. En juridisk eller fysisk person anses for udenlandsk, hvis personen er hjemmehørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland, herunder efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

58. Koncernforbundne selskaber er selskaber og foreninger m.fl., hvor samme kreds af aktionærer direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller råder over mere end 50 pct. af stemmerne i hvert selskab. Hvis det långivende og låntagende selskab er koncernforbundne, er det derfor uden betydning om den udenlandske långiver overhovedet har ejerandele i det låntagende danske selskab.

59. Direkte sikkerhedsstillelse foreligger f.eks., hvis den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber har kautioneret eller på anden måde garanteret for et lån, som en bank har bevilget til det låntagende danske selskab. Indirekte sikkerhedsstillelse foreligger f.eks., hvor den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber har aftalt med tredjemand, at denne skal yde det danske selskab et lån, mod at ejerkredsen eller de koncernforbundne selskaber yder et tilsvarende lån til tredjemand (back-to-back lån).

60. Det skal således vurderes år for år, om der er grundlag for at begrænse selskabets fradrag for renteudgifter og kurstab på den kontrollerede gæld. I de år, hvor det kan godtgøres, at forholdet mellem selskabets gæld og egenkapital ikke længere overstiger forholdet 4:1, skal fradragene ikke begrænses.

gjort til handelsværdi med fradrag af gæld, jf. SEL § 11, stk. 3. Den del af egenkapitalen, der direkte eller indirekte er indskudt af den udenlandske ejerkreds, medregnes dog kun i det omfang den forbliver i det danske selskab i mindst 2 år.⁶¹

Begrænsningen af det danske selskabs fradrag er som hovedregel definitiv. Det beløb, som ikke kan fradrages, er således gået tabt og kan heller ikke fremføres til fradrag i de efterfølgende 5 indkomstår efter ligningslovens 15. Et kurstab kan dog fradrages i kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår, jf. SEL § 11, stk. 1.

Retten til at fradrage kursgevinster og kurstab på kontrolleret gæld bortfalder i øvrigt ikke i det omfang, selskabet kan godtgøre, at lignende finansiering ville kunne være opnået mellem uafhængige parter, jf. SEL § 11, stk. 1. Ved denne vurdering er det afgørende, om en uafhængig långiver ville have ydet det låntagende danske selskab et tilsvarende lån på samme vilkår under hensyntagen til selskabets kommercielle og økonomiske situation.⁶²

Reglerne om tynd kapitalisering skærper som det ses kapitalkravene til danske aktie- og anpartsselskaber, som ønsker at fradrage renteudgifter og kurstab på kontrolleret gæld, og som har en kontrolleret gæld, der er mere end 4 gange så stor som egenkapitalen. Et dansk aktieselskab, som har en gæld på 100 mio. DKK til et udenlandsk, koncernforbundet selskab, kan således alene fradrage renteudgifter og kurstab på gælden fuldt ud, hvis selskabet har en egenkapital på mindst 25 mio. DKK

4. Sikkerhedsstillelse ved registrering

Med henblik på at begrænse skattemyndighedernes kreditrisiko i forhold til danske og udenlandske virksomheder, der har en formue, som er mindre end 125.000 DKK, blev der ved lov nr. 461 af 31. maj 2000

61. Reglen skal modvirke, at den udenlandske ejerkreds umiddelbart før udløbet af et indkomstår indskyder egenkapital for at få forholdet mellem gælden og egenkapitalen ned på eller under 4:1, for derefter at hjemtage den indskudte egenkapital først i det nye indkomstår.

62. Der kan ved afgørelsen endvidere tages hensyn til soliditetsgraden i den pågældende branche, om der foreligger et reelt eksternt lånetilbud eller eksternt udarbejdede kreditværdighedsanalyser samt til de konkrete forhold i låneaftalen. Se nærmere bemærkningerne til § 2 i lov nr. 432 af 26/6 1998 og cirkulære nr. 135 af 2/9 1999 om international beskatning af udbytter og aktieavancer m.v., pkt. 8.2.

indført nye regler om sikkerhedsstillelse ved registrering efter en række skattelove.⁶³

I henhold til loven skal en virksomhed, der søger om registrering efter momsloven (ML), lønsumsafgiftsloven (LAL), kildeskatteloven (KSL) eller arbejdsmarkedsfondsloven (AMFL), stille sikkerhed for tilsvarende moms, lønsumsafgift, A-skat, arbejdsmarkedsbidrag og selskabsskat. Sikkerhed skal dog alene stilles, hvis virksomheden har en formue på mindre end 125.000 DKK, og virksomheden er omfattet af SEL § 1, stk. 1, jf. stk. 6, eller § 2, stk. 1 eller 4.⁶⁴

4.1 *Momsloven*

Efter ML § 47 skal afgiftspligtige personer, der driver virksomhed med levering af varer og ydelser, anmelde deres virksomhed til registrering hos de statslige told- og skattemyndigheder, medmindre virksomheden er fritaget efter ML § 13. De statslige told- og skattemyndigheder kunne allerede efter ML § 62 a, stk. 1, pålægge virksomheder fra andre EU-lande, Grønland, Færøerne, Island og Norge, der ikke er etableret her i landet, og som anmeldes til registrering, at stille sikkerhed. En sikkerhed skal dog kun stilles efter ML § 62 a, stk. 1, hvis det konkret skønnes, at undladelse af at stille sikkerhed vil indebære en nærliggende risiko for afgiftstab.

Ved lov nr. 461 af 31. maj 2000 blev der indsat en ny bestemmelse i momsloven, § 62 b. Herefter skal en virksomhed, der har fast forretningssted i Danmark og er skattepligtig efter SEL § 1, stk. 1, jf. stk. 6, eller § 2, stk. 1, ved registrering efter ML § 47 altid stille sikkerhed for moms, lønsumsafgift, A-skat, arbejdsmarkedsbidrag og selskabsskat. Dette gælder dog ikke, hvis virksomhedens formue opgjort efter reglerne i SEL § 14, stk. 2-7, på registreringstidspunktet udgør mindst 125.000 DKK. Kravet om sikkerhedsstillelse gælder også for virksomheder, som ikke er selvstændige skattesubjekter, f.eks. kommanditselskaber og interessentskaber, medmindre der blandt deltagerne i virksomheden er mindst én fysisk person, der hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens gæld. Foreninger og organisationer, hvis formål er af politisk, fagforeningsmæssig, religiøs, pa-

63. De nye regler og disses forhold til EU-retten er behandlet hos Henrik Dam og Søren Friis Hansen i UfR 2000, s. 352-359, „Sikkerhedsstillelse med garanti for problemer“. Se også Werlauff, UfR 2000B, s. 467-469 samt Søren Friis Hansen, *European Business Organisation Law Review* 2000:3.

64. Sikkerhedens størrelse er fastsat med udgangspunkt i de gældende regler om mindstekapitalkravet til anpartsselskaber, der også er på 125.000 DKK, jf. ApSL § 1, stk. 3.

triotisk, filosofisk, filantropisk eller på anden måde er af almen velgørende eller almennyttig karakter eller som udøver aktiviteter vedrørende amatørsport, er derimod undtaget fra kravet om sikkerhedsstillelse, jf. ML § 62 b, stk. 3.⁶⁵

Sikkerheden skal stilles for et beløb svarende til forskellen mellem 125.000 DKK og virksomhedens formue – med fradrag af 15.000 DKK – medmindre virksomheden efter ML § 62 a pålægges at stille sikkerhed for et større beløb. Kravet om sikkerhedsstillelse efter ML § 62 b kan derfor ikke overstige 110.000 DKK.

Virksomheden kan ikke registreres efter momsloven, før kravet om sikkerhedsstillelse efter ML § 62 b, stk. 1, er opfyldt, jf. ML § 62 b, stk. 2. Kravet om sikkerhedsstillelse ophører efter ML § 62 b, stk. 4, når virksomheden har en formue på mindst 125.000 DKK, og virksomheden i de seneste 18 måneder har indbetalt skatter og afgifter rettidigt og ikke er i restance vedrørende nogen registreringsforhold.⁶⁶

4.2 Lønsumsafgiftsloven

Efter LAL § 2, skal virksomheder, der mod vederlag leverer varer og ydelser, der er fritaget for afgift efter ML § 13, stk. 1, nr. 1, nr. 3, nr. 5 og 6, nr. 8, nr. 10-12, nr. 15-17 og nr. 20, anmeldes til registrering hos told- og skatteregionen. Virksomheden skal dog kun registreres, såfremt afgiftsgrundlaget, dvs. virksomhedens lønsam med tillæg af overskud eller med fradrag af underskud af selvstændig erhvervsaktivitet i indkomståret, jf. lønsumafgiftslovens § 4, overstiger 80.000 DKK årligt.

Ved lov nr. 461 af 31. maj 2000 indsattes LAL § 10 a. Herefter skal en virksomhed, der skal registreres efter lovens § 2, og som er skattepligtig efter SEL § 1, stk. 1, jf. stk. 6, eller § 2, stk. 1 eller 4, stille sikkerhed, medmindre virksomhedens formue opgjort efter reglerne i SEL § 14, stk. 2-7, på registreringstidspunktet udgør mindst 125.000 DKK. Sikkerheden skal stilles til dækning af A-skat, arbejdsmarkedsbidrag, selskabsskat, moms og lønsumsafgift.

LAL § 10 a svarer i det væsentlige til ML § 62 a. Der findes dog ikke en undtagelse for foreninger og organisationer, hvis formål er af politisk, fagforeningsmæssig, religiøs, patriotisk, filosofisk, filantropisk el-

65. Ved vurderingen af, om foreningens virke er alment velgørende eller almennyttigt, tages udgangspunkt i den praksis, der har udviklet sig efter ML § 13, stk. 1, nr. 18.

66. Kravet om sikkerhedsstillelse vil formentlig blive opretholdt, blot virksomheden er i restance vedrørende et offentligt registreringsforhold.

ler på anden måde er af almen velgørende eller almennyttig karakter eller som udøver aktiviteter vedrørende amatørsport. Årsagen hertil er, at de pågældende foreninger m.fl. først skal ske registreres efter lønsumsafgiftsloven, når afgiftsgrundlaget overstiger 80.000 DKK. Sådanne registreringspligtige foreninger m.fl. anses for at have erhvervs-mæssige aktiviteter i et omfang, der i realiteten konkurrerer med anden erhvervsmæssig virksomhed.

4.3 Kildeskatteloven

Skattemyndighederne skal efter KSL § 85 føre registre over de virksomheder m.fl., der er indeholdelsespligtige efter reglerne i kildeskatteloven. Efter § 18 i bekendtgørelse nr. 734 af 10. oktober 1998 om opkrævning af indkomstskat for personer m.v. skal enhver, der er indeholdelsespligtig efter kildeskattelovens afsnit V og VI, registreres.

Efter KSL § 56 A, stk. 1, kan skatteministeren pålægge en indeholdelsespligtig virksomhed, der ikke overholder et pålæg om forkortet afregningsperiode m.v., at stille sikkerhed.⁶⁷ Sikkerhed skal stilles for et beløb, der svarer til virksomhedens restancer med A-skat, arbejdsmarkedsbidrag og moms med tillæg af det forventede tilsvare heraf i en 3-måneders-periode.⁶⁸ Skatteministeren kan endvidere efter KSL § 56 A, stk. 2, pålægge indeholdelsespligtige virksomheder, der anmeldes til registrering, at stille sikkerhed. Sikkerhed skal dog kun stilles, når der efter et konkret skøn vurderes at være en nærliggende risiko for, at et krav om forkortet afregningsperiode m.v. ikke er tilstrækkeligt til at sikre, at tilsvare af A-skat, arbejdsmarkedsbidrag og moms indbetales rettidigt.

Som noget nyt vil der efter vedtagelsen af KSL § 56 B ved lov nr. 461 af 31. maj 2000 blive stillet krav om sikkerhed for betaling af moms, A-skat, arbejdsmarkedsbidrag, selskabsskat og lønsumsafgift, når en virksomhed, der er skattepligtig efter SEL § 1, stk. 1, jf. stk. 6, eller § 2, stk. 1 eller 4, på registreringstidspunktet har en formue opgjort efter reglerne i SEL § 14, stk. 2-7, der er mindre 125.000 DKK. KSL § 56 B svarer i det hele til de nye regler i ML § 62 b.

4.4 Arbejdsmarkedsfondsloven

Arbejdsgivere, der skal indeholde arbejdsmarkedsbidrag efter arbejdsmarkedsfondsloven, skal registreres efter lovens § 21, stk. 1. Efter

67. Skatteministeren kan pålægge indeholdelsespligtige virksomheder, der anmeldes til registrering, at anvende forkortet afregningsperiode m.v., jf. KSL § 56, stk. 3.

68. Krav om sikkerhed kan stilles, når ledelsen eller ejerne er kendte som dårlige betalere.

AMFL § 13, stk. 9, finder bl.a. reglerne i KSL §§ 56 A og 85, stk. 1, 2. pkt., tilsvarende anvendelse for arbejdsgivere, der er indeholdelsespligtige efter AMFL § 11, stk. 1 og 6. Ved gennemførelsen af lov nr. 461 af 31. maj 2000 blev AMFL §§ 13, stk. 9, og 18, stk. 5, ændret således, at de nye regler i KSL § 56 B i deres helhed finder tilsvarende anvendelse for arbejdsgivere, der skal registreres i forbindelse med indeholdelse af arbejdsmarkedsbidrag og den særlige pensionsopsparing.

4.5 Opgørelse af virksomhedens formue

Ved registrering efter en af de ovennævnte love skal virksomhedens formue som nævnt opgøres efter reglerne i SEL § 14, stk. 2-7, der også anvendes ved den særlige opgørelse af indkomsten for de andelsforeninger, som er skattepligtige efter SEL § 1, stk. 1, nr. 3.⁶⁹ Efter SEL § 14, stk. 2, skal formuen opgøres som virksomhedens aktiver med fradrag af virksomhedens passiver. Der bortses dog fra goodwill og lignende immaterielle rettigheder og suspensivt betingede rettigheder samt brugsrettigheder eller krav på periodiske ydelser af offentlig eller privat karakter, der er tillagt virksomheden og som ikke kan overdrages. Der bortses ligeledes fra den del af indkomstårets overskud, der som dividende eller efterbetaling udloddes for det pågældende indkomstår. Aktiver og passiver medregnes til handelsværdien (kursværdien) på opgørelsesdagen, jf. SEL § 14, stk. 3.

Virksomhedens selskabskapital skal – ligesom medlemmernes indstående i en andelsforening – medregnes ved opgørelsen af virksomhedens formue. Et selskab, som alene har en registreret kapital på 125.000 DKK, vil således alt andet lige i henhold til SEL § 14 blive anset for at have en formue på 125.000 DKK.

Det ses, at de nye regler om sikkerhedsstillelse ved registrering indeholder en skærpelse af kravene til alle virksomheders kapitalgrundlag. For så vidt angår selskaber m.fl., som er stiftet uden indskudskapital, er skærpelsen betydelig. Alle former for erhvervmæssig virksomhed forudsætter i dag i det væsentlige, at virksomheden registreres efter momsloven, lønsumsafgiftsloven, kildeskatteloven eller arbejdsmarkedsfondsloven. Selv om der ikke inden for selskabsretten stilles krav om selskabskapital, vil det derfor ud fra et skatteretligt synspunkt være endog meget vanskeligt at drive en erhvervmæssig virksomhed med

69. Se herom Margrethe Nørgaard i Lærebog om indkomstskat, 9. udg., s. 765-769, J.O. Engholm Jacobsen i Skatteretten 2, 3. udg., s. 518-524 og Henrik Dam i Skatteret Almen del, 2000/2001, s. 496-97.

begrænset hæftelse og selvstændig skatteretsevne uden enten en selskabskapital på 125.000 DKK eller en sikkerhedsstilling til skattevæsenet for mindst 110.000 DKK.

Reglerne om sikkerhedsstilling vil imidlertid også få betydning for danske aktie- og anpartsselskaber al den stund, at virksomhedens formue skal opgøres efter de særlige regler i SEL § 14, stk. 2-7. Et aktie- eller anpartsselskab, der i det væsentlige er stiftet ved apportindskud af immaterielle rettigheder, vil f.eks. efter selskabsretten have den for aktie- eller anpartsselskaber nødvendige selskabskapital, men ikke efter skatteretten have en tilstrækkelig formue. Et aktieselskab, der er stiftet med en kapital på f.eks. 1 mio. DKK, vil derfor efter de nye regler om sikkerhedsstilling ved registrering blive anset for at have en formue på kun 100.000 DKK, hvis 900.000 DKK af aktiekapitalen er tilvejebragt ved apportindskud af en eller flere immaterielle rettigheder, som ikke medregnes ved den særlige skatteretlige formueopgørelse efter SEL § 14.

5. *Skatteretsevne*

Der er uden for selskabslovene en aftalefrihed på forenings- og selskabsrettens område.⁷⁰ En virksomhed med begrænset ansvar kan derfor i henhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder stiftes helt uden selskabskapital, med en varierende selskabskapital eller med en såkaldt garantikapital.

Inden for skatteretten tillægges det imidlertid en vis – omend meget begrænset – betydning, at en virksomhed har en indskudskapital, når det skal vurderes, om virksomheden er et selvstændigt skattesubjekt. I sagen TfS 1997, 287 Ø blev det således antaget, at en virksomhed ikke var et selvstændigt retssubjekt, bl.a. fordi det ikke var godtgjort, at virksomhedens indskudskapital var tilvejebragt.

En person havde på en generalforsamling i 1992 stiftet et selskab med begrænset ansvar (S.m.b.a.). Selskabet skulle have en indskudskapital på 100.000 DKK, der skulle være indbetalt senest den 1. april 1993. Stifteren skulle indskyde 60.000 DKK og hver af hans 4 børn skulle indskyde 10.000 DKK. Tre af børnene var mindreårige. Selskabet købte stifterens kiosk og grillbar i 1992. I 1993 foretog kommunen udlæg i kiosken for stifterens ubetalte skatter. Fogedretten ophævede udlæggene i overensstemmelse med stif-

70. Jf. Gomard, *Aktie- & Anpartsselskaber* (4. udg. 2000), s. 7 f.

Kapitalkrav i selskabsretten og skatteretten

terens påstand om, at kiosken tilhørte et selskab. Landsretten bemærkede, at flere af selskabsdeltagerne var umyndige på tidspunktet for selskabets stiftelse, og at det ikke var godtgjort, at indskudskapitalen var blevet tilvejebragt, ligesom der savnedes regnskabsmæssige oplysninger til belysning af selskabets drift og økonomi. Der var herefter ikke grundlag for at antage, at virksomheden kunne anses som et selvstændigt *retssubjekt*, og udlægsforretningerne skulle derfor fremmes.

I teorien antages, at en manglende indskudskapital ikke i sig selv kan føre til, at en virksomhed frakendes den selvstændige skatteretsevne.⁷¹ Efter Østre landsrets afgørelse i sagen TfS 1997, 287 Ø synes det imidlertid klart, at indskudskapitalens tilstedeværelse kan tillægges betydning ved afgørelsen af spørgsmålet.

Det kan på baggrund af ovenstående ikke udelukkes, at aftalefriheden vedrørende kapitalkravene på selskabsrettens område til en vis grad mister betydning, når skatteretten fører til, at virksomheden ikke tillægges selvstændig skatteretsevne. I praksis er det formentlig kun et fåtal selskabsdeltagere, der vil stille sig tilfreds med den begrænsede hæftelse, hvis virksomhedens overskud bl.a. på grund af en manglende selskabskapital medregnes til deres personlige indkomst og dermed til en helt anden skattesats end selskabsskattens 32 pct.

6. *Toldkreditter*

I henhold til toldlovens (TOL) § 38 kan de statslige told- og skattemyndigheder bl.a. fratage en varemottager retten til kredit efter TOL § 30 og § 33, stk. 4,⁷² hvis der foreligger oplysninger om virksomhedens forhold, der gør det overvejende sandsynligt, at told og merværdiafgift ikke vil blive betalt.

71. Se om spørgsmålet Ligningsvejledningen 1999, S.A.1.2., Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 9. udg., s. 675-681, Jan Pedersen i Skatteretten 2, 3. udg., s. 277-279 og Henrik Dam i Skatteret Speciel del, 2000/2001, s. 454-457.

72. Kredit efter TOL § 30 forudsætter for så vidt angår told, at varemottageren stiller sikkerhed, jf. TOL § 30, stk. 2 og 3. Hvis der er givet kredit, skal told og merværdiafgift indbetales til de statslige told- og skattemyndigheder senest den 16. i måneden efter afregningsperioden. Afregningsperioden er kalendermåneden. Told af varer, for hvilke der ikke er stillet *sikkerhed*, skal betales til de statslige told- og skattemyndigheder senest den 5. hverdag efter fortoldningsdagen, jf. TOL § 33, stk. 4. Told og merværdiafgift af varer, for hvilke der ikke er givet *kredit*, skal betales ved fortoldningens afslutning, jf. TOL § 33, stk. 3.

I bemærkningerne til bestemmelsen anføres, at det er hensigten at administrere TOL § 38 på en sådan måde, at den kun vil blive brugt i de situationer, hvor de statslige told- og skattemyndigheder ved en konkret vurdering skønner, at der er nærliggende risiko for at told og merværdiafgift ikke vil blive betalt. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor der er tale om en virksomhed uden personligt gældsansvar og med utilstrækkeligt kapitalgrundlag.⁷³

TOL § 38 respekterer naturligvis parternes retsstilling efter forvaltningsloven, herunder f.eks. med hensyn til partshøring, jf. forvaltningslovens § 19, og en eventuel afgørelse om fratagelse af toldkredit vil kunne påklages efter de almindelige regler herom. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at de statslige told- og skattemyndigheder efter en konkret vurdering kan nå frem til det resultat, at et gyldigt stiftet aktie- eller anpartsselskab ikke skal indrømmes den almindelige toldkredit, fordi aktie- og anpartsselskabslovens minimumskrav til indskudskapitalen ikke skønnes at være tilstrækkelige. Skattemyndighederne kan således fastsætte særlige kapitalkrav til selskaber, som ønsker at opnå en toldkredit.

7. Andelsforeningers indkomstbeskatning

Dansk skatteret er ikke udelukkende kendetegnet ved, at der stilles større krav til virksomheders kapitalgrundlag, end efter selskabsretten. Der findes således også tilfælde, hvor vore skatteretlige regler ansporer til en nedbringelse af kapitalgrundlaget med henblik på at minimere skattetilsvaret. Det bedste eksempel herpå er reglerne om beskatning af andelsforeninger.

En andelsforening er efter SEL § 1, stk. 1, nr. 3, en forening, der har til formål at fremme medlemmernes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse i foreningens virksomhed som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde. Det forudsættes, at andelsforeningen har mindst 10 medlemmer, og at andelsforeningens omsætning med ikke-medlemmer ikke væsentligt eller længerevarende overskrider 25 pct. af foreningens samlede omsætning.⁷⁴ Det forudsættes

73. Bemærkningerne til § 1, nr. 7, i lov nr. 947 af 20/12 1999 om svigbekæmpende foranstaltninger.

74. En væsentlig overskridelse foreligger, hvor omsætningen med ikke-medlemmer i et indkomstår overstiger 35 pct. af den samlede omsætning, og overskridelsen anses for at være af længere varighed, såfremt omsætningen med ikke-medlemmer i hvert af 3 på hinanden følgende indkomstår har overskredet 25 pct., jf. SEL § 1, stk. 3.

endvidere, at medlemmernes omsætning med andelsforeningen anvendes som grundlag for udlodninger til medlemmerne.⁷⁵

Ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal andelsforeninger opdeles i indkøbsforeninger, produktions- og salgsforeninger samt blandede andelsforeninger, der både har virke som indkøbsforening og produktions- og salgsforening, jf. SEL §§ 15-16 A. Fælles for de pågældende foreninger er, at de ikke skal opgøre den skattepligtige indkomst efter lovgivningens almindelige regler, jf. SEL § 8, stk. 2, og §§ 14-16A. Den skattepligtige indkomst opgøres i stedet som en procentdel af foreningens formue ved indkomstårets udløb, jf. SEL § 14, stk. 1. Er formuen negativ ansættes indkomsten til 0 DKK.⁷⁶

Den særegne opgørelse af andelsforeningers indkomst fører som det ses til, at foreningen har et klart incitament til at holde formuen så lille som overhovedet muligt. Foreningen har således i skatteretlige henseende ingen grund til at have en egenkapital, hvis dette i øvrigt kan undgås.

8. *Sammenfatning*

De selskabsretlige kapitalkrav var oprindeligt tænkt som en mekanisme, der skulle afskrække potentielle misbrugere fra at anvende et aktieselskab som ramme for deres virksomhed.⁷⁷ Årsagen hertil var primært hensynet til både de private og offentlige kreditorer.

Dette udgangspunkt blev imidlertid allerede forladt med aktieselskabsloven fra 1917. Mindstekravet til selskabskapitalen er siden 1917 blev hævet adskillige gange. På trods af denne tilpasning til det almindelige prisniveau må det erkendes, at et beløb på 125.000 DKK ikke i dag frembyder nogen reel sikkerhed for selskabernes kreditorer. For så vidt angår de private kreditorers beskyttelse har reglerne vedrørende aflæggelse af årsregnskab derfor de facto afløst kapitalkravet.

Den de facto devaluering af selskabslovenes mindstekapitalkrav, der er sket siden vedtagelsen af aktieselskabsloven af 1973, har betydet, at

75. Se om definitionen Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 9. udg., s. 689-690, J.O. Engholm Jacobsen i Skatteretten 2, 3. udg., s. 510-514 og Henrik Dam i Skatteret Almen del, 2000/2001, s. 472-475.

76. Se om indkomstopgørelsen foran 4.5.

77. Jf. hertil Rigsdagstidende 1910 – 11, sp. 4028. I det oprindelige forslag til ASL 1917, hvor der var lagt op til, at mindstekravet til aktiekapitalen skulle fastlægges til 50.000 DKK, der var en betydelig sum efter datidens målestok.

reglerne vedrørende aktie- og navnlig anpartskapitalen i dag fået karakter af en slags adgangsbillet, som skal betales af den erhvervsdrivende, der ønsker at anvende et aktie- eller anpartsselskab som ramme for sin virksomhed.⁷⁸

Denne adgangsbillet er imidlertid i dag kun tilstrækkelig i forhold til de private kreditorer. Hensynet til staten som tvangskreditor har betydet, at skattemyndighederne, det vil sige kommuner og staten, inden for de seneste år gentagne gange har fået indført skærpede skatteretlige kapitalkrav til selskaber. En del af disse krav kommer alene de offentlige kreditorer til gode, herunder f.eks. kravet om sikkerhedsstillelse ved registrering. Reglerne om sikkerhedsstillelse ved registrering er i øvrigt reelt en lov, hvorved der indføres et kapitalkrav for andre typer selskaber end de traditionelle kapitalselskaber.⁷⁹

I de senere år er hensigtsmæssigheden af det kontinentaleuropæiske system med detaljerede ex ante regler vedrørende selskabers kapital blevet draget i tvivl.⁸⁰ På europæisk plan har det bl.a. været diskuteret, om detaljerede krav til indbetaling og sikring af en bestemt mindste aktie- eller anpartskapital er den bedste model til beskyttelse af selskabers kreditorer.⁸¹

Brydningen mellem dansk selskabs- og skatteret har vist, at der også i Danmark er behov for nytænkning ved beskyttelsen af selskabets kreditorer, hvadenten de er offentlige eller private. De seneste skatteretlige regler har påført virksomhederne væsentlige økonomiske og administrative byrder, der alene har været begrundet i hensyn til en bestemt kreditor: Skattemyndighederne.⁸² Hvis man ønsker at bevare kapitalkravet som en sikring af kreditorer, bør det i hvert fald tilstræbes, at der gælder samme regler for de offentlige og private kreditorer, der befinder sig i samme situation. Spørgsmålet er imidlertid, om det overhovedet er formålstjenstligt at opretholde et lovfæstet kapitalkrav.

78. Se tilsvarende for svensk ret Carl Hemström, *Bolagens rättsliga ställning* (4. uppl. 2000), s. 70 f.

79. Jf. også Werlauff *UfR.* 2000B, s. 468.

80. Hertil eksempelvis Jan Wouters, *Common Market Law Review* 2000, s. 301 f., og Davies, *AG* 1998, s. 346-354.

81. Se hertil for dansk ret eksempelvis Gomard, i Lars Bo Langsted (red.) *Selskabers kapital* (1999), s. 1-13.

82. Reglerne har i et vist omfang betydet, at man har gennemført det konkursprivilegium, som gjaldt for skatter og afgifter indtil 1969.

Koncerner, konkurrenceretten og andre hensyn

Professor, dr. jur. Jens Fejø

I. Introduktion

Aktieselskaber og andre selskaber i koncernforbindelse indtager en position, som ud fra mange synsvinkler tiltrækker sig interessen. Dette skal ses i sammenhæng med det forhold, at koncernforbundne selskaber på den ene side typisk, ud fra en juridisk synsvinkel, vil bestå af selskaber, som i henhold til de selskabsretlige lovgivninger udgør enkeltheder, der isoleret betragtet må opfylde en række krav og er i besiddelse af en autonomi, som kan være større eller mindre i henhold til lovgivningen, mens selskaberne på den anden side samtidigt, i kraft af en samlet faktisk mulighed netop gennem koncernforbindelse, kan være i besiddelse af muligheder for at operere på markeder, nationalt og internationalt, der kan give dem en reel særstilling, som i visse sammenhænge må tiltrække også den politiske bevågenhed.

Nærværende bidrag vil behandle enkelte sider af de overvejelser, som koncernforbundne selskaber vil kunne give anledning til. Det forekommer således åbenbart, at man ved de levende organismer, som koncernforbundne selskaber ofte vil kunne minde om, må have at gøre med fænomener, som ud fra en samfundsmæssig synsvinkel og ud fra en snævrere juridisk håndtering må give anledning til spekulationer over, om man kan nå frem til entydige, og hensigtsmæssige løsninger. Virksomheder med „kollektiv dominans“ har slægtskab med koncerner, men adskiller sig dog afgørende herfra ved at bestå af selvstændige, indbyrdes uafhængige selskaber, om end de kan have en stærk fælles vilje. Den nyeste dom fra EF-domstolens side om „kollektiv dominans“ vil derfor også blive berørt.

II. Koncerner i globalt perspektiv

Der kan være grund til at erindre om, at forekomsten af koncernfor-

bundne selskaber over landegrænserne i forskellige forbindelser har været medvirkende til politiske drøftelser i overordnet perspektiv.

Således eksempelvis, når man ud fra politiske, herunder militærstrategiske, motiver har ønsket at blackliste et land eller en region ved i sin lovgivning at gennemføre forbud mod eksport til eller restriktioner af anden art over for det blacklistede land eller regionen. Er der tale om national lovgivning, som ikke omfatter eksport eller restriktioner fra andre lande, kommer det klart for dagen, at koncernforbindelser kan danne baggrund for problemer. Når et moderselskab i det forbydende land således ved den pågældende nationale lovgivning er pålagt ikke at eksportere til det blacklistede område, rejser der sig et dilemma, hvis det nationale lovforbud for let lader sig omgå ved handlinger gennem et datterselskab uden for det forbydende land.

Hvis forbudet imidlertid tillige omfatter forbud mod datterselskabers tilsvarende eksport, rejser dette vanskeligheder i form af, om dette er acceptabelt for det eller de lande S forskellige fra det eksportforbydende land S hvor datterselskaberne befinder sig. Hvor det ikke er acceptabelt dér, f.eks. fordi man dér er af en anden politisk observans i forhold til det forbudsramte land eller område, kan det være en mulighed for at modvirke det udefra kommende eksportforbud at påberåbe sig selskabernes nationalitet. Et datterselskab vil dermed, kan det hævdes, være et nationalt selskab i det pågældende land, og dette må ikke kunne rammes af et eksportforbud, udstedt over for selskaberne i et andet land, hvor *in concreto* moderselskabet er beliggende. Problematikken øges, hvor datterselskaberne måtte ønske at følge en anden politik, end den moderselskabets styrende myndigheder forfølger; tillige rejser det problemer, hvor moderselskabet har en afvigende indstilling i forhold til de politiske myndigheders i hjemlandet. Historien kender flere eksempler på denne type (politiske) konflikter¹.

Et yderligere aspekt af håndteringen af koncernforbundne selskaber træder frem, hvor man gennem selskabsretlige konstruktioner, kombineret med selskabsinterne instrukser, etablerer et system, hvis indhold

1. Nævnes kan her som eksempel på konflikter af navnlig politisk karakter den US-amerikanske politik i form af regulering med sigte på at forhindre leverancer af militærmateriel m.v. til østbloklande under den kolde krig. Dette førte til pres på militært allierede for, at også datterselskaber af amerikanske selskaber i disse lande skulle følge de eksporthindringer, som var pålagt de amerikanske moderselskaber. Der opstod som en konsekvens heraf i visse lande en negativt indstilling over for, at pres også lagdes på de amerikanske moderselskaber til at dirigere de ikke-amerikanske datterselskaber. Under påberåbelse af nationalitetsindgreb m.v. reageredes på den amerikanske adfærd.

er, at nogle datterselskaber styres med stram hånd af moderselskabet eller på dets vegne, medens andre datterselskaber lever „deres eget liv“ med den beslutningsfrihed, som nærmere udstikkes fra moderselskabets side.

III. *Koncerner og konkurrenceret. EU-praksis*

Inden for konkurrenceretten har koncerner til stadighed indtaget en særstilling, når talen har angået spørgsmålet om håndteringen af konkurrencebegrænsninger mellem koncernforbundne selskaber. Det tanke-mæssige udgangspunkt har således utvivlsomt knyttet sig til den opfattelse, at hvad der inden for *selskabsretten* har kunnet opnås uden aftale mellem koncernforbundne selskaber, ikke med fornuft skulle kunne antastes ud fra *konkurrenceretlige normer*, f.eks. som forbudte konkurrencebegrænsende aftaler. Konsekvensen af en anden ordning ville, synes man at have argumenteret, blot føre til, at koncerner alene ville udnytte deres beføjelser i henhold til selskabsretten og dermed opnå et ønsket resultat uden anvendelse af indbyrdes aftaleregulering. Selskaberne ville dermed alligevel være unddraget den konkurrenceretlige regulering. Tankegangen er eksempelvis kommet markant til orde i et citat fra den amerikanske Antitrust-studiekommission (The Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws) fra 1955, hvor det uden reservationer hed²: „It is obviously unrealistic to expect or to command wholly-owned affiliates to compete“.

Inden for EU-konkurrenceretten har man også fulgt denne linie. Som man har talt om „The Economic Unit Theory“ (som EF-domstolen (og Kommissionen) har knyttet særlige vilkår til sine markeringer, når man har udtalt sig om spørgsmålet.

Det er af interesse at afklare, om disse vilkår kan have nogen praktisk anvendelse.

The Economic Unit Theory toner således frem dels i Kommissionens beslutning fra 1969 om aftaler med et 100%-ejet datterselskabs, jf. *Christiani & Nielsen*³, hvor Kommissionen ikke fandt en markedsopdelingsaftale i strid med artikel 85 (nu artikel 81), dels i EF-domstolens to første retningsgivende afgørelser fra 1974 om konkur-

2. Side 35.

3. Beslutning af 18.6.1969, ABL L 165/12.

reneretlig håndtering af koncerninterne aftaler, nemlig „Centrafarm-sagerne“: *Centrafarm BV* og *Adriaan de Peijper* mod *Sterling Drug Inc.*⁴, og *Centrafarm BV* og *Adriaan de Peijper* mod *Winthrop BV*⁵.

Begge domstolsafgørelser var EF-domstolens svar på præjudicielle spørgsmål forelagt af den nederlandske højesteret, der havde bedt om svar på en række spørgsmål, herunder om anvendeligheden af (nu) artikel 81. EF-domstolen svarede enslydende i de to sager, at artikel 81 ikke omhandler „aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der i egenskab af moderselskab og datterselskab tilhører samme koncern, dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linie, og dersom disse aftaler eller den samordnede praksis som formål har en intern fordeling af opgaverne mellem virksomhederne“.

EF-domstolen har tydeligvis opretholdt denne praksis med sin dom fra 1988 i sagen *Bodson* mod *Pompes funèbres des Régions libérées*⁶, hvor den⁷ udtrykkeligt henviste til sine to Centrafarm-domme fra 1974. Domstolen føjede til, at det tilkom den nationale domstol at fastslå, om der forelå en sådan situation i den foreliggende sag. Men EF-domstolen påpegede, at det navnlig ikke fremgik af sagsmaterialet, at virksomhederne fulgte samme markedspolitiske linje som fastlagt af moderselskabet. Dette var vel et vink til den nationale domstol om, at der ikke var så langt fra det resultat, at arrangementet ikke kunne undrages konkurrencereglernes anvendelse som følge af, at det var koncerninternt.

I en senere sag fra 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen* mod *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*⁸, har EF-domstolen gentaget⁹ sin praksis herom og henvist til „senest“ *Bodson*-dommen.

Yderligere må nævnes, at EF-domstolen har kredset om problemstillingen vedrørende koncerninterne aftaler i den såkaldte *Parker*-dom fra 1996, *Viho Europe* mod *Kommissionen*¹⁰. I denne dom afveg EF-domstolen imidlertid fra sit tidligere ordvalg S som begrundelse

4. *Sag 15/74*, præ. afg. af 31.10.1974, Sml. 1974, 1147.

5. *Sag 16/74*, præ. afg. af 31.10.1974, Sml. 1974, 1183.

6. *Sag 30/87*, præ. afg. af 4.5.1988, Sml. 1988, 2479.

7. Præmis 19.

8. *Sag 66/86*, præ. afg. af 11.4.1989, Sml. 1989, 803.

9. Præmis 35.

10. *Sag C-73/95 P*, dom af 24.10.1996, Sml. 1996, I-5457.

for ikke at lade artikel 81 komme til anvendelse S ved at angive, at Parker-koncernen (som sagen angik) udgjorde én økonomisk enhed ved fastsættelsen af dens markedsadfærd.

Sagen var en appel af en dom fra Retten i Første Instans, hvor Retten havde fundet, at der var tale om én og samme økonomiske enhed, og at det som følge heraf var udelukket at anvende artikel 81, stk. 1, på Parker-koncernen. EF-domstolen efterprøvede dette resultat, idet appellanten havde anført, at den omstændighed, at der var tale om en adfærd, som blev fulgt inden for en koncern, ikke var til hinder for at anvende artikel 81, stk. 1, når det med kompetencefordelingen mellem selskaberne i Parker-koncernen tilsigtedes at opretholde og afskærme de nationale markeder ved hjælp af en absolut områdebeskyttelse. Appellanten mente således, at en sådan adfærd fra en virksomhed, som havde skadelige virkninger for konkurrencen, ikke skulle vurderes anderledes, afhængigt af, om den blev fulgt inden for en koncern, eller om den blev fulgt i forholdet mellem Parker og en række uafhængige forhandlere. Navnlig henviste appellanten herved til, at en sådan områdebeskyttelse forhindrede tredjemand, såsom appellanten, i frit at af-tage leverancer inden for Fællesskabet hos det datterselskab, som tilbød de mest fordelagtige økonomiske vilkår, og dermed forhindrede dem i at overvælde disse fordele på forbrugerne. Det var således appellants opfattelse, at EF-traktatens artikel 81, stk. 1 S når denne fortolkes på baggrund af bestemmelserne i [den tidligere] Traktats artikel 2 og artikel 3, litra c) og g) S også fandt anvendelse, når den pågældende politik bestående i henvisning af ordrer gik videre end en simpel intern fordeling af opgaverne inden for en koncern.

EF-domstolen præciserede imidlertid herom for det første, at det var uomtvistet, at Parker's datterselskaber i Tyskland, Belgien, Spanien, Frankrig og Nederlandene var helejede datterselskaber, og at deres salgs- og marketingvirksomhed blev ledet af en områdeguppe, der var udpeget af moderselskabet, og som navnlig kontrollerede salgsmål, bruttofortjeneste, salgsomkostninger „cash flow“ og varelagre. Områdeguppen fastlagde også, hvilket produktudvalg, der skulle udbydes, kontrollerede reklamevirksomhed og gav instrukser vedrørende priser og rabatter. Parker-koncernens datterselskaber udgjorde dermed, efter EF-domstolens opfattelse, en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskaberne ikke havde nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet, men udførte de instrukser, de modtog fra moderselskabet, hvis kontrol de var underlagt. EF-domstolen henviste ved dette udsagn samtidig til sine tidligere domme

Jens Fejø

i sagerne *Sterling Drug*, *Winthrop*, *Bodson*, og *Ahmed Saeed Flugreisen*¹¹.

EF-domstolen fortsatte med at påpege, at den politik, bestående i henvisning af ordrer, som Parker havde ført, og som i det væsentlige bestod i at opdele de forskellige nationale markeder mellem koncernens datterselskaber, kunne have virkninger uden for Parker-koncernens sfære, der ville kunne påvirke tredjemands konkurrencestilling. Men denne politik kunne ikke medføre, at artikel 81, stk. 1, fandt anvendelse, selv om denne bestemmelse blev sammenholdt med Traktatens artikler 2 og 3¹².

Man kan notere sig, at EF-domstolen således ikke gentog kravet om, at der skulle være tale om „intern opgavefordeling“. Og både generaladvokaten under sagen og Retten i Første Instans havde givet udtryk for, at denne yderligere betingelse skulle forkastes.

Rækkevidden af EF-domstolens fredning af koncerninterne aftaler

En vurdering af EF-domstolens håndtering af de sager, der har været forelagt den, hvor spørgsmålet om koncerninterne konkurrencebegrænsende aftaler har været rejst, synes at vise, at Domstolen på den ene side anerkender The Economic Unit Theory, men samtidigt stiller særlige krav til den måde, hvorpå koncernen fastlægger eller har mulighed for at fastlægge sine beslutningsprocedurer.

Er der som i Parker-dommen tale om, at alle faktiske omstændigheder entydigt dækker en fælles optræden som resultat af en bevidst virksomhedsstrategi, vil Domstolen ikke betænke sig på at anerkende The Economic Unit Theory.

Selv om både Retten i Første Instans og generaladvokaten havde tilkendegivet, at det krav ikke burde stilles, at der skal være tale om en „intern opgavefordeling“ gennem de pågældende aftaler, synes det at være for vidtgående at anlægge den fortolkning af Domstolens udsagn i Parker-sagen, som man fra visse sider har været inde på, at Domstolen dermed har ændret sin praksis. I den foreliggende sag var det S som

11. EF-domstolen henviste desuden til *Farvestof*-sagen: ICI, BASF, Bayer, Geigy, Sandoz, Francolor, Cassella, Hoechst og ACNA mod Kommissionen, *sag 48/69, 49/69, 51/69, 52/69, 53/69, 54/69, 55/69, 56/69 og 57/69*, dom af 14.7.1972, Samml. 1972, 619.

12. Derimod kunne en sådan ensidig adfærd (naturligvis, må man bemærke) falde ind under Traktatens artikel 82 (tidligere artikel 86) om misbrug af dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, hvis betingelserne for denne bestemmelses anvendelse i øvrigt var opfyldt.

sagen klart viste S ubetvivleligt, at der var tale om en sådan intern opgavefordeling, og Domstolens resultat må dermed fremstå som blot en i kortform gengivet konstatering heraf.

Som det indledningsvis blev påpeget, kan det imidlertid være en mulighed, at et udenlandsk moderselskab i kraft af sin nationale lovgivning ikke er beføjet til f.eks. at foretage eksport til visse lande eller områder. Et moderselskabs aftale med et datterselskab om, at datterselskabet tilsvarende ikke eksporterer, kunne da rejse spørgsmål om muligheden for at gribe ind heroverfor på basis af artikel 81. Selv eksportforbud til tredjelande i forhold til EU synes således under visse vilkår at kunne indebære en i strid med artikel 81 forekommende aftale, jf. således navnlig konsekvensen af *Javico International* mod Yves Saint Laurent Parfums¹³.

Det spørgsmål rejser sig dermed, om en aftale, hvis indhold er i overensstemmelse med moderselskabets lands påbudte handelsrestriktion, vil kunne rammes af artikel 81, eller om aftalen som „koncernintern“ holdes uden for artikel 81's anvendelsesområde. Spørgsmålets løsning er i praksis ikke uden interesse, og til fordel for ikke at anse artikel 81 for uanvendelig som følge af aftalens karakter af koncernintern kan det forhold tale, at et moderselskab faktisk ønsker at lade datterselskabet operere selvstændigt, fordi eksportforbudsløsningen i det foreliggende tilfælde ikke er i moderselskabets overordnede interesse. Moderselskabet er imidlertid i kraft af sin lovgivning eventuelt tvunget eller dog kraftigt ansporet til at pålægge datterselskabet det drøftede eksportforbud, og måske som led i en traditionel fremgangsmåde inden for koncernen sker dette ikke alene gennem instrukser til datterselskaberne, men primært gennem aftaler med disse. Det er muligvis netop sådanne situationer, EF-domstolen har inddraget i sine (tidligere) overvejelser, hvor den har talt om, at datterselskabet *ikke* har nogen *reel selvstændighed* ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linie. Man kan vel også overveje, om det forhold, at et moderselskab i et tredjeland gennem aftale pålægger sine datterselskaber at tage bestemte priser, altid vil være omfattet af læren om de koncerninterne aftaler.

Ikke total ensretning

Skal man foretage en EU-konkurrenceretlig vurdering af et eventuelt påtænkt virksomheds- og instruksystem, hvor der ikke sker en total ensretning af alle datterselskabernes markedadfærd, rejser det spørgs-

13. Sag C-306/96, præ. afg. af 28.4.1998, Sml. 1998, I-1983.

mål sig, om man herved vil være uden for anvendelsesområdet for koncerninterne aftaler. F.eks. kan den situation være for hånden, at et moderselskab, måske på energimarkedet, som både opererer opstrøms og nedstrøms, ønsker at foretage en opspaltning af beslutningskompetencerne.

Ved salget fra koncernens side, nedstrømsaktiviteterne, ønsker man måske en stram ensretning og styring gennem etableringen af et salg-datterselskab, hvorigennem alt salg sker, således at der reguleres i forhold til andre selskaber i koncernen gennem aftaler med disse.

På opstrømssiden har moderselskabet derimod eventuelt ønsker om ikke at foretage en tilsvarende ensretning og stram koordination. I stedet ser moderselskabet måske sine interesser bedst varetaget ved, at de enkelte datterselskaber, som er aktive dér, netop selvstændigt er tillagt kompetence og reelle rådemuligheder. Hvis der måske skal opereres i samvirke med fremmede koncerners selskaber, og hvor en for rigid instruks ikke ville kunne føre til hensigtsmæssige løsninger, kan moderselskabet således lade sig drive af ønsket om en frihed for opstrøms-datterselskabet eller -datterselskaberne til i stedet at give plads for fleksibilitet og samarbejde uden central styring.

Resultatet af sådanne ønsker inden for koncernen kan således være, at koncernen opstrøms kommer til at sætte forskellige porteføljer op via forskellige indbyrdes og i forhold til moderselskabet uafhængigt agerende selskaber, A, B, C, ..., som kan have forskellige målsætninger, som de ønsker at forfølge via deres tildelte aktiviteter. Dette vil i visse situationer kunne komme til at resultere i, at A, B, og C, ... f.eks. vil stemme forskelligt i samvirket med fremmede koncerner, hvor hver enkelt, sammen med andre, har ejerinteresser, men hvor dispositionerne vedrører forhold, som ikke er underlagt en „fælles vilje“, hvad disse spørgsmål angår. Dette vil vel S teoretisk betragtet S også kunne ske i forhold, som efterfølgende kan påvirke nedstrømssiden, f.eks. i forbindelse med beslutningstagen om hvilke energimængder der kommer på markedet eller lignende.

Denne fleksibilitet til at forfølge forskellige målsætninger opstrøms er altså derimod ikke til stede nedstrøms.

Den centrale juridiske problemstilling fremstår i denne sammenhæng som centreret om det spørgsmål, om det er acceptabelt i EU-konkurrenceretlig henseende fra en økonomisk koncerns side at arrangere sine økonomiske og markeds-mæssige engagementer således, at der på den ene side ikke finder nogen koordinering sted, eventuelt gennem et indskudt led, når der ageres kommercielt i én sammenhæng, her

opstrømssiden, medens der, når koncernens interesser skal varetages i anden sammenhæng, f.eks. nedstrøms ved salg, sker en stram ensretning i den form, at et selskab i koncernen gennem instruks og/eller aftale optræder på markedet.

Ved de retlige overvejelser, når der ikke foretages en total ensretning, må hovedproblemstillingen være, om the „Economic Unit Theory“ finder anvendelse og dermed afskærer EU-konkurrencereglerne fra at gribe ind over for et aftalearrangement, hvorved der alene sker en koordination i form af den fælles markedsføring/salg.

Man kunne vel søge at gøre det synspunkt gældende, at det særlige led i EF-domstolens tidligere faste formulering S „og dersom disse aftaler eller den samordnede praksis som formål har en intern fordeling af opgaverne mellem virksomhederne“ S har været et udtryk for, at en aftale mellem koncernforbundne virksomheder ikke måtte påvirke tredjemands konkurrencemæssige stilling. Det forekommer dog næppe at være en korrekt forståelse af EF-domstolens praksis. Til støtte for en afstandtagen herfra kan ses den omtalte vurdering, EF-domstolen foretog i Parker-dommen, hvor Domstolen, udtrykkeligt påpegede, at den politik, som Parker havde ført, kunne have virkninger uden for Parker-koncernens sfære, der kunne påvirke tredjemands konkurrencestilling.

Hertil kommer, at det må noteres, at EF-domstolen i en nylig dom S som ikke havde med konkurrenceret at gøre S fandt anledning til at sammenligne spørgsmålet om Single Economic Unit med konkurrenceretsreglen. I *Allen mod Amalgamated Construction Co. Ltd*¹⁴, beskæftigede EF-domstolen sig således med varetagelsen af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder og i relation hertil spørgsmålet, om overførsel inden for samme koncern. EF-domstolen udtalte herved, at

„Det ændrer intet herved, at Domstolen i dommen i sagen Viho mod Kommissionen, præmis 15, 16 og 17, fastslog, at EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF) ikke finder anvendelse på forholdet mellem et moderselskab og dets datterselskaber, når de pågældende selskaber udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskaberne ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet, men udfører de instrukser, de modtager fra moderselskabet, hvis kontrol de er underlagt“.

14. Sag C-234/98, præ. afg. af , 2.12.1999, endnu ikke i Domssamlingen.

Jens Fejø

EF-domstolen tilføjede herefter, hvad der er baggrund for reglen om, at de koncerninterne aftaler falder uden for artikel 81:

„Et sådant virksomhedsbegreb er særligt for konkurrenceretten og følger af, at forbindelserne inden for en økonomisk enhed ikke, da disse forbindelser ikke hviler på en overenskomst mellem indbyrdes økonomisk uafhængige parter, kan udgøre en aftale eller en samordnet praksis mellem virksomheder, der begrænser konkurrencen i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.“

Det ses heraf, at EF-domstolen lægger afgørende vægt på, om der er tale om indbyrdes økonomisk uafhængige parter eller ej, for at den kan fastslå, om der kan eksistere konkurrencebegrænsende aftaler eller samordnet praksis.

Hvilken betydning dette må have for den „opsplittede“ situation S hvor nogle datterselskaber i visse relationer er stramt styrede fra moderselskabets side, medens andre datterselskaber kan operere frit i forhold til moderselskabets instrukser S synes at være, at der ved de styrede relationer ikke kan være plads for et indgreb efter artikel 81 ved aftaler mellem moderselskab og datterselskaberne, eller mellem disse indbyrdes. Netop den indbyrdes økonomiske afhængighed mellem parterne i den styrede situation er afgørende, og det synes ikke at gøre nogen forskel i henseende til den konkurrenceretlige bedømmelse, at der inden for samme koncern måtte findes også selvstændigt agerende datterselskaber.

Det er vel korrekt, at EF-domstolen har taget udgangspunkt i tankegangen om en Single Economic Unit. EF-domstolen har imidlertid ikke beskæftiget sig med den situation, at der ageres forskelligt mellem datterselskaberne i en koncern i forskellige sammenhænge, således som her drøftet. Bag EF-domstolens håndtering af koncerninterne aftaler ligger dog den klare forudsætning, at der mellem de selskaber, som indgår aftale, som begrænser den ene eller begge dispositionsfrihed i forhold til tredjemand, ikke uden aftalen bestod noget reelt indbyrdes konkurrenceforhold. Når man gennem den selskabsretlige instruktionsbeføjelse lovligt kan dirigere sine datterselskaber, må konsekvensen heraf i konkurrenceretlig sammenhæng blive, at man ligeledes kan indgå aftaler med præcis samme indhold. Og det forhold, at der i andre relationer konkurreres mellem selskaberne, kan næppe røkke herved. Den fleksibilitet, som indrømmes selskaberne i den ene relation (i eksemplet: opstrømssiden), får ikke indflydelse på den stramme styring, som kan etableres på den anden side (salgssiden).

Dette synes også at gælde, selv hvis man inddrager det forhold, at der ved selskabernes mulighed for at forfølge særskilte målsætninger i deres ageren på opstrømssiden kan ske en vis påvirkning også af det efterfølgende salg gennem en mængdemæssig begrænsning af salget. Grunden til dette er, at når man betragter salgssiden, ville der S med den koncerninterne struktur, som her er lagt til grund S ikke være nogen realistisk mulighed for, at nogen konkurrence, som kunne have udspillet sig, bliver reduceret ved de drøftede aftaler vedrørende koncentrationen af salgssiden.

Man kan vel overveje om den omstændighed, at en koncern har bestemt sig for at graduere datterselskabernes selvstændighed, kunne udelukke eller gøre det usandsynligt, at kontrollen over for visse af selskaberne, men ikke over for andre, vil blive udnyttet¹⁵.

Det må hermed siges at fremstå som reglen, at „The Economic Unit“-teorien danner baggrund for EF-domstolens (og Europa-Kommissionens) håndtering af „koncerninterne aftaler“. Hvis man tager udgangspunkt i den forståelse af koncerner, som dækker, at de enkelte selskaber inden for en koncern har juridisk selvstændighed, men i større eller mindre omfang i faktisk-økonomisk henseende er underlagt én ledelse, kan man fastslå, at praksis fra Kommissionens og Domstolens side herved er skarpt markeret på den måde, at EF-traktatens artikel 81 (tidligere artikel 85) ikke angår aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der tilhører samme koncern, når de har status som moder- og datterselskab, hvis virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen virkelig frihed til at bestemme sin markedsadfærd, og hvis aftalerne eller den samordnede praksis blot udgør en intern opgavefordeling mellem virksomhederne.

Det forhold, at der i koncerner findes visse datterselskaber, som ikke er underlagt den stramme styring, synes ikke i forhold til andre selskaber i koncernen, som er underlagt en sådan styring, at betyde nogen fravigelse fra reglen.

Selv om det ikke er direkte af relevans i forhold til artikel 81, skal det nævnes, at også sagen *Metro* mod Kommissionen, *sag 75/84*, dom af 22.10.1986, Sml. 1986, 3021, vedrørte en økonomisk enhed, men i den-

15. Ved et joint venture mellem Norsk Hydro og Texaco, som Europa-Kommissionen har behandlet, accepterede Kommissionen Norsk Hydros henvisning til, at man havde en selvstændig beslutningskompetence, og at den norske stat ikke foretog en koordinering af de to selskabers aktiviteter på det kommercielle område.

Jens Fejø

ne sag vedrørende artikel 86 (nu artikel 82) om misbrug af dominerende stilling.

Sagen angik SABA's selektive distributionssystem, hvortil Metro gerne ville have adgang som distributør. Metro anførte herved som et af sine synspunkter, at virksomhederne i den såkaldte Thomson-Brandt-koncern, som omfattede SABA, var en økonomisk enhed („a Single Economic Unit“), der havde misbrugt sin dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet i strid med *artikel 86 (nu artikel 82)*. Efter at EF-domstolen herpå havde refereret de oplysninger om selskabernes indbyrdes uafhængige salgspolitik S hvorved selskaberne faktisk konkurrerede indbyrdes, i det mindste hvad angik salget af deres produkter, uden at SABA's eller Thomson-Brandt-koncernens position på nogen af markederne satte dem i stand til at udelukke konkurrencen S bemærkede EF-domstolen, at „Metro [...] ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at virksomhederne i Thomson-Brandt-koncernen ikke blot er indbyrdes forbundet i kapitalmæssig henseende, men at de også følger en koordineret markedspolitik på grundlag af moderselskabets direktiver eller en i fællesskab udarbejdet plan. Uden et sådant bevis må det antages, at SABA tilrettelægger salget af selskabets produkter helt uafhængigt af moderselskabet og koncernens øvrige selskaber“.

Koncerner og „kollektiv dominans“

Artikel 81, ligesom artikel 82, taler om „virksomheder“. I sagen *Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen*¹⁶, har EF-domstolen senest set nærmere på koncerner, „kollektiv dominans“ og konkurrenceretten. Hovedproblemstillingen er i denne sammenhæng, at artikel 82 forbyder „en eller flere virksomheders“ misbrug af dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet.

Compagnie maritime belge transports var appel af dom, afsagt af Retten i Første Instans¹⁷. Retten havde efterprøvet Kommissionens beslutning i sagen *Cewal, Cowac og Ukwal* (art. 85), samt *Cewal* (art. 86)¹⁸.

Under behandlingen af et anbringende vedrørende spørgsmål om, hvorvidt der forelå en *kollektiv dominerende stilling*, havde appellanterne bl.a. gjort gældende, at Retten havde begået en retlig fejl ved i sin

16. *Sag C-395/96 P og C-396/96 P*, dom af 16.3.2000, endnu ikke i Domssamlingen.

17. *Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen*, forenede sager *T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93*, dom af 8.10.1996, Sml. 1996, II-1201.

18. Kommissionens beslutning af 23.12.1992, EFT 1993 L 34/20.

dom at have fastslået, at en samordnet praksis mellem de rederier, der var medlemmer af en linjekonference mellem rederier, som drev linjefart mellem havne i Vestafrika og havne på nordsøkysten, måtte anses for ulovlig, da der var tale om misbrug af en kollektiv dominerende stilling.

I den appellerede dom havde Retten således bl.a. udtalt, at „På grund af den tætte forbindelse, der er mellem rederierne i en linjekonference, vil de på det relevante marked i fællesskab kunne gennemføre en praksis på en sådan måde, at den udgør en ensidig adfærd. En sådan adfærd kan være i strid med artikel 82“. Desuden havde Retten udtalt, at medlemmerne af linjekonferencen Cewal havde „en vilje til at fastlægge en fælles markedspolitisk linje for samlet at imødegå en udvikling, som man anså for uheldig, i konkurrencesituationen på det marked, hvor de var aktive“.

Det blev hertil gjort gældende fra appellanternes side, at en samordnet praksis mellem virksomheder, som eventuelt vil kunne anses for kollektivt dominerende, ikke måtte „genbruges“ til også at udgøre et misbrug af en kollektiv dominerende stilling (efter artikel 82), men måtte behandles i henhold til de regler, der gælder for samordnet praksis (artikel 81). Appellanterne havde i den forbindelse henvist til, at artikel 82 kun omhandler en ensidig adfærd udvist af virksomheder, som har en dominerende stilling, mens artikel 81 omhandler samordnet adfærd. Retten havde derfor, gjorde appellanterne gældende, begået en retlig fejl ved at fastslå, at disse aftaler og/eller denne samordnede praksis kunne anses for at være i strid med artikel 82, selv om de ikke var udtryk for en ensidig adfærd fra Cewal-medlemmernes side. Ifølge appellanterne var en markedspolitisk linje enten samordnet eller ensidig, men den kunne ikke samtidig både være samordnet og ensidig. Det var derfor appellanternes opfattelse, at den appellerede dom måtte ophæves.

EF-domstolen bemærkede imidlertid, at i den appellerede dom havde Retten fastslået, at artikel 82 kunne finde anvendelse på en linjekonferences ensidige adfærd, og når man så på oplysningerne i den anfægtede beslutning, gav den praksis, som blev gjort gældende over for Cewal's medlemmer, sig udslag i en vilje til at fastlægge en fælles markedspolitisk linje for samlet at imødegå en udvikling, som man anså for uheldig i konkurrencesituationen på det marked, hvor de var aktive. Retten havde på denne baggrund med rette fastslået, at Kommissionen havde ført tilstrækkeligt bevis for, at den stilling, Cewal's medlemmer indtog på det relevante marked, måtte vurderes samlet. Desuden hav-

de Retten taget stilling til argumentet om, at Kommissionen havde „genbrugt“ de faktiske omstændigheder, der udgjorde gerningsindholdet for en overtrædelse af artikel 81.

EF-domstolen bemærkede desuden, at det fremgår af ordlyden af artikel 81, stk. 1, litra a), b), d) og e), og artikel 82, litra a)-d), at en praksis kan udgøre en overtrædelse af begge bestemmelser. Det kan derfor ikke på forhånd udelukkes, at traktatens artikel 81 og 82 kan anvendes samtidig. Der måtte imidlertid sondres mellem de formål, der forfølges med disse to bestemmelser.

Herved mindede Domstolen om, at artikel 81 finder anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der mærkbart kan påvirke handelen mellem medlemsstater, men at der ikke tages hensyn til de berørte virksomheders stilling på markedet. Artikel 82 omfatter derimod en eller flere virksomheders adfærd, for så vidt som denne går ud på at misbruge en økonomisk magtposition, som sætter virksomheden i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne¹⁹. Desuden påpegede Domstolen, at det fremgår af artikel 82, at en dominerende stilling kan indtages af flere „virksomheder“. Og Domstolen anførte, at den i en række tilfælde har fastslået, at begrebet „virksomhed“ i kapitlet i traktaten vedrørende konkurrencereglerne forudsætter, at den pågældende enhed er økonomisk uafhængig²⁰. Det fulgte heraf, at udtrykket „flere virksomheder“ i traktatens artikel 82 indebærer, at en eller flere økonomiske enheder, som juridisk er uafhængige af hinanden, kan indtage en dominerende stilling, såfremt de økonomisk set fremtræder eller handler samlet på et givet marked som en kollektiv enhed. Udtrykket „kollektiv dominerende stilling“ skulle forstås på denne måde.

EF-domstolen gik videre, idet den erindrede om, at det forhold at det fastslås, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i sig selv er ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed, men blot betyder, at denne, uafhængigt af årsagerne til denne stilling, er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet. Dette gælder også for så vidt angår virk-

19. EF-domstolen henviste herved til sin tidligere dom af 9.11.1983, Michelin mod Kommissionen, *sag 322/81*, Sml. 1983, 3461, præmis 30.

20. EF-domstolen henviste herved bl.a. til Béguelin, *sag 22/71*, dom af 25.11.1971, Sml. 1971, 257.

somheder, som har en kollektiv dominerende stilling. En konstatering af, at to eller flere virksomheder har en kollektiv dominerende stilling, må som udgangspunkt ske på grundlag af en økonomisk vurdering af de berørte virksomheders stilling på det relevante marked, og først derefter kan der foretages en vurdering af, om virksomhederne har misbrugt deres stilling på markedet.

Ved en vurdering af, om betingelserne i traktatens artikel 82 er opfyldt, må det derfor undersøges, om de berørte virksomheder sammen udgør en kollektiv enhed i forhold til deres konkurrenter, deres forretningsforbindelser og forbrugerne på et givet marked. Kun såfremt dette er tilfældet, må det dernæst undersøges, om denne kollektive enhed faktisk har en dominerende stilling, og om den misbruges.

Ved afgørelsen af, om der er tale om en kollektiv dominerende stilling, må der foretages en undersøgelse af det økonomiske samarbejde og de indbyrdes økonomiske relationer mellem de berørte virksomheder²¹. I denne forbindelse måtte det bl.a. undersøges, om der mellem de berørte virksomheder består et sådant økonomisk samarbejde, at de kan handle i fællesskab uafhængigt af deres konkurrenter, deres kunder og forbrugerne. Dette ville ikke kunne fastslås, alene fordi der mellem to eller flere virksomheder måtte bestå en aftale, en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder eller en samordnet praksis som omhandlet i artikel 81, stk. 1. Derimod kunne en aftale, en vedtagelse eller en samordnet praksis (uanset om der er meddelt en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3) utvivlsomt når den gennemføres medføre, at de berørte virksomheder er bundet med hensyn til deres adfærd på et givet marked på en sådan måde, at de på markedet fremtræder som en kollektiv enhed i forhold til deres konkurrenter, deres forretningsforbindelser og forbrugerne. Det kan således fremgå af karakteren eller ordlyden af en aftale, af den måde, hvorpå den gennemføres, og dermed af det heraf følgende samarbejde og relationerne mellem virksomhederne, at der findes en kollektiv dominerende stilling.

EF-domstolen påpegede imidlertid, at det ikke er en nødvendig forudsætning for at fastslå en kollektiv dominerende stilling, at der foreligger en aftale eller andre retlige forbindelser, men dette vil kunne

21. EF-domstolen henviste herved til tidligere afgørelser, bl.a. *Almelo* mod Energiebedrijf IJsselmij, sag C-393/92, præ. afg. af 27.4.1994, Sml. 1994-I, 1477, præmis 43, og *Frankrig* mod Kommissionen, sag C-68/94, dom af 31.3.1998, Sml. 1998, I-1375, præmis 221.

fastslås på grundlag af andre relationer mellem virksomheder og forudsætter en økonomisk vurdering og en vurdering af strukturen på det relevante marked.

EF-domstolen gik herpå ind på Rfo 4056/86²². I henhold til forordningens artikel 1, stk. 3, litra b), er en linjekonference en „gruppe på to eller flere linjerederier, som driver international linjefart med godsbeholdning i en eller flere bestemte ruter inden for et fastsat geografisk område, og som har en aftale eller ordning, hvorefter virksomheden drives i henhold til ensartede eller fælles fragtrater og andre aftalte vilkår for sådan rutefart“. Det fremgår af ottende betragtning til forordningen, at

„linjekonferencerne har en stabiliserende rolle, der kan give afskiberne en garanti for pålidelige tjenesteydelser; de bidrager ligeledes til at sikre et tilstrækkeligt stort udbud af regelmæssige og fyldestgørende søtransportydelser, hvor der på rimelig vis tages hensyn til brugernes interesser; disse resultater kan ikke opnås uden det samarbejde, der finder sted mellem rederierne inden for linjekonferencerne vedrørende takster og eventuelt udbud af ledig kapacitet eller fordeling af de godsmængder, der skal transporteres, eller endog af indtægterne; i de fleste tilfælde er konferencerne udsat for en effektiv konkurrence både fra linjerederier, som ikke deltager i konferencerne, og fra tramprederier samt i visse tilfælde fra andre transportformer; desuden udøver flådernes mobilitet, som er kendetegnende for udbudsstrukturen inden for søtransportområdet, et stadigt konkurrencemæssigt pres på konferencerne, som normalt ikke har mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende søtransportydelser“.

EF-domstolen fremhævede, at det fremgår af disse bestemmelser, at en linjekonference, der, når den er i overensstemmelse med Rådets definition, er omfattet af gruppefritagelsen i Rfo 4056/86, efter sin karakter og ud fra sit formål kan anses for en kollektiv enhed, der fremtræder som sådan på markedet i forhold til såvel brugere som konkurrenter. Det er på denne baggrund naturligt, at Rådet i Rfo 4056/86 har fastsat bestemmelser, der er nødvendige for at undgå, at en linjekonference har virkninger, der er uforenelige med traktatens artikel 82 (bl.a. forordningens artikel 8²³). Men der er ikke herved taget stilling til, om

22. Rfo 4056/86 af 22. december 1986 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86 på søtransport, EFT 1986 L 378/4.

23. Om „Virkninger, som er uforenelige med traktatens artikel 86“.

en linjekonference i en given situation har en dominerende stilling på et bestemt marked, og så meget mindre, om den har misbrugt en sådan stilling. Som det fremgår af artikel 8, stk. 2, i forordningen, er det ved dens adfærd, at en linjekonference, som har en dominerende stilling, kan have virkninger, som er uforenelige med artikel 82.

Det måtte på dette grundlag vurderes, om der skulle gives appellerne medhold i deres argumenter. Det fandt Domstolen ikke, at der var grundlag for.

Denne dom har således mere intensivt arbejdet med fænomenet „kollektiv dominans“ end tidligere domme. Det fremgår, at den forbindelse, der kan bestå mellem virksomheder med kollektiv dominans, ikke er ensbetydende med, at der kan sættes noget lighedstegn herimellem og med koncernforbundne selskaber. Ved de koncernforbundne selskaber er det afgørende for at tage stilling til, om en overtrædelse af artikel 81 kan foreligge, hvorledes styringen sker. Ved kollektiv dominans er det derimod forholdet til artikel 82, som bliver centralt, og her er den selskabsretlige forbindelse mellem selskaberne ikke afgørende. Én ting er, at egentligt koncernforbundne selskaber naturligvis kan overtræde artikel 82, når betingelserne i denne bestemmelse er opfyldt. Men også selskaber, som indehaver en kollektiv dominans vil altså, afhængigt af de faktiske forhold, kunne være i samme situation.

Negativa förpliktelser i finansiella avtal

*Professor, jur. dr. Lars Gorton**

1. Inledande anmärkningar

1.1. Allmänt

I Festskrift till Knut Rodhe från 1976 förekommer en artikel om negativa klausuler i låneavtal.¹ Snart ett kvarts sekel senare kan det vara på sin plats att fråga sig om förekomsten, utformningen och omfattningen av sådana klausuler har ändrats.²

Bertil Bylund inriktade sig i sin artikel på vissa delar av s.k. negativa förpliktelser, nämligen på dem som förekommer i samband med större internationella lånetransaktioner (närmast av obligationskaraktär), och det är även det perspektivet som finns i bakgrunden för mig även om jag försöker se på frågorna även i relation till mindre monu-

Professor i bankrätt vid Lunds universitet, adj. professor i internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm.

1. *Bylund*, Något om s.k. negativa klausuler i låneavtal. I Festskrift till Knut Rodhe, Stockholm 1976 s. 113 ff.
2. I sammanhanget förtjänar också att nämnas uttalandet hos *Hessler*, Allmän sakrätt, Stockholm 1973 s. 417 f., där beträffande arrangemanget med negativ klausul med hänvisning till obligationsteknikkommitténs bet. SOU 1969:13 s. 15 och 77 lakoniskt konstaterades: „Det kanske slutligen bör nämnas att en helt ny form för „säkerhet“ introducerats på det området där säkerheten eljest traditionellt utgörs av pant, främst i fastighetsinteckningar. Vad som avses är säkerhet för obligationslån och man har här i något fall ersatt pantsäkerheten med s.k. *negativ klausul*. Den innebär, att gäldenären förbinder sig att inte ställa pant för andra ev. senare upptagna lån utan att i så fall samtidigt och i första rummet ställa pant för obligationslånet. Tydligt är, att denna „säkerhet“ inte är på minsta sätt skyddad mot tredje man. Den förekommer också endast ifråga om stora och välkända obligationsutgivare, där man ansett omgången med inteckningar kunna avvaras. Formen är icke ovanlig utomlands. I Sverige har den såvitt känt endast förekommit i några enstaka fall.“ Man vågar idag utan överdrift påstå, att även om företeelsen „negativa klausuler“ fortfarande främst förekommer i samband med internationell kreditgivning, har den fått generellt större spridning. 20 år efter Hesslers uttalande säger *Håstad*, Sakrätt avseende lös egendom, 5 uppl. Stockholm 1994 på s. 272 beträffande negativa klausuler, att traditionella finansiella säkerheter inte är allena saliggörande utan „kreditgivarens kontroll över låntagaren betyder mycket.“

mentala transaktioner. Intrycket är nämligen att sådana sk. negativa klausuler förkommer i flera olika finansiella transaktioner. Man bör emellertid hålla i minnet, att negativa förpliktelser i många sammanhang har stor betydelse på det sättet att samhällslivet i flera avseenden bygger på förbud, men att också olika slags negativa förpliktelser i skilda sammanhang förekommer mellan kontraktsparter.³ Syftet med och funktionen hos den negativa klausulen kan dock variera beroende på de individuella omständigheterna.

Mellan avtalsparter står normalt den „positiva“ prestationsförpliktelsen i förgrunden. Säljaren lovar att leverera, köparen att betala, låntagaren att ställa pant osv. Det är dock inte ovanligt, att även i obligationsrättsliga förhållanden parterna avtalar om negativa förpliktelser av olika slag, eller att sådana är underförstådda. En säljare av ett företag lovar i en s.k. konkurrensklausul att inte konkurrera med det sålda företagets verksamhet när köparen tagit över det, arbetstagare i särskilda positioner förbinder sig genom olika klausuler att inte inom en viss tid efter en anställnings upphörande arbeta hos ett konkurrerande företag (s.k. karantän), vid förhandlingar lovar parterna att inte avslöja för tredje man förhållanden som de kan ha fått reda på under förhandlingarna osv. Konsekvensen av ett brott mot den negativa förpliktelsen är i sådana sammanhang i allmänhet skadestånd, ofta i form av ett kontraktuellt bestämt vite. Det är mindre vanligt att ett brott mot en negativ förpliktelse av dessa typer är hävningsgrundande. Sådana brott mot negativa förpliktelser kan under vissa omständigheter medföra dom på negativ naturaprestation. Även om de processrättsliga frågorna i detta sammanhang är av stor praktisk betydelse har jag lämnat dem utanför denna framställning.⁴ Det är vidare i associationsrättsliga sam-

3. Efter det att detta manuskript lämnades in har i Lund en examensuppsats skrivits av Susanne Kvist om Negativa klausuler. Funktioner, användningsområden och problem.

I straffrättsliga sammanhang och regleringssammanhang är det, som bekant, ofta den negativa förpliktelsen som skjuts i förgrunden: att inte dräpa, att inte stjäla, men även den administrativa lagstiftningen innehåller många olika slags förbud: mot konkurrensbegränsande avtal, mot insideraffärer osv.

I sakrättsliga sammanhang förekommer olika inskränkningar som i sig utgör negativa förpliktelser, se exempelvis *Braekhus & Haerem*, Norsk tingsret, Oslo 1964 s. 18 f. Frågan diskuteras också hos *Braekhus*, Omsætning og kredit 2. Pant og annen realsikkerhed. 2. uppl. Oslo 1994 s. 296 f.

I sammanhanget bör också uppmärksammas *Nial*, Nya sakrätter? I SvJT s. 673 ff.

4. Med avseende på denna typ av frågor se fr.a. diskussionen om olika delar av RB 17 kap. hos *Ekelöf*, Rättegång I (7 uppl. 1990) s. 30 ff., Rättegång III (6 uppl. 1994) s. 101 ff. och Rättegång V (6 uppl. 1987) s. 175 ff resp. s. 202 ff.

manhang vanligt, att bolagsmän överenskommer om ömsesidigt förbud mot att åtminstone under en viss tid att sälja och/eller pantsätta sina aktier/andelar, och vidare kan det förekomma hembudsklausuler med olika utformning.

Det är dock kanske fr.a. i finansiella avtal som man finner klausuler innefattande olika negativa förpliktelser. Det sakrättsliga skyddet innebär dels ett skydd mot motpartens borgenärer dels ett skydd mot konkurrerande förvärvare. Skyddet yttrar sig bl.a. på så sätt, att äganderätt/panträtt medför separationsrätt/förmånsrätt i konkurs, att utmätning ej kan ske till förfång för rättighetsinnehavare och att konkurrerande förvärv som huvuregel inte är giltiga. Frågan blir då hur långt en obligationsrättsligt grundad negativförpliktelse kan leda.

Spörsmålen kan brytas ned i två huvudfrågor:

1. Kan den som – genom att träffa avtal med någon – medverkar till att denne bryter mot en avtalsförpliktelse i ett befintligt avtalsförhållande under alla omständigheter göra avtalet gällande?
2. Kan den som – genom att förmå någon att träffa avtal eller genom annan påverkan – medverkar till att en avtalspart inte uppfyller en avtalsförpliktelse i ett befintligt avtalsförhållande ådra sig skadeståndsansvar mot avtalspartens medkontrahent.

Med avseende på negativ pledge-klausuler kan frågorna formuleras på följande sätt:

1. Kan den långivare som tagit säkerhet i strid med en negativ pledge-klausul i ett befintligt kreditavtal under alla omständigheter göra säkerheten gällande?
2. Kan den långivare som tagit säkerhet i strid med en negativ pledge-klausul i ett befintligt kreditavtal ådra sig skadeståndsansvar mot långivaren i det befintliga låneavtalet?

Här fokuseras i första hand den första frågeställningen.

Rent generellt måste de avtalsrättsliga huvudprinciperna hållas i minnet, nämligen att avtal endast har rättsverkningar mellan parterna men två avtalsparter kan berättiga en tredje man; däremot kan de inte förplikta en tredje man.

1.2. *Finansiella avtal*

Finansiella avtal är inte en avtalsgrupp som kännetecknas av särskilt stor homogenitet; den gemensamma nämnaren kan möjligen sägas vara, att det rör sig om avtal som på ett eller annat sätt innefattar peng-

är antingen det är fråga om inlåning, utlåning eller finansiella säkerheter. Det kan röra sig om kortfristig, medelfristig och långfristig finansiering, olika parter (i olika länder) kan vara inblandade, och ändamålet med finansieringen kan skifta. Detta medför också, att olika klausuler normalt införs i ett finansieringsavtal för att parterna därmed skall ha pekat på och identifierat vissa betydelsefulla förutsättningar, förhållanden och risker och därvid enats om olika lösningar. Ofta kan finansieringsavtal förefalla ensidiga till långgivarens (fr.a. när LG är en bank eller motsvarande)⁵ fördel, men det bör hållas i minnet att banken faktiskt lämnar ifrån sig avtalsobjektet utan att ha fått någon motprestation från motparten utom ett återbetalningslöfte, någon form av finansiell säkerhet, sannolikt någon avgift (provision, exempelvis uppläggningsavgift) samt ev. någon förskottsvis erlagd ränta. Det är också viktigt att komma ihåg att finansieringsavtal ofta sträcker sig över längre tid och att låntagarens situation kan förändras under avtalsperioden. Det kan m.a.o. vara svårt att i förväg gardera sig beträffande alla omständigheter, som kan komma att inträffa⁶.

Det är mot den bakgrunden man skall se de olika avtalsklausuler som fr.a. i common law-inspirerade (och vanligen mycket omfattande) finansieringsavtal (i första hand när det gäller kommersiella relationer) fått en framträdande plats. I sådana avtal görs normalt en åtskillnad mellan å ena sidan „representations and warranties“ som utgör uttalanden om faktiska förhållanden, och å andra sidan olika slags „covenants“, som snarare utgör löften om vad låntagaren/garantisten under olika omständigheter lovar att ombesörja/förhindra.⁷ Dessa olika klausuler tjänar som uttalade basförutsättningar för avtalsförhållandet resp. som förpliktelser i avtalet. Brott mot någon av klausulerna är normalt en „event of default“-anledning, som ger banken rätt att bl.a. säga upp lånet till omedelbar återbetalning i enlighet med avtalsvillkoren.

5. I denna artikel används långgivare, LG, bank resp. kreditgivare synonymt. På motsvarande sätt används låntagare, LT och kredittagare synonymt.
6. Dock innebär statistiska och ekonomiska analyser goda möjligheter för de finansiella företagen att bedöma och prissätta olika risker (på motsvarande sätt som sker inom försäkringsbranschen). Det kan dock vara svårt att identifiera och bestämma värdet i enskilda avtalsklausuler.
7. Om dessa klausultyper se bl.a. *Day & Taylor*, Bankers' perspective on the role of covenants in debt contracts. /1996/ 5 *Journal of International Banking* s. 201ff., men också *Cranston*, Principles of banking law, Oxford 1997 s. 339 ff. och *Wood*, International loans, bonds and securities regulation, London 1995 s. 28ff. När det gäller finansiella säkerheter se bl.a. *Ellinger*, Modern banking law, Oxford etc. 1987 p. 530 ff. och *Wood*, Comparative law of security and guarantees, London 1995.

Sedan banken gjort sin kreditbedömning och då bedömt och prissatt olika risker i samband med krediten och därvid också bl. a. krävt att få vissa finansiella säkerheter och på annat sätt försökt skapa förutsättningar för att i viss mån kunna kontrollera låntagarens verksamhet kan så småningom lånet betalas ut. Banken försöker m.a.o. vid sidan av de finansiella säkerhetsåtgärder som står till buds så långt som möjligt med olika avtalsklausuler skapa en situation som ger banken bättre förutsättningar att trygga avtalsenlig återbetalning av krediten, en enligt min mening legitim uppgift för banken. Utebliven återbetalning av ett lån innebär naturligtvis vissa inskränkningar i bankens möjlighet att bevilja andra krediter. Det är således frågan om en balans mellan bankens risktagande med insättarnas pengar och bankkundernas rätt till trygga insättningar.⁸

Den viktigaste faktorn är naturligtvis den kreditprövning som banken skall göra och den uppföljning av låntagarens ekonomiska situation under kreditperioden som bankerna bör göra. Därutöver kan bankerna vidta olika åtgärder, där man på olika sätt kan försöka gardera sig mot förluster genom betydande beloppsbegränsningar när det gäller kreditbelopp, t.ex. att aldrig låna ut mer än 50 % av begärd lånesumma, banken kan använda stor försiktighet vid långivningen⁹, banken kan betinga sig hög ränta som en kompensation för högre risk¹⁰, den kan begära betydande säkerheter för lånet och kan också kräva att ett antal klausuler införs i låneavtalet syftande till att skydda banken i olika situationer. Det är också vanligt, att banken på olika sätt skapar sig särskild möjlighet till insyn i och kontroll över företaget.¹¹ Normalt använder sig banken av en kombination av dessa olika åtgärder, men även på finansiella marknader finns en konkurrenssituation, som gör att banker inte kan (eller vill) gardera sig på ett fullständigt sätt, eftersom den då riskerar att tappa affären.¹²

8. Den risk som uppstår om bankerna inte kan betala insättare som önskar ta ut innesående bankmedel är den s.k. systemrisken, se härom exempelvis i SOU 1998:160, Reglering och tillsyn av banker och kreditmarknadsföretag s. 95 ff. och 221 ff.)

9. En sådan omständighet är, att en bank bör vara försiktig med att låna ut pengar både till ett företag och till aktieägare i detta företag, när dessa önskar kredit mot säkerhet i aktier i företaget.

10. Från rättspraxis kan härvid hänvisas till det omdiskuterade engelska rättsfallet *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corporation* /1989/ 1 All E.R. 785 (CA), där banken betingade sig 0,5 % högre ränta för att acceptera en „letter of comfort“ i stället för en moderbolagsgaranti.

11. Exempel härpå finns bl.a. i RH 1986:120.

Kreditavtal omfattar vanligen tre sekvenser, nämligen det stadium som föregår och slutligen innefattar underskrivande av låneavtalet (d.v.s. förhandlingskedet resp. avtalskedet)¹³, det ögonblick då lånet utbetalas (utbetalningskedet) samt skedet mellan utbetalningen av lånebeloppet tills slutlig återbetalning skett (kreditskedet). Fram till dess att banken ställt kreditbeloppet till låntagarens förfogande är dess risk en helt annan än därefter, och detta färgar också av sig på utformningen av de olika klausuler som återfinns i lånedokumentationen. Låneavtal innehåller, som nämnts, i olika klausuler normalt en stor mängd förpliktelser (positiva och negativa¹⁴), som åvilar låntagaren: avseende återbetalning av lånebeloppet, räntebetalning, avseende betalning av olika avgifter, avseende informationsgivning resp. ställande av säkerheter osv. Konsekvenserna av brott mot dessa klausuler utgör vanligen en „default“-anledning, som utgör en möjlighet för långivaren att vidta vissa åtgärder mot låntagaren, främst genom att säga upp lånet till återbetalning och kräva ersättning och ränta. Liknande förhållanden gäller vanligen vid inhemska låneavtal, även om avtalsbestämmelserna normalt är betydligt mindre omfattande och genomarbetade.

Det är i detta ljus som bruket av olika positiva och negativa skyddsklausuler skall ses. Jag skall i första hand peka på vissa typer av s.k. „negativa klausuler“ och avsikten med dem samt försöka analysera hur och i vilken omfattning de i olika sammanhang kan tänkas innebära någon ekonomisk säkerhet för långivaren. Följande sidor är huvudsakligen inriktade på kommersiella finansiella avtal. Dessförinnan vill jag dock med några ord sätta in negativa förpliktelser i ett mera övergripande sammanhang.

12. I relation till kredittagaren spelar transaktionskostnaderna för banken inte någon större roll, eftersom åtminstone i kommersiella förhållanden kredittagaren svarar för betalningen av kostnaderna för lånedokumentationen. Detta är en avvikelse från det normala mönstret i förhållandet mellan två avtalsparter, nämligen att varje part bär sina kostnader för framtagande av avtalsdokumentationen och får den något egenartade konsekvensen att låntagaren vid förhandlingar om utformningen av och innehållet i lånedokumentationen avtalar med bankens advokat, vars arvode emellertid skall erläggas av låntagaren.
13. Denna sekvens innefattar vanligen en offert från banken baserade på uppgifter från låntagaren och ofta någon slags förbindelse från banken (en s.k. „letter of commitment“), där banken åtar sig att ställa krediten till låntagarens disposition enligt vissa överenskomna villkor under förutsättning att ett slutligt låneavtal träffas. Se bl.a. *Gorton, Ship financing agreements*. I Festskrift till Kurt Grönfors, Stockholm 1991 s. 197.
14. Låntagaren är ofta mer positiv till att acceptera en negativ klausul i stället för andra säkerheter, inte minst på grund av att den „inte kostar“ något.

2. *Negativa förpliktelser – allmänt*

Utformningen av negativa åtaganden varierar beroende på det sammanhang i vilket förpliknelsen förekommer. Ofta är de tämligen preciserade då parterna har ett speciellt syfte, men de kan också ha ett något vidare täckningsområde. Vid avfattningen av en klausul avseende negativa förpliktelser är det normalt viktigt att parterna preciserar förpliktelserns art, dess innebörd och konsekvensen av ett brott mot den. Det finns dock jurister som hävdar, att den senare delen ej bör finnas med då detta skulle kunna tas som intäkt för att part skulle ha rätt att bryta mot klausulen (till ett „pris“). Jag delar inte den synen, även om jag kan inse bakgrunden till resonemanget. Vid avsaknad av en sådan preciserad konsekvensbestämmelse riskerar den part som vill skydda sig, att effekten av klausulen blir osäker både när det gäller klausulens tillämplighet och innebörd. Fr. a. kan konsekvenserna av ett brott mot bestämmelsen bli svåra att förutse, dvs konsekvenserna av ett brott mot bestämmelserna blir osakra, både när det gäller att bestämma vilket remedium som kan komma till användning, huruvida ersättningskyldighet föreligger och hur en ev. ersättning skall beräknas.

Beroende på den situation där denna klausultyp förekommer kan avtalsrättsliga, konkurrensrättsliga, arbetsrättsliga och associationsrättsliga regler ha betydelse vid avfattande såväl som tillämpning av dem.

Ofta kan man se en negativ förpliktelse som en utlöpare av en lojalitetsförpliktelse: Detta är exempelvis fallet vid försäljning av ett företag. Det är givet, att köparen av företaget (bolaget eller inkråmet) inte gärna ser att säljaren omedelbart efter försäljningen med hjälp av köpeskillingen börjar konkurrera med det sålda företagets verksamhet. Köparen vill därför vanligen ha med en klausul varigenom säljaren förbinder sig att inte direkt eller indirekt under en viss period efter försäljningen konkurrera med bolagets/köparens verksamhet. En sådan förpliktelse tar vanligen också sikte på att säljaren inte heller genom anställning hos annan eller på annat indirekt sätt skall konkurrera med den köpta verksamheten. På motsvarande sätt är det vanligt att fr.a. personer i nyckelbefattningar förpliktar sig att inte efter en anställnings upphörande acceptera en position hos ett företag som konkurrerar med den tidigare arbetsgivaren.¹⁵ Normalt anses en anställd inte

15. Se exempelvis *Adlercreutz & Flodgren*, Om konkurrensklausuler i anställningsförhållanden och vid företagsöverlåtelser, Lund 1992.

samtidigt med anställningen ha rätt att arbeta för en konkurrent. I konsortialavtal och joint venture-avtal finns ofta klausuler om att parter inte får konkurrera med konsortiets verksamhet. I återförsäljaravtal och liknande avtalstyper återfinns ofta olika slags konkurrensbegränsande regler, där återförsäljaren (eller motsvarande) förpliktar sig att inte sälja produkter som konkurrerar med huvdmannens produkter. I alla dessa olika fall finns dels avtalsrättsliga regler som kan innebära, att en avtalad konkurrensklausul kan anses oskäligen, men därutöver finns konkurrensrättsliga regler som kan medföra att vissa konkurrensinskränkande bestämmelser är helt eller delvis ogiltiga.¹⁶

Det är vanskligt att i generella termer beskriva och bestämma omfattningen och innebörden av en lojalitetsförpliktelse för olika situationer. Enligt min mening bör försiktighet iaktas när det gäller att formulera en lojalitetsförpliktelse som ett allmänt, underförstått åtagande. Beträffande anställda finns under ett pågående anställningsförhållande säkerligen en underförstådd lojalitetsförpliktelse av innebörd att arbetstagaren inte utan godkännande samtidigt får arbeta för en konkurrent, men i andra kontraktuella relationer kan det vara svårare att fastställa det konkreta innehållet i en lojalitetsförpliktelse, men dessa finns av olika speciella slag. Mellan parterna kan det dock finnas skäl att i avtalet införa en klargörande lojalitetsbestämmelse, exempelvis en negativ förpliktelse.¹⁷

Det finns emellertid också andra omständigheter där speciella typer av negativa klausuler kan förekomma. I samband med avtalsförhandlingar träffar parter, som nämnts, åtminstone vid större affärer tämligen ofta i ett tidigt skede ett särskilt sekretessavtal, vari de på olika sätt

16. Det finns härvid ett samspel mellan avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga regler och principer. Den avtalsrättsliga aspekten har exempelvis diskuterats hos *Ramberg & Hultmark*, Allmän avtalsrätt. 4. uppl. Stockholm 1995 s. 52 och 237. Frågan om sekretess har behandlats i ett bredare perspektiv av *Fahlbeck*, Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet – en kommentar, Stockholm 1992. Se också kommentarer hos *Nicander*, Lojalitetsförpliktelse före, under och efter avtalsförhållanden. I *Juridisk Tidskrift* 1995/96 s. 31 ff. och *Gorton*, Loyalty in contractual relations. I *International trade legislation in the Baltic region*. (Ministry for foreign affairs Sweden) 1999 s. 37 ff. Vissa aspekter har diskuterats av *Gorton*, Något om 36 och 38 §§ i 1915 års avtalslag – då och nu. I *Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Tore Almén*. Stockholm 1999 s. 97 ff. Se exempelvis *Bernitz*, Standardavtal och konkurrensbegränsning. I *Festskrift till Jan Ramberg*, Stockholm 1996 s. 51 ff.

17. Det konkurrensrättsliga regelverket har visat sig ha en betydande och ibland svårbedömd förmåga att penetrera olika relationer och förhållanden, där parterna kanske inte uppmärksammat att de överhuvudtaget skulle kunna utgöra ett kontraktsrättsligt element.

förbinder sig att inte för utomstående avslöja något om de affärsmässiga upplysningar som de genom förhandlingarna fått ta del av.

Om man på det här sättet målar upp ett brett panorama så framstår ett antal olika situationer där negativa klausuler förekommer och där de konkreta förhållandena och det juridiska ramverket sammantaget leder till individuella kontraktuella lösningar.

I nordisk rätt finns som bekant i avtalslagen (AvtL 36 och 38 §§) vissa regler som därvid kan ha särskild betydelse, men därutöver spelar associationsrättsliga, arbetsrättsliga och konkurrensrättsliga regler en central roll. De parametrar som förefaller ha särskild betydelse i „lojalitetsperspektivet“ är avtalsförhållandets längd, närheten mellan parterna samt beroende- och tillitsförhållande.

Vilken är då avsikten med och funktionen av en negativ klausul i finansiella avtal? Sådana klausuler återfinns i växande omfattning i internationella men även inhemska låneavtal, och genomgående kan de sägas syfta till att begränsa låntagarens/garantistens rörelsefrihet. Det kan vara fråga om klausuler som innebär att en kredittagare lovar att inte ge någon annan kreditgivare en bättre position än den aktuella (t.ex. att inte uppta ytterligare lån eller att inte ställa säkerhet till förmån för annan kreditgivare), det kan röra sig om en inskränkning i den associationsrättsliga friheten (förbud mot att sälja rörelse eller bolag/dotterbolag, förbud mot utdelning osv.) som syftar till att stärka kreditgivarens position, antingen genom att vid brott mot dem berättiga kreditgivaren till skadestånd eller till att säga upp krediten till omedelbar återbetalning. Till skillnad från „positiva“ säkerheter i form av pant eller borgen/garantier är dock konsekvensen av liksom ofta tillämpningen av negativa förpliktelser mindre förutsägbar. En viktig fråga är naturligtvis huruvida genom en negativ förpliktelse sakrättsligt skydd kan uppnås för borgenären. Kreditgivare med en pant som säkerhet vet att i händelse av gäldenärens konkurs värdet av panten kan utnyttjas för att täcka gäldenärens förpliktelser (detta givetvis under förutsättning att inte pantens värde av olika skäl urholkats). Här innebär också nuvarande svenska banklagstiftning en skyldighet för kreditgivaren att vid kreditgivning (förutom skyldigheten till kreditprövning) tillse att „tillfredsställande“ säkerhet erhålls för krediten, vilket innebär att den offentligrättsliga skyldigheten i lagstiftningen för långivaren återspeglas i en skyldighet för låntagaren i lånedokumentationen.

3. *Negativklausuler i låneavtal*

3.1. *Allmänt*

Bruket av negativa klausuler är mindre i rent interna svenska låneavtal än i internationella låneavtal, men så snart det är fråga om större transaktioner blir det vanligen fråga om ett komplicerat paket av olika avtal, säkerheter och avtalsförpliktelser.¹⁸ Det kan också uppkomma gränsdragningsfrågor där spørsmålet blir, huruvida det i vissa fall kan finnas underförstådda skyldigheter för kredittagaren. Praktiskt spelar negativklausulen stor roll, eftersom den ger en tidigare långgivare en avtalad rätt att förhindra en låntagare till vidare kreditupptagning, och det är ju också den kontrollmöjlighet som kreditgivaren vill uppnå, när kredittagaren avkrävs en sådan bestämmelse. En praktiskt viktig sida av hithörande frågor är givetvis i vad mån den rätt som klausulen ger på ett eller annat sätt kan medföra en processuell rätt att med domstols försorg framtvinga tillämpning resp. förbud mot tillämpning av klausulens skyldigheter,¹⁹ dvs genom en „injunction“ eller likn. i common law och genom motsvarande förfaranden i andra rättsordningar.

En särskild fråga som då skulle kunna uppkomma är konsekvensen av att till negativklausulen knyts en bestämmelse som säger, „such approval not to be unreasonably withheld“. Ytterligare en fråga blir vad som gäller ifall bestämmelsen inte innehåller något sådant tillägg. Skiljer sig härvid engelsk rätt från skandinavisk?

Generellt antas common law ha en striktare syn när det gäller att intolka ett skälighetsresonemang i exempelvis denna typ av negativa åtaganden. Jag vill endast peka på hithörande frågor utan att här vilja närmare diskutera dem.

Vid kreditgivning till privatpersoner, samt till mindre och medelstora företag förekommer det sällan²⁰, att kredit lämnas utan att någon form av finansiell säkerhet skall ställas, antingen detta skall ske i form av

18. Se t.ex. *Bryde-Andersen*, Praktisk aftaleret. København 1995 s. 87, som även på s. 338 omnämner s.k. „tie-in“ och „tie-out“-klausuler som förekommer i exempelvis licensavtal. *Ramberg & Hultmark*, Allmän avtalsrätt s. 52 omnämner företeelsen. Man kan i sammanhanget också uppmärksamma det ganska komplicerade paketet avseende Nordbanken – Nobel, där finansieringsdokumentationens komplikationsgrad inte lämnade mycket övrigt att önska. Se Nobel-Industrier, Gamlestaden, Erik Penser och bankerna (1992). Stockholms Fondbörs skriftserie nr. 10.

19. Se vidare nedan s. 138ff. men även ovan not 4.

20. Med mindre det är fråga om relativt sett mindre konsumtionskrediter.

pant eller av borgen/garantier. Även när det gäller kreditgivning till större företag utgör de traditionella „positiva“ säkerhetsformerna en grund. Dock har det vid all kreditgivning blivit allt vanligare med, om jag får kalla det så, obligationsrättsliga negativa förpliktelser, innebärande att moderbolag eller annan ägare till låntagare under kreditperioden skall avstå från att utan medgivande vidta vissa åtgärder t.ex. sälja sina aktier i låntagaren, eller låta låntagaren fusionera med annat företag. Låntagaren kan också förplikta sig att inte låta annan kreditgivare erhålla bättre säkerhet än vad kreditgivaren i det aktuella fallet erhållit. En mycket summarisk genomgång av svensk formulärpraxis när det gäller svenska kreditvillkor ger inte belägg för att man här skulle använda negativa förpliktelser i samma utsträckning som man ofta gjort i större internationella låneavtal som är underkastade engelsk eller amerikansk rätt.²¹ Trots att s.k. negativklausuler används ganska ofta i olika sammanhang har de inte fått någon övergripande behandling i den svenska juridiska doktrinen, vilket är ganska naturligt då de förekommer i så olika situationer och har högst varierande utformning och syften. Det är ju också påtagligt, att vissa typer av negativa klausuler (inte minst konkurrensklausuler av olika slag) i högre grad än andra blivit föremål för uppmärksamhet i domstolar och bland skiljedomare än andra. I varje fall är det nödvändigt att ställa sig frågan vad som åsyftas med klausulen, vilken verkan den kan tänkas ha och hur den förhåller sig till olika slags lagstiftning som kan aktualiseras i sammanhanget.

De olika klausuler som återfinns i en lånedokumentation syftar alla på ett eller annat sätt till att minimera den risk en långivare löper att ett lån inte återbetalas i enlighet med kreditvillkoren. Det är således av yttersta vikt för kreditgivaren, att han har rimlig (tillräcklig?) säkerhet, men också att han har viss insyn i och kontroll över låntagarens verksamhet, som också kan leda till inskränkningar i låntagarens dispositionsrätt över denna. Långivningen är förknippad med i första hand långivarens tilltro till kredittagarens återbetalningsförmåga antingen generellt eller med hänsyn till det projekt som de utlånade medlen skall användas till. Det är vanligt, att låneavtal uttryckligen föreskriver, att finansieringen inte får användas för annat ändamål än det som specifikt angivits. De finansiella säkerheterna tjänar till att ge långivaren en buf-

21. Värdet av de negativa klausulerna har dock i olika sammanhang ifrågasatts, se t.ex. *Boardman – Crosthwait*, *Wither the negative pledge*. I /1986/ 3 *Journal of International Banking Law (JIBL)* s. 162 ff.

fert så att den finansiella risk han löper minimeras och därutöver tjänar de olika klausuler som förekommer i lånedokumentationen till att ge långivaren en inblick i och viss kontroll över låntagarens verksamhet, så att åtgärder skall kunna vidtas ifall denna verksamhet börjar gå mindre bra.²² Det är då också viktigt att komma ihåg, att långivarens möjligheter att vidta motåtgärder i sådana situationer inskränks till att säga upp lånet och ev. sätta låntagaren i konkurs, vilket ofta skulle medföra att stora delar av krediten inte kommer att kunna återbetalas.

Negativa klausuler i finansiella avtal skall på motsvarande sätt tjäna till att i sammantaget minimera långivarens finansiella risk, men spørgsmålet blir naturligen hur de avtalade klausulerna skyddar borgenären. Har de negativa klausulerna på något sätt en självständig roll på det sättet att de ger borgenären en reell säkerhet? Är det bara från belastningssynpunkt en sådan klausul har betydelse eller kan den också innebära en skyldighet att bevara värdet i gäldsförmögenheten? Frågan kan m.a.o. ställas vilken verkan en negativ klausul kan få i det enskilda fallet. Utgör klausulen ett verktyg som ger borgenären rätt att agera på ett särskilt sätt? Vilken skillnad medför utformningen av dessa klausulstyper ifall de generellt föreskriver, att LG skall ha samma prioritet som andra kreditgivare (*pari passu*- klausuler²³), jämfört med sådana klausuler där bestämmelsen uttalar att LT eller garantisten lovar att inte utan godkännande från kreditgivaren lämna säkerhet till senare kreditgivare resp. lovar att, i den mån finansiell säkerhet skulle lämnas till annan kreditgivare (dvs. LG 2) även LG 1 skall ha rätt till „liknande“, „likvärdig“, „motsvarande“ eller specificerad säkerhet, dvs varierande utformningar av klausulen med delvis olika element. Det kan således vara fråga om allt ifrån ett negativt åtagande att inte lämna säkerhet till ett åtagande som innefattar negativa förpliktelser jämte vissa positiva löften.

Såvitt jag känner till finns det inga svenska avgöranden med avseende på innebörden av negativklausuler i finansiella dokument²⁴, och

22. Samtidigt som kreditgivare önskar insyn i och inflytande över en låntagares verksamhet, så att han därmed skall ha bättre kontroll över verksamhetens utvecklingen och låntagarens möjlighet att återbetala lånet, kan det dock vara viktigt för kreditgivaren att hålla sig så långt borta från verksamheten att han inte förknippas med låntagarens affärsaktiviteter och därmed ur ansvarssynpunkt blir „smittad“.

23. Härom se i svensk rätt bl.a. *Lindskog*, Om efterställningsvillkor. I Svensk Juristtidning (SvJT) 1992 s. 609 ff och Sv JT 1993 s. 358 ff.

24. *Hellner*, Nobelutredningen. Några reflexioner. I JT 1992/93 s. 729 ff., där förf. på s. 733 f. har kommenterat bruket av och den speciella utformningen av en s.k. konsolideringsgaranti.

även i anglo-amerikansk rättspraxis är antalet fall tämligen ringa. I tysk rätt har frågan belysts i några rättsfall.²⁵ Detta skulle kunna tyda på att användningen av negativa klausuler inte är särskilt kontroversiell, utan att det finns en förståelse för hur långt negativa klausulers rättsverkan sträcker sig. Å andra sidan skulle situationen snarare kunna tydas så, att klausultypen knappast motsvarar de krav på precision som ofta krävs vid avfattandet av avtalsbestämmelser, och att det därför krävs speciella förhållanden för att man skulle finna anledning att testa gränsen för deras rättsverkningar.

I den juridiska doktrinen finner man frågan berörd dels i allmän sakrättslig litteratur, dels i särskild bankrättslig litteratur. Så är förhållandet exempelvis i svensk rätt, men det skall väl sägas, att frågan om bruket av negativa klausuler i finansiella avtal utöver Bertil Bylunds artikel inte diskuterats i någon större omfattning.²⁶ I dansk rätt berörs spørsmålet på liknande sätt i allmänna sak- och krediträttsliga framställningar. Bernard Gomard har på olika ställen i sin *Obligationsret* diskuterat frågan.²⁷ I engelsk bankrättslig litteratur förekommer diskussion av „negative pledges“ eller „negative covenants“²⁸ och i tysk rätt finns bl. a. en monografi samt några mindre artiklar.²⁹

3.2. Exempel på klausuler

Som ovan nämnts förekommer de företeelser som här diskuteras under rubriken „*pari passu*“-klausuler, „negative covenants“ och „negative pledges“. De negativa åtagandena kan som sagt variera, men som jag uppfattat förhållandena utgör en „negative pledge“ en särskild typ av „negative covenant“.

Från ett låneavtal underkastat engelsk rätt kan följande exempel på negativklausuler citeras. Det är som synes fråga om en bestämmelse i

25. Så exempelvis *Monatsschrift für deutsches Recht* 1966 s. 756 ff. (BGH, dom av den 18.4 1966).

26. Utöver i de i not 1 ovan nämnda verken se exempelvis *Rodhe*, *Handbok i sakrätt*, Lund 1985 s. 485 och s. 619 f. och dens., *Obligationsrätt*, Lund 1956 s. 164 ff.

27. *Gomard*, *Obligationsret*, 1. del, 2. uppl. 1989 s. 22 och 108, 3. del, 1 uppl. S. 82. Frågan har även uppmärksamats hos *Lynge Andersen & Werlauff*, *Finans & kredit*, København 1992, s. 95, 117, 139 och 231.

28. Se exempelvis *Wood*, *International loans, bonds and securities regulation*, London 1995, p. 31 ff. och *Cranston*, *Principles of banking law* s. 342 ff.

29. *Merkel*, *Die Negativklausel*, 1985, *Kümpel*, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln 1995 s. 648 ff samt *Harris*, *Die Negativklausel. Kreditsicherung durch rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen oder aufschiebende bedingte Belastungsverpflichtungen*. I *Wertpapiermitteilungen* 1978 s. 1146 ff.

Negativa förpliktelser i finansiella avtal

ett låneavtal, där lånet avser viss specificerad verksamhet, där låntagaren har begränsad rörelse, och där låntagarens moderbolag ställt upp med garantier till förmån för bankerna med avseende på dotterbolagets lån och där långivaren velat ha tämligen långtgående överinseende över hur verksamheten bedrivs. Denna typ av klausul förefaller vara tämligen normal i denna typ av avtal dock med olika individuella avvikelser beroende på omständigheterna³⁰, och i många fall är bestämmelserna mera långtgående.

„The /Borrower/ hereby covenants and undertakes with the Agent and the Banks and with each of them severally that throughout the Security Period:

.....

it will not at any time without the prior written consent of the Agent agree to any amendment to or variation in the terms of.....;

it will not without the prior written consent of the Agent /which shall not be unreasonably withheld/ : –

- a (save and except as envisaged in this Agreement) create, assume or permit to exist any Security Interest whatsoever upon any of its property or other assets, real or hereafter acquired, tangible or intangible, whether now owned or hereafter acquired, other than any ...in the ordinary course of ...;
- b assume, guarantee or endorse or otherwise become or remain liable in connection with any obligation of any person, firm, company or other entity ...;
- c authorize or accept any capital commitments...;
- d except ... for Financial Indebtedness owed to any of the Parent Guarantors or the Shareholders and being subject of the Subordination Deed, incur or agree to incur or otherwise become liable in respect of any expenditure or financial commitment;
- e engage in or undertake any other business or activity than.....
- f dissolve or consolidate with, or merge into any other corporation, or merge any other corporation into itself or acquire or form any subsidiary, or
- g make any payment of principal or interest to any of the Parent Guarantors

30. Klausulen finns i ett avtal där flera banker är långivare och där således en av bankerna framstår som „agent“ bank. Beträffande syndikerade lån se bl.a. *Gabriel*, Legal aspects of syndicated loans. London 1986. *Wood* ger i *International bonds* s. 34 exempel på utformningen av en negativ klausul och vad den syftar till: „The borrower will not create or permit to exist any securities on its assets or those of its subsidiaries.“

or Shareholders in respect of any loans or loan capital made available to it....“

Som synes innefattar det negativa åtagandet flera olika omständigheter, varav i föreliggande artikel huvudsakligen förhållandena i punkt (i) (och möjligen i någon del vad som avhandlas i punkt (ii)) diskuteras. Den nyss citerade klausulen innehåller i första hand ett åtagande varigenom gäldenären gentemot borgenären (borgenärerna) förpliktar sig att inte belasta eller avyttra förmögenhetsvärde³¹ (dvs. förfogandeinskränkning). Denna klausultyp kan utformas på lite olika sätt och innehålla något olika element, men utgångspunkten är att gäldenären lovar att inte företa vissa åtgärder. Sådana klausuler är också vanliga i „letters of comfort“. Vid sidan av denna typ av „negative covenant“ finns emellertid också en variant som i engelsk rätt ibland benämns „affirmative“, varigenom gäldenären lovar att till LG lämna en annan likvärdig, sakrättsligt skyddad säkerhet, ifall en annan borgenär skulle erhålla en sådan säkerhet, dock utan att i bestämmelsen närmare preciseras när en sådan säkerhetskompensation skall ges.

Skillnaden mellan de båda klausulerna är att den förra endast innehåller det negativa elementet, nämligen löftet att inte vidta vissa åtgärder medan den senare därutöver innehåller det affirmativa elementet i förhållande till LG. Den frågan kan naturligtvis uppkomma hur resp. klausul skall tolkas och tillämpas i olika situationer. Den yttersta konsekvensen är att ett brott mot bestämmelsen innebär en „event of default“ som kan leda till uppsägning av lånet (och därmed genom de s.k. „cross default“-klausuler som regelbundet förekommer i lånedokumentation som är underkastad engelsk eller amerikansk rätt även kan leda till uppsägning av andra lån³².

Utgångspunkten förefaller vara, att negativklausulerna sällan används i förhållande till en privatperson, och att deras förekomst och utformning i låneavtalet till stor del beror på relationen mellan den enskilde borgenären och den enskilde gäldenären. Såvitt jag vet kan de förekomma vid olika slags kreditgivning både vid generella krediter av stor omfattning och mindre, specialdestinerade krediter.

31. Härvid måste dock ihågkommas, att ifall låntagaren belastat egendom men samtidigt ett lån ställts till hans disposition så har ju egentligen ingen förmögenhetspåverkan skett, så länge som de lånade medlen används i rörelsen på ett för verksamheten ändamålsenligt sätt. På så vis är det i en sådan situation frågan om att det finns balans.

32. Se bl. a. *Buchheit of Cleary*, How to negotiate cross-default clauses. I *International Financial Law* 1993 s. 27 ff.

Jag skall nedan kortfattat belysa några av de frågeställningar som kan uppkomma när det gäller finansiella negativklausuler, dels när det gäller den avtalsrättsliga och obligationsrättsliga betydelsen, dels när det gäller vissa sakrättsliga frågeställningar.

3.3. Finansiella negativklausuler i svensk rätt

3.3.1 Allmänt

Wood anger följande skäl för användningen av negativ klausuler:

„ – Security (e.g. floating charge) granted by the borrower to another creditor effectively subordinates the bank's unsecured loan and leaves no assets for the bank as unsecured creditor: it destroys the credit analysis which assumes *pari passu* payment. This is especially important if the borrower is in difficulties when it can only raise credit on security which is the very time the bank wishes to ensure its ranks *pari passu*.

...

– It enhances equality between creditors.

...

– It operates as an indirect control on the incurring of excessive liabilities (but a specific borrowing restriction is more effective).

...

– In secured transactions, it prevents problems caused by a second mortgagee...

In government loans, it controls the allocation of foreign reserves (currency, bullion, investments) to another creditor.³³

Skilnaden i utformningen av de olika klausultyperna leder till frågan om de har olika obligationsrättsliga resp. sakrättsliga verkningar, men först och främst om de överhuvudtaget har några effekter. Inte minst bör de effekter som kan knytas till avvikelserna från den aktuella klausulen undersökas något. En typ ålägger LT „att inte vidta vissa åtgärder“, medan en annan förklarar att LT „har en skyldighet att vidta en åtgärd, varigenom LG 1 sätts i samma situation som rådde, innan LT gentemot LG 2 företog en handling som var i strid med avtalet med LG 1“, dvs mera precist LT har i strid med det första låneavtalet ställt säkerhet till senare kreditgivare. En bestämmelse av den senare typen kan dock, som nämnts, nyanseras på olika sätt, antingen så att LG 1 skall ha rätt att begära säkerhet („specificerad“ eller „motsvarande“) eller att sådan säkerhet skall erbjudas osv. Vilka konsekvenser kan knytas till ett brott mot den förra resp. den senare typen av bestäm-

33. Law and practice of international finance, s. 34.

melse? Skall man se vissa typer av negativklausuler som en klausul som påminner om hembudsskyldighet i vissa avtal eller om vissa typer av optionsavtal.³⁴ De bär onekligen spår av samma mekanism och funktionssätt, även om här diskuterade spörsmål har ett lite annat syfte. Skulle en negativ klausul kunna anses ha någon omedelbar sakrättslig verkan? Kan en avvikelse leda till rätt för LG 1 att kräva förbud för LT att lämna ut säkerheten till LG 2 eller för LG 1 att kräva, att säkerheten i stället av LG 2 skall överlämnas till LG 1? Kan en avvikelse från kontraktsbestämmelserna vara skadestandsgrundande? Skulle den senare typen av bestämmelse kunna leda till att LG 1 kan kräva att få ut en motsvarande säkerhet som LG 2 erhållit? Gör det i så fall någon skillnad om gäldenärens ekonomi är god eller om han vid tillfället har finansiella problem? Har gäldenärens goda tro någon betydelse i sammanhanget? Kan ett sådant brott mot avtalsbestämmelsen leda till att LG har rätt att säga upp lånet till återbetalning utan att det i avtalet finns en uttrycklig „event of default“-bestämmelse? Givetvis kan parterna förhandla och den vägen ev. komma fram till en mellan dem godtagbar lösning. Det är dock säkerligen en förutsättning att parterna vid en sådan avtalslösning inte träder andra borgenärs rättigheter för när. I en sådan situation sätter de återvinningsregler som finns i samband med konkurs en gräns. Beträffande den senare typen av bestämmelse tillkommer spörsmålet om LG skulle kunna begära domstols hjälp för att utverka att en motsvarande säkerhet verkligen ställs. Vidare uppkommer i sådana fall problemet att bestämma vad som skall innefattas i „likvärdig säkerhet“ samt vad som händer ifall inte någon likvärdig säkerhet finns att tillgå. Skulle LG 2 i stället kunna tvingas avstå den säkerhet (eller del därav), som han erhållit av LT, till LG 1? Om inte detta kan ske vilka möjligheter står då LG 1 till buds i förhållande till LT, LG 2 resp. i förhållande till andra borgenärer?

Jag skall nedan försöka något belysa en del av dessa spörsmål. Det är alltså frågan om att försöka bedöma betydelsen och effekten av olika typer av negativklausuler.

3.3.2 Sakrättsliga och kontraktsrättsliga konsekvenser

I svenska låneavtal i förhållande till konsumenter används, såvitt jag

34. Såväl hembudsfrågor som optionsavtal förekommer i olika sammanhang, när det gäller aktiebolag se t.ex. *Sandström*, Hembud och lösningsrätt vid övergång av aktie. Lund 1976 och vad gäller optionsavtal i finansiella sammanhang fr.a. *Johansson*, Options- och terminsavtal. Stockholm 1998 s. 28 ff. Se även *Hellner*, Kommersiell avtalsrätt 4. uppl. Stockholm 1993 s. 40.

Negativa förpliktelser i finansiella avtal

vet, inte negativa förpliktelser; däremot förekommer de tämligen ofta i olika kommersiella finansieringsavtal av såväl större som mindre omfattning, ibland som komplettering av ibland som substitut för andra finansiella säkerheter. Detta hänger åtminstone delvis samman med att den svenska Bankrörelselagen i 2:13 uttryckligen stadgar, att bank endast i undantagsfall får lämna kredit utan att betryggande säkerhet ställs för lånet. De vanliga formerna av säkerhet är som bekant pant (inkl. hypotek) och borgen:

„Kredit får beviljas endast om låntagaren på goda grunder kan förväntas fullgöra låneförbindelsen. Dessutom krävs betryggande säkerhet i fast eller lös egendom eller i form av borgen. Banken får dock avstå från sådan säkerhet om den kan anses obehövlig eller om det annars föreligger särskilda skäl att avstå från säkerhet.“

Nuvarande förmånsrättslag (1970:979) anger vilka rättigheter som ger förmånsrätt i samband med LT's konkurs. Lagen skiljer mellan allmänna och särskilda förmånsrätter, där de särskilda förmånsrätterna ger företräde till betalning ur viss egendom medan de allmänna förmånsrätterna har viss företrädesrätt i all egendom i konkursboet.³⁵

Det är endast de rättigheter som uttryckligen nämns i lagtexten som är förknippade med förmånsrätt i gäldenärs konkurs. Parter kan ej fritt avtala om exempelvis tillskapande av en negativ klausul som därmed skulle bli att anse som en med förmånsrätt förknippad säkerhet. Svensk rätt har som bekant en restriktiv syn på tillskapande av nya sakrätter och på tillämpningen av sakrättsligt skydd i olika sammanhang.³⁶

Man kan då fråga sig vilka möjligheter som skulle kunna stå till buds.

En utgångspunkt i svensk rätt kan uttryckas med JR Sjögrens uttalande i NJA 1910 s. 220:

„Det anses såsom en allmän rättsgrundsats, att varje sakrätt måste vara knuten vid en individuellt bestämd sak.“ Denna princip anses innebära, att sakrättsligt skydd knyts till individuellt bestämd och identifierad sak. När det gäller återtagandeförbehåll konstaterar Rodhe också, att instiftande bör ske senast vid avtalet, innebärande att man inte i efterhand skall kunna tillskapa ett återtagandeförbehåll, som ger

35. Se också lagforslaget SOU 1999:1, där förändringar föreslås i förmånsrättsordningen. En av de mest kontroversiella frågorna rör företagshypoteket som föreslås bli ändrat till företagsinteckning och som allmän förmånsrätt i st.f. speciell förmånsrätt föreslås få säkerhet i hälften av de tillgångar som återstår sedan andra prioriterade fått sitt.

36. Detta framgår bl.a. hos Rodhe, Handbok i sakrätt, Lund 1985.

sakrättsligt skydd.³⁷ På motsvarande sätt krävs för att en pantsättning skall vara sakrättsligt skyddad, att den skedde genom tradition (i vissa fall denuntiation och vid hypotek genom registrering) i varje fall före konkursutbrottet (i så god tid före pantsättarens konkurs, att återvinningsreglerna inte kan bli tillämpliga). Även om de företeelser som här nämnts är av olika slag är grundprincipen relativt klar. Med utgångspunkt från negativklausuler finns vissa omständigheter, som talar för att de, även om de är obligationsrättsligt giltiga sannolikt har ett ytterst begränsat sakrättsligt värde i svensk rätt. Det finns vid negativklausuler ingen särskilt konkretiserad egendom som säkerhet för LG1's krav, säkerhetsegendomen är normalt inte traderad och ofta inte ens identifierad.³⁸ Samtidigt vilar negativklausulen ofta över all LT's egendom.

Om nu LG 2 har fått säkerhet i egendom som LT överlämnat som säkerhet till LG 2 för ett senare beviljat och utgivet lån, så uppkommer frågan vilken ställning LG 1 då har gentemot LG2 beträffande denna egendom, i de fall egendomen på ett oprecist eller precist sätt förknippats med en negativ klausul i relation till LG 1. Kan LG 1 på något sätt bli delaktig i säkerheten? Kan LG1 erhålla liknande säkerhet? Kan LG 1 kräva att blir rangordnad före LG 2 och i så fall på vilka grunder? Det blir således fråga om ett antal olika spörsmål, där olika överväganden kan dra i olika riktningar. I sammanhanget kan också hänsyn tas till möjligheten att skapa andrahandspantsättning.

Negativklausulerna förekommer sålunda i olika sammanhang och kan ha olika utformning, vilket gör att de omständigheter under vilka de kan aktualiseras varierar. Det är frågan om dels det obligationsrättsliga förhållandet mellan avtalsparterna, dvs klausulens rättsverkan mellan parterna, dels det sakrättsliga förhållandet i första hand mellan LG 1 och LG 2 resp. mellan LG 1 och LT's resp. LG 2's borgenärer. Finns det någon möjlighet att registrera ett negativt åtagande, varigenom information om förhållandet tydliggörs? I vad mån spelar god och ond tro annars någon roll i det här sammanhanget? Vid vilket tillfälle måste den goda tron föreligga för att den skall ha någon verkan, i den mån den överhuvudtaget har någon verkan. Gör det då någon skillnad, om LG 2 klargjort för LG 1, att den kredit som diskuteras i det senare skedet endast kan bli aktuell ifall den begärda säkerheten ställs? Hur kan reglerna om godtrosvärv resp. återvinningsreglerna tillämpas i hithörande situationer?

37. Handbok, s. 185.

38. Se bl.a. den diskussion som förs hos *Rodbe*, Handbok s. 485 och s. 618 ff.

De frågor som aktualiseras rör betydelsen av ond/god tro, möjligheten att tillskapa ny säkerhet, möjlighet och rätt att förhindra att ny säkerhet tillskapas resp. att sådan utlämnas till LG 2, rätt för den fördelade LG 1 att säga upp ett lån resp. att kräva ersättning för liden skada.

Man finner då ett antal situationer där olika frågor kan aktualiseras. Dels berörs relationen mellan LG 1 och LT dels också relationen mellan LG 1 och LG 2. Om negativklausulen endast föreskriver, att låntagaren inte får ställa någon pant till andra kreditorer, så innebär den knappast något sakrättsligt skyddande värde för LG 1. Däremot medför åtagandet en belastning på all löftesgivarens (dvs LT's) egendom i den meningen att om ett avtalsbrott skulle leda till skada för vilken LG 1 är ersättningsberättigad, så kan ett krav riktas mot LT generellt. I en annan situation finns en negativ klausul till vilken dock även knutits ett löfte att LT, i den mån säkerhet lämnas till annan kreditgivare också skall ställa samma egendom till LG 1's disposition. De förhållanden, som då kan uppkomma, påminner starkt om de tvesalasituationer, som i olika sammanhang diskuterats i den sakrättsliga doktrinen. I det tredje fallet är situationen likartad men LT skall här i stället ställa annan motsvarande säkerhet till LG 1's disposition.

Om LT skulle bryta mot klausulen (oavsett om den endast är negativ eller även „affirmative“) kan detta i och för sig vara att se som ett ersättningsgrundande kontraktsbrott. Åtminstone i ett första skede kan det dock vara svårt att bestämma den skada som uppstått, om LT's ekonomiska situation för tillfället är god. I avsaknad av en uttrycklig „event of default“-bestämmelse som anger att ett brott mot bestämmelsen är uppsägningsgrundande, uppkommer frågan om ett brott mot en negativbestämmelse principiellt kan anses vara uppsägningsgrund, eller om ett sådant kontraktsbrott inte skulle anses vara tillräckligt väsentligt och därför inte vara uppsägningsgrundande.³⁹ Enligt min bedömning är ett brott mot en negativklausul ett kontraktsbrott av den karaktären att det är uppsägningsgrundande (om man så vill väsentligt per se). Om lånekontraktet innehåller sedvanliga „cross default-bestämmelser“, som innebär, att banken vid en „event of default“ (dvs bl.a. brott mot en negativförpliktelse) även har rätt att säga upp andra lån med samma låntagare, eller att andra banker kan ha rätt att

39. I svensk rätt har frågan om uppsägning av låneavtal behandlats bl.a. av *Bergström*, Om hävning av penninglån vid låntagarens dröjsmål. I Festskrift till Knut Rodhe. Stockholm 1976 s. 21 ff.

säga upp sina resp. låneavtal med LT torde detta vara den praktiskt mest förödande konsekvensen för LT. Denna senare företeelse förefaller dock vara mer allmänt förekommande i anglo-amerikanskt influerade internationella låneavtal än i låneavtal som rör den svenska marknaden. Cross default-bestämmelser återfinns emellertid även i svenska låneavtal.

Beträffande frågan om sakrättsligt skydd är den svenska inställningen (liksom f.ö. många andra rättsordningars) inte speciellt flexibel. Utöver i lag eller möjligen i rättspraxis etablerade sakrätter anses möjligheten att avtalsvägen skapa sakrättsligt skydd vara begränsad.⁴⁰ En negativ klausul kan med den utgångspunkten inte i sig innebära att LG har någon finansiell säkerhet. I en konkurssituation kan en LG därmed inte åberopa en negativklausul som säkerhet i förhållande till annan borgenär. Den enligt avtalet berättigade får därmed inte tillgång till eller rätt att förfoga över det avtalade objektet, varken fysiskt eller ekonomiskt.

Frågan kan dock bli, i de fall att det i avtalet finns en „affirmative“ klausul, om LG kan kräva „uppfyllelse“ av LT's skyldighet att ställa till LG's förfogande en „likvärdig“ säkerhet, om en annan borgenär skulle erhålla säkerhet i den av klausulen omnämnda egendomen.

Sannolikt finns det principiella möjligheter dock med beaktande av återvinningsreglerna i konkurslagstiftningen att kräva att domstol tilldömer LG en „likvärdig“ säkerhet.⁴¹ Frågan är emellertid i vad mån kravet på precision och identifikation beträffande den berörda egendomen utgör ett nödvändigt moment för att möjliggöra naturaprestation. Om likvärdig säkerhet inte identifierats uppstår det problemet att någon måste bestämma vad som kan anses vara likvärdigt och hur den likvärdiga egendomen skall värderas. Det förefaller orimligt att en domstol skulle kunna göra den bedömningen utan något klarläggande avtal på denna punkt. Hur skall man bestämma vad som är likvärdig

40. I den svenska juridiska doktrinen diskuterar bl.a. *Håstad*, Sakrätt avseende lös egendom, bl.a. på s. 12 frågan om det statiska och dynamiska skyddet i sakrättsligt sammanhang och *Rodbe* nämner i Sakrätt s. XX motsvarande företeelser. Andra rättssystem kan inom begränsade ramar ge större utrymme för avtalsvis skapat tredjemansskydd i olika situationer.

41. *Olsen*, Borgenärens val vid kontraktsbrott, Stockholm 1997, behandlar i sin studie, såvitt jag kunnat se inte exakt denna fråga i relation till negativklausuler, men att döma av de principiella spörsmål hon diskuterar på 63 ff. bör det vara möjligt att kunna kräva naturafullgörelse, dock givetvis endast med hänsyn tagen till återvinningsbestämmelserna.

säkerhet? Kan LG kräva att få peka ut en viss säkerhet? Är det i stället LT som ska kunna peka ut en säkerhet? Skulle en domstol kunna gå in och bestämma att en viss säkerhet bör kunna avropas? Dessa skäl gör att det är svårt att tänka sig en situation där LG 1 verkligen skulle ha en möjlighet att kunna av domstol utkräva en „likvärdig säkerhet“, ifall denna inte i förväg bestämts.

Skulle då LG 1 med hjälp av den klausul som gäller i relationen mellan honom och LT kunna begära att LG 2 avstår från en del av sin säkerhet till förmån för LG 1? Spelar i så fall LG 2's onda eller god tro någon roll? Om LG 2, då säkerheten ställs, inte känner till eller bort känna till att det finns en negativ förpliktelse till förmån för LG 1 kan jag inte se någon möjlighet för LG 1 att göra gällande del i LG 2's säkerhet. Men ifall LG 2 är fullt medveten om att LG 1 betingat sig och erhållit en negativ förpliktelse från LT är då situationen annorlunda? Kan då LG 2 tvingas att avstå från sin säkerhet eller tvingas att dela med sig av den säkerhet han erhållit? Skulle han alternativt kunna bli skadeståndsskyldig gentemot LG 1? Med gällande svenska ersättningsrättsliga regler är möjligheten för LG 1 att få skadestånd utom kontrakt begränsade, men en gradvis förändrad rättsutveckling är inte utesluten. Någon kontraktuell relation synes inte finnas och det ligger knappast nära till hands att i ett sådant fall skapa en kvasikontraktuell relation, och det kan knappast heller föreligga omständigheter som skulle kunna föranleda tillämpning av principerna för obehörig vinst. Common law skulle möjligen kunna medge skadestånd p.gr.a. LG 2's „interference“ beträffande kontraktrelationen mellan LG 1 och LT, men någon sådan möjlighet torde f.n. endast finnas i begränsad omfattning i svensk rätt. Om LG 2 är i ond tro finns sannolikt vissa, om än begränsade, möjligheter för LG 1 att framtvunga ett avstående från säkerheten/del av säkerheten av LG 2 till förmån för LG 1. Vi har slutligen den situationen, att LG 2 visserligen känner till LT's negativa förpliktelse men samtidigt klargör för LT, att en förutsättning för det senare lånet är att säkerhet ställs. Skall man då kunna lasta LG 2 för att inte någon kontakt tagits med LG 1? Vem bör under sådana omständigheter bära risken för utebliven information? Att LT i och för sig har en informationsskyldighet gentemot LG 1 är ställt utom allt tvivel, och av flera olika skäl (bl.a. banksekretesskäl) förefaller det olämpligt att i en sådan situation skapa en informationsplikt från LG 1 gentemot LG 2.

Brott mot en negativ förpliktelse ger emellertid även i svensk rätt i vanliga fall LG 1 rätten att förklara LT i „default“ och säga upp krediten till omedelbar återbetalning. Detta är dock en klen tröst i de situa-

tioner där LT har en svag ekonomisk situation. En uppsägning av lånet under sådana omständigheter innebär, att risken för LT's omedelbara konkurs blir överhängande, varvid dock skulle kunna finnas en möjlighet för tillämpning av ett rekonstruktionsförfarande, vilket ofta i bästa fall är en begränsad tröst.

3.4. *Finansiella negativklausuler i anglo-amerikansk rätt*

3.4.1. *Allmänt när det gäller common law*

I common law är som bekant utgångspunkten att skadestånd och ev. hävning är de naturliga konsekvenserna av kontraktsbrott. Möjligheten till „specific performance“ har utvecklats i „equity“ och är tämligen begränsad. Equity-regler kan på olika sätt få betydelse i samband med negativa klausuler.

För att skapa finansiell säkerhet finns även i engelsk rätt panträtter av olika slag, dels sådan som skapas genom tradition av lös egendom dels sådan som skapas genom registreringsförfarande. De krav som i common law brukar ställas på att det skall finnas en fungerande finansiell säkerhet är att egendomen skall vara identifierad, anvisad och godkänd av båda parter.

Såväl pant som hypotek kan svara mot dessa krav och kan därmed vara godtagbara som finansiella säkerheter. När det gäller egendom som från början inte identifierats faller ett väsentligt rekvisit bort, och då kan med stor sannolikhet inte egendom som aktualiseras som säkerhet fungera som säkerhet från det tidigare skedet. Naturligtvis kan man i ett senare skede skapa en säkerhet genom att uppfylla de rättsliga krav som ställs, men problem uppkommer då ifall det inte längre finns förutsättningar för att ställa säkerhet genom den tilltänkta egendomen. I detta avseende finns det praktiska likheter mellan svensk rätt och engelsk rätt. Egendom som först i ett senare skede aktualiseras som säkerhet uppfyller inte de krav som enligt common law ställs, och den utpekade egendomen kan då av olika skäl komma att betraktas som oanvändbar som säkerhet. Detta är ju vanligen fallet med negativa finansiella klausuler, som därför ofta kanske inte ger det skydd som borgenären tänkt sig. Det är också en i engelsk doktrin vanligt förekommande uppfattning, att negativa finansiella klausuler av denna typ inte ger något särskilt gott skydd.⁴²

42. Se exempelvis *Maxton*, Negative pledges and equitable principles. I *Journal of business law*, 1993 s. 458. Uppmärksammas bör dock att kravet på avskiljning numera är mindre långtgående i engelsk rätt.

Även om rätt till „specific performance“ inom vissa ramar medges i „equity“ innebär inte detta automatiskt, att „negative covenants“ skulle kunna medföra att obligationsrättsliga åtaganden i betydande omfattning kan transformeras till „sakrättsligt“skyddade rättigheter. Under vissa omständigheter skulle måhända ett negativt åtagande, åtminstone om den är parad med ett positivt åtagande kunna leda till en rätt för LG 1 att erhålla säkerhet. Möjligen skulle härvid LG 1 genom en s.k. „injunction“ kunna avkräva LT säkerhet. Det krävs dock, att LG kan visa, att det finns risk att LT kommer att bryta mot den negativa förpliktelsen. För att injunction skall medges i detta sammanhang krävs dock, att LG kan visa, att han inte får tillräckligt skydd genom skadestånd, något som ofta torde vara vanskligt.⁴³

3.4.2. *Negativklausuler i engelsk och amerikansk rätt*

Wood diskuterar generellt konstruktionen av negativklausuler och hur de förhåller sig till andra finansiella säkerheter.⁴⁴ Den diskussion som förs av *Cranston*⁴⁵ rör rättsverkningarna av en negativklausul, frågan om de konsekvenser som kreditgivaren kan göra gällande mot låntagaren vid dennes brott mot klausulen, samt frågan om vilka konsekvenser som kan göras gällande mot den tredje man som erhållit säkerhet av låntagaren i strid mot negativbestämmelsen. Här vill jag också citera *Cranston* (angiven sida):

„The discussion focuses on unsecured lending, although jurisdictions such as England which recognize the floating charge, the bank may insert a negative-pledge clause, with the intention of preserving its priority if, say, the borrower grants a later fixed security. Whether this works in practice depends on the registration provisions; the better view in England is that registration of the floating charge with its negative pledge does not constitute notice to the later chargee“ (with reference to *AIB Finance Ltd v. Bank of Scotland /1994/ BCC 184*).

Cranston pekar också på, att de negativa åtaganden kan innehålla väsentligt mera långtgående krav, där även „sale-lease-back“ transaktioner kan förhindras, där försäljningsintäkter kan avskiljas till särskilda konton osv. Det är dock viktigt att hålla i minnet att det är nödvändigt

43. *Cranston*, Principles of banking law, Oxford 1997, s. 344.

44. Law and practice of international bank loans, s. 34 ff.

45. *Cranston* s. 342.

med en balans, på så sätt att försäljningsfrämjande åtgärder hos låntagaren inte bör blockeras genom alltför rigida lånebestämmelser.

Här diskuteras tre olika företeelser delvis motsvarande liknande förhållanden i svensk rätt, nämligen frågan om „injunction“, dvs en möjlighet med rättens hjälp förhindra låntagaren från att utlämna säkerheten till senare låntagare, „specific performance“, dvs möjligheten för LG 1 att få tillgång till säkerhet samt frågan om „automatic security“, dvs en avtalskonstruktion där en säkerhet omedelbart och automatiskt skall uppstå i LT's egendom.

När det gäller „injunction“ är möjligheten att kunna förhindra utlämnandet av säkerheten begränsad, eftersom utgångspunkten är, att det krävs bevisning om att ett skadeståndskrav skulle vara otillräckligt, men samtidigt förefaller möjligheter finnas, och därutöver kan andra åtgärder vidtas.⁴⁶ Vad beträffar „specific performance“ förefaller de principiella möjligheterna finnas att på grund av den diskretionära situationen kunna utkräva finansiell säkerhet, men den praktiska möjligheten kan vara ytterligt begränsad i det att „specific performance“ inte kan ges återverkande kraft. Vad slutligen gäller „automatic security“ pekar *Cranston* på att uppfattningarna skiftar något.⁴⁷ Avsikten med denna utformning av negativklausulen med ett „affirmativt“ tillägg är att säkerheten skall anses vara uppkommen i samma ögonblick som brottet mot klausulen inträffar. Problemet har att göra med att vid „automatic security“ är säkerheten villkorad av ett att det sker ett brott mot negativklausulen, och att „equity will not regard as done that which ought to be done, unless there is fresh consideration when the contingency occurs...“⁴⁸ Hursomhelst så är frågan omdiskuterad och eftersom „negative pledges“ inte kan registreras så är deras värde tämligen begränsat ur långivarsynpunkt.

Slutligen bör några ord nämnas om bankens rätt i förhållande till tredje man, dvs. möjligen för LG 1 att framställa några krav mot LG 2. Även här har tre möjligheter utkristalliserats. Den första baserar sig på en princip från ett äldre (åtminstone med svenska ögon) rättsfall *De Mattos v. Gibson*⁴⁹, där en slags godtrosprincip fastslogs, som innebär, att en förvärvare som känner till att det finns inskränkningar beträf-

46. *Allan*, Negative pledge lending – dead or alive? I *Cranston & Goode*, Commercial and consumer law. Oxford 1993.

47. S. 345.

48. *Id.* s. 346. *Gabriel*, Syndicated loans s. 65 ff. hyser den mera lättsinniga eller kanske snarare positiva uppfattningen.

49. (1858) 45 ER 108.

fande förfogandet över den egendom som förvärvats, inte har rätt att utnyttja egendomen i strid med denna förfogandeinskränkning. Det anses dock finnas skäl att anta, att domstolar såväl i England som i USA kommer att vara ytterst försiktiga när det gäller att tillämpa principen utanför snäva gränser. Ovan har antagits att doktrinen om „interference with contractual relations“ skulle kunna komma till användning i samband med negativa klausuler.⁵⁰ För att detta skulle vara möjligt krävs dock „knowledge, intention and causation“ med avseende på tredje man. Hur långt en domstol är beredd att ge avkall beträffande dessa rekvisit är ytterst osäkert, men *Cranston* understryker, att „the law will not recognize as a justification for inducing the breach the willingness of the third party to provide finance, just because the borrower needs it“.⁵¹ Den ersättning som skulle kunna krävas torde svara mot LG 1's förlust, vilken i de flesta fall borde svara mot det skadestånd som låntagaren själv skulle kunna bli ansvarig för. Den tredje möjligheten skulle vara något som skulle kunna benämnas en „equitable mortgage“, dvs en säkerhet som av ett slags rättviseskäl skulle kunna fastställas av domstol. I engelsk rätt är denna möjlighet med stor sannolikhet begränsad, men i amerikansk rätt har vissa domstolar tagit några steg i en sådan riktning och konstruerat en slags „equitable lien“. Det finns viss rättspraxis som pekar mot, att negativklausuler ger långivaren panträtt i egendom som i strid mot den negativa klausulen lämnats som säkerhet till annan.⁵² En utvecklingslinje tyder vidare på att ett brott mot en negativ klausul skulle kunna leda till att panträtt uppkommer för LG 1, även om negativklausulen endast är utformad som ett förbud. Det krävs dock i varje fall, att LG 2 är medveten om den negativa klausulen och dess innehåll.⁵³ Någon slutsats beträffande rättsutvecklingen går dock inte att dra, och sannolikt är domstolarna restriktiva när det gäller att tillskapa „equitable liens“ vid negativa klausuler.

LG 1 kan dock enligt amerikansk rättspraxis påräkna skadestånd från LT, som brutit mot en negativ klausul, en ersättningsrätt som

50. Frågan har diskuterats hos *Stone*, Negative pledges and the tort of interference with contractual relations. I /1991/ 8 JIBL 310. Se också *Law Debenture Trust Corporation v. Ural Caspian Oil Corporation* /1995/Ch. 152 (CA).

51. S. 348.

52. *Connecticut Co. v. New York NH & HRR* 107 A 646 (1919) resp. *Coast Bank v. W. J. Minderhout* 392 P 2d 265 (1964). I *Kelly v. Central Hanover Bank & Trust Co.* ändrade appelldomstolen underrättens utslag, vari den engelska uppfattningen följts, 11 F. Supp. 497 (1935) resp. 85 F. 2d 61 (1936).

53. *Prime*, International bonds and certificates of deposits, London 1990.

Lars Gorton

dock kan ha begränsat praktiskt värde. Likaså finns det en möjlighet, och kanske praktiskt något större i amerikanska domstolar, för LG 1 att kräva ersättning av LG 2, ifall den senare i medvetande om att det finns en negativklausul ändå „induces“ LT att lämna säkerhet till sig, detta enligt reglerna om „interference“ i kontraktsrelationer.

4. Avslutande anmärkningar

Det går inte att dra några långtgående slutsatser av rättspraxis och doktrin inom detta speciella område. Det juridiska värdet av negativa klausuler som en finansiell säkerhet är begränsat och svårförutsägbart. Kanske det snarare bör betraktas som finansiell kvasisäkerhet av en typ som påminner om „letters of comfort“, dvs ett arrangemang som tjänar som stöd men där stödet är oförutsägbart. Likheten är dock inte särskilt stor, eftersom negativklausulerna innehåller kontraktuella åtaganden, medan stödbrevet i det avseendet är mera svårbedömt. Båda har dock det gemensamt, att de ligger i ukanten av eller i gränslandet till en säkerhet de ytterst vill skapa. Oberoende av vad svenska HD må tycka därom (beträffande stödbrev se NJA 1995 s. 586) finns det ett kommersiellt behov av båda företeelserna. Det är möjligen också så att de bäst fullgör sina funktioner genom att inte behöva åberopas „strikt“ juridiskt. Detta är också en viktig juridisk funktion.

Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt

Professor, dr. juris Viggo Hagstrøm

1. Bernhard Gomard har i sitt forfatterskap markert en vilje til åpent å erkjenne at en rekke juridiske spørsmål beror på skjønn og vurderinger. Hans linje er imidlertid ikke å vise til „et stemningsbetonet skjønn over at uklart skjønnstema“, men i størst mulig utstrekning å presisere de enkelte skjønnsmomenter. I det følgende skal det drøftes noen problemstillinger i tilknytning til erstatningsutmåling ved mislighold av kontrakt inspirert av bl.a. Gomards betraktninger.

Startpunktet er for så vidt enkelt nok: Som i den alminnelige erstatningsretten skal erstatning ved mislighold fastsettes med utgangspunkt i det konkrete, individuelle tap som den enkelte kreditor er blitt påført, og det skal gis full tapsdekning. Det må følgelig undersøkes hvilke inntekter som er uteblitt, hvilke utgifter som er påløpt, og hvilke tap (herunder av gevinster) som ellers er oppstått direkte eller indirekte ved kontraktsbruddet. Men dette reiser en rekke problemer: Et grunnleggende spørsmål er hva som utgjør et økonomisk tap; dette kan især bli presserende ved mislighold overfor forbrukere (avsnitt 2). Selv om tallstørrelsene mot formodning skulle være klarlagt, vil erstatningskravet måtte gjøres opp pr. domstidspunktet. Den likviditetsfordel som dermed oppstår ved mislighold i langsiktige kontraktsforhold, må det gjøres korreksjon for (avsnitt 3). I en rekke tilfelle vil det imidlertid ikke være klarlagt hvilket tap som foreligger, men dette må fastsettes mer eller mindre skjønnsmessig (avsnitt 4). Gomard fremholder da at „Flere afgørelser viser ... tendens til ikke at sette erstatningen for følgeskader høyere, end tabet med sikkerhed kan antages at have været, jfr. således vistnok UfR 1968.298 H. Kravene til sandsyndligheden af, at kreditor har lidt et tab og af tabets størrelse, lempes efter omstændighederne, hvis debtors skyld er åbenbar eller grov, jfr. f.eks. UfR 1978.237 Ø og 1994.656 V ... Beviskravet glider over i den materielle regel om adækvans, hvor årsagskæden er lang både i tid og i henseende til antallet af led, og hvor beviset for årsagsforbindelsen bliver stadig mere usikkert. Det stiller sig f.eks., som tiden går, stadig mer tvivl-

somt, i hvilket omfang en konstaterer tilbakegang i kreditors virksomhet skyldes misligholdelsen eller andre faktorer, og om tilbakegangen kunne have undgått ved en mere effektiv innsats i kreditors virksomhet, sml. UfR 1965.43 H (UfR 1965 B.160) ...“.¹

2. Et grunnvilkår for ansvar er at det må foreligge økonomisk tap. Særlig i forbrukerforhold kan grensen mot ikke-økonomisk skade være usikker,² eksempelvis der forbrukeren har foretatt investeringer i ytelser han ikke får den glede av som forventet.

Gomard påpeker i denne forbindelse at „Interessen for kunden i kontrakter om feriereiser, leje af sommerhus eller om ting til privat brug kan værdisættes ved kontraktsprisen, men kundens økonomiske tab ved f.eks. ikke at komme til Capri, men at måtte blive hjemme eller komme til Italien i stedet for Spanien, kan ikke vurderes efter en almindelig målestok. Det må dog efter omstændighederne anses for muligt at fastsætte en skønsmessig erstatning i penge, sml. UfR 1988.72 V ...“.³ Om disse spørsmål fremholder Hellner at „När skadan drabbar egendom som ägaren använder för sitt nöjes skull, kan det ifrågasättas om han lider en ekonomisk skada eller om förlusten bör betraktas som „ideell skada“. Ägaren har på den ena sidan inte haft några extra utgifter, och han har inte förlorat någon inkomster. Han har på den andra sidan gått miste om något som kostar pengar och som såtillvida har ett ekonomisk värde.“⁴ ... „Även vid ren förmögenhetsskada och i kontraktsförhållanden uppstår samma fråga, t ex när en semesterresa inte blir av eller inte kan utnyttjast för sitt ändamål. Vid personsador är erkänt, att utebliven eller förstörd semester medför rätt till skadestånd, och detta reknas också som ekonomisk förlust, inte som ersättning för ideell skada ... Det är skäl att anlägga ett liknande betraktelsesätt vid sakskade (och ren förmögenhetsskada)“.⁵

Uttalelser i Rt. 1992 s. 1469 og de overveielser dommen bygger på forutsetter en ganske vid forståelse av hva som skal anses som en økonomisk skade.

1. Bernhard Gomard: Obligationsret 2. del, København 1995, s. 190 f.
2. Se allikevel Rt. 1972 s. 1171 der et boligbyggelag for å oppnå lån i Husbanken bevisst hadde oppgitt en for lav byggepris til banken og medlemmene. Medlemmenes erstatningskrav ble allikevel ikke tatt til følge; de kunne ikke på kontraktsmessig grunnlag kreve å få boligene til under selvkost, og kunne ikke godtgjøre å ha lidt et tap.
3. Gomard: Obligationsret 2. del. s. 181 note 56.
4. Jan Hellner: Skadeståndsrätt, 5. uppl. Stockholm 1995, s. 423.
5. Jan Hellner: Skadeståndsrätt, 4. uppl., Stockholm 1985, s. 314.

Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt

Saken gjaldt spørsmålet om kravet om økonomisk tap i skadeserstatningslovens § 4-1 utelukket erstatning for utgifter til leiebil til fritidsformål, der det måtte anses naturlig og rimelig å avverge følgene av skade på egen bil ved leie. Høyesterett uttalte at „Å angi hva som ligger i „økonomisk tap“ i relasjon til skadeserstatningsloven § 4-1, er ikke enkelt, og jeg vil ikke forsøke det. Foreliggende sak dreier seg om skade på en bil som ikke har ervervsmessig tilknytning.

Selskapet tar utgangspunkt i at ferie og fritid er interesser av ikke-økonomisk art. Dette synspunkt er jeg for så vidt enig i, men sett i relasjon til det saken dreier seg om, mener jeg at selskapet anlegger en for snever synsvinkel når den ut fra dette trekker den konklusjon at det ikke oppstår erstatningsbetingende tap dersom en bil skades og dermed for en periode ikke kan benyttes i dagliglivet og til ferier. Det må også ses hen til at bilen vil være anskaffet for å dekke behov som for bileieren er så vesentlige at han har pådratt seg betydelige økonomiske byrder for å dekke dem. Med den utbredelse bruk av privatbil har i dagens samfunn, må det kunne legges til grunn at det dreier seg om en meget alminnelig vurdering av verdien av å få tilfredsstillet disse behov. Krav om erstatning for leiebilutgifter kan ses som et krav om å få dekket sine utgifter for å opprettholde den mulighet til bruk av bil som det var investert i, og som avbrytes ved den skadevoldende handling.

I et moderne samfunn vil alle ha utgifter til transportformål. Noen dekker dette som løpende utgifter til offentlige transportmidler m.v., mens andre anskaffer privatbil. Ved bilkjøp vil transportomkostningene til en viss grad være dekket på forhånd gjennom kjøpesummen. Kan bilen ikke brukes, må eieren benytte andre transportmidler. Dersom dette medfører større utgifter enn de variable kostnader ved bruk av bilen, vil eierens samlede transportutgifter bli større enn om skaden ikke var skjedd. Slik jeg ser det, vil det da oppstå et økonomisk tap, uavhengig av formålet med bilbruken. Jeg kan ikke se at slikt tap ikke har erstatningsrettslig vern etter skadeserstatningsloven § 4-1. Spørsmålet i saken er i hvilken utstrekning interessen i bilbruken er vernet ut over dette. Investeringen i privatbil skal ikke bare dekke det rene transportbehov, men også gi eieren et transportmiddel han kan disponere til enhver tid og som regelmessig også forenkler transporten. Etter min mening har også denne interesse i dagens samfunn krav på vern mot skadevoldere, slik at eieren i en viss utstrekning må kunne avbøte virkningen av skade på bilen ved leiebil på skadevolderens ellers hans forsikringsselskaps bekostning“ (s. 1472 f.).

Etter denne dom synes det etter norsk rett å være åpning for en en rommeligere forståelse av hva som utgjør et økonomisk tap. Det kan

ihvertfall ikke være avgjørende at eksempelvis en forbruker ikke har hatt påviselige utgifter eller annet direkte tap. I tråd med disse synspunktene har således Bankklagenemnda i BKN 93027 lagt til grunn at en forbruker har lidt et økonomisk tap dersom det kan antas et ferieopphold i utlandet er blitt vesentlig forringet p.g.a. problemene ved bruk av betalingskort, dog slik at tapets størrelse regulært ikke kan fastsettes høyere enn til reisens kostende.⁶

3. Ved utmålingen av erstatningsansvaret er det et grunnleggende prinsipp at all erstatning skal skje pr. oppgjørs-(doms)tidspunktet. Dette prinsipp ligger til grunn for de utmålingsregler som er lovfestet i skadeserstatningsloven av 13. juni 1969 nr. 26 §§ 3-1 og 3-4 for så vidt gjelder personskader. Ved hevning av en leieavtale p.g.a. leietakers mislighold, innebærer prinsippet at utleieren pr. hevningstidspunktet har et forfalt krav på erstatning, og at erstatningen ikke skal betales løpende i den takt leiekravene ville forfalt. Problemstillingen er særlig kjent fra sjøretten hvor langvarige avtaler om befraktning eller leie av skip ofte forekommer. Som fremholdt av Falkanger er forholdet at „Erstatningskravet forfaller i og med misligholdet, og det betyr at befrakteren får dekket den økonomiske interesse han har av certepartiet på et tidligere tidspunkt enn han normalt skulle ha hatt det. For å korrigere dette, må det foretaes en diskontering av erstatningsbeløpet ...“ (Thor Falkanger: Konsekutive reiser, AfS bd. 8, s. 187). Erstatningen må således diskonteres på samme måte som i deliktserstatningsretten. Siden erstatningsutmålingen normalt gjelder for kortere og oversiktligere perioder enn det som ofte er tilfelle for personskader, vil domstidspunktets rentenivå i større grad være retningsgivende, jfr. Rt. 1998

6. Principles of European Contract Law art. 9.501 (2) litra a gir etter sin ordlyd rett til erstatning også for „non-pecuniary loss“. Som eksempel fremholdes her at „A books a package holiday from B, a travel organisation. The package includes a week in what is described as spacious accomodation in a luxury hotel with excellent cuisine. In fact, the bedroom is cramped and dirty and the food is appalling. A is entitled to recover damages for the inconvenience and loss of enjoyment he has suffered.“ Bestemmelsen er meget uklar. Den kan umulig bare ta sikte på pakkereisetilfellene, der den felleseuropeiske pakkereiseloven § 6-4 tredje ledd, har en tilsvarende bestemmelse. Som alment prinsipp er rekkevidden usikker. Dersom det ikke er meningen i slike tilfelle å gi kompensasjon for annet enn tapet ved en bortkastet reise, er det vanskelig å se at det er noe vunnet ved å kalle dette ikke-økonomisk skade. UNIDROIT Principles art. 7.4.2 (2) har en mer eksplisitt bestemmelse: „Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.“ Kommentaren gir noe fastere holdepunkter for når slik ikke-økonomisk skade skal kunne erstattes: „The rule might find application, in international commerce, in regard to contracts concluded by artists, outstanding sportsmen ...“.

Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt

s. 1980. Premissene i dommen indikerer videre at kreditors avkastningskrav for investeringen er relevant ved fastsettelsen av kapitaliseringsrenten; det vises således til „de krav som stilles til avkastning av forretningseiendommer“ (s. 1987). Dersom den erstatningsberettigede skal oppnå samme økonomiske situasjon som før mislighold, må det forventede tap kapitaliseres med en rente som avspeiler samme risiko. Premissene gir imidlertid ikke holdepunkter for hvorvidt avkastningskravet på 10 % var uttrykk for risikoen knyttet til eiendomsinvesteringer eller var et uttrykk for lønnsomheten.

Diskonterings- eller kapitaliserings spørsmål har stått sentralt i rettspraksis i 1980-årene, ved at man særlig innen personskadesektoren fikk nye utmålingsregler som forutsatte at erstatningen skulle ansettes til det fulle, reelle tap. Dermed ble det nødvendig å finne nåverdien av fremtidige kontantstrømmer. Valget av rentefot har stor praktisk betydning, og i den grunnleggende avgjørelse i Rt. 1981 s. 138 ble renten satt til 6 %. Når kapitaliseringsrenten ble satt såpass mye under markedsrente på avgjørelsestidspunktet, har det sammenheng med at det gjaldt en lang kapitaliseringsperiode hvor renten erfaringsmessig vil svinge. Det ble fremholdt at „domstolene bør være varsomme med for raskt å foreta en vesentlig økning i de kapitaliseringsrenter som gjennomgående hittil har vært nyttet i rettspraksis. Men jeg understreker at også spørsmålet om valg av kapitaliseringsrente må avgjøres konkret, jfr. at det i denne sak er tale om et meget langt tidsrom“ (s. 147 f.). Se også Rt. 1993 s. 1524 og Rt. 1994 s. 557. I personskaderetten synes 5 % rentefot å ha festet seg i utmålingspraksis der det er tale om noe lengre tidsperioder. Standpunktet om at det må finnes frem til en „langtids gjennomsnittrente“ er også inntatt på andre erstatningsområder, eksempelvis for ekspropriasjonserstatning. I plenumsdommen i Rt. 1986 s. 179 ble det både fra flertallet og mindretallet antatt at når det skulle finnes frem til „den sannsynlige rente over en lang periode, må man søke å eliminere de tidsbegrensede svingninger opp og ned ved hjelp av en gjennomsnittsvurdering og komme frem til en langtidsrente“ (s. 187, flertallet), og „Vurderingen må være rettet mot å finne frem til en kapitaliseringsrente som i sine virkninger på lengre sikt kan anses nøktern og forsvarlig – en langtidsrente. Fastleggingen av kapitaliseringsrente forutsetter således at man tar i betraktning den økonomiske utvikling slik den har vært i de senere år og videre en forventet utvikling i en rimelig nær fremtid“ (s. 190, mindretallet). Den underordnede domstols fastsettelse av kapitaliseringsrenten til henholdsvis 6 % for dyrket mark og 3.5 % for skog, ble deretter opphevet og saken ble henvist til ny behandling. De rentesatser som ble fastlagt i rettspraksis i 1980-årene var preget av det stigende rentenivå og av

Viggo Hagstrøm

inflasjonen, som ikke var ubetydelig. Både flertallet og mindretallet i plenumsdommen i Rt. 1986 s. 179 ga uttrykk for at datidens rentesatser var inflasjonspåvirket.

4. Rettspraksis viser at domstolene ved fastleggelsen av erstatningen går meget konkret til verks (eksempelvis Rt. 1983 s. 342, Rt. 1982 s. 1357, Rt. 1967 s. 1059, Rt. 1958 s. 591, Rt. 1939 s. 474), slik at erstatning ikke utmåles som normaltap o.l. I tråd med alminnelige regler om bevis har kreditor bevisbyrden for tapet og dets omfang.⁷ Skadesituasjonen kan imidlertid skape en presumsjon for at tap er lidt, jfr. Rt. 1924 s. 653.

Revisor hadde feilaktig påpekt differanser i regnskapene i et apotek, slik at provisoren ble utsatt for mistanke om misligheter. Spørsmålet var om de oppståtte ryktene påførte ham et økonomisk tap. Høyesterett uttalte at :„Jeg skal medgi, at det bevismateriel, som her er fremlagt under saken, ikke er sterkt. Jeg mener dog at maatte gaa ut fra, at skade er lidt, idet det maa ha en naturlig formodning for sig, at saadanne rykter som dem det her gjælder maa skade en mands som herr Scheel økonomisk. Det er vistnok ikke oplyst, at han har søkt om nogen stilling ved apotek efterat ha forladt Jernbanetorvets apotek, men det er paa det rene, at han driver en privat forretning, og jeg maa anse det sandsynlig, at denne ikke har kunnet undgaa at berøres skadelig ved rykter som de her omtalte“ (s. 656).

UNIDROIT Principles art. 7.4.3 har utfyllende regler om utmålings-spørsmål. I art. 7.4.3 (1) heter det at „Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty“. Dette er i tråd med overvektsprinsippet etter norsk rett. Videre fastslår art. 7.4.3 (2) at „Compensation may be due for the loss of a chance in propotion to the probability of its occurrence.“ Som eksempel angis at „A entrusts a file to B, an express delivery company, in response to an invitation to submit tenders for the construction of an airport. B undertakes to deliver the file before the closing date for tenders but delivers it after that date and A’s application is refused. The amount of compensation will depend upon the degree of probability of A’s tender having been accepted and calls for a comparison of it with the applications which were admitted for consideration. The

7. Ved avbruddstap for forretninger kan det således tas utgangspunkt i historiske omsetningstall, jfr. Rt. 1954 s. 833.

compensation will therefore be calculated as a proportion of the profit which A might have made.“ Det som kjennetegner dette proporsjonalitetsprinsippet er at overvektsprinsippet forlates, og at det gis erstatning for tap av en sjanse proporsjonalt med muligheten for at sjansen hadde materialisert seg. Prinsippet kan ikke oppfattes som et motstykke til overvektsprinsippet; det er selve muligheten – som er et faktum – for å lykkes, som verdsettes som et aktivum. Dersom sannsynlighetsovervekt kan etableres, må det kunne kreves full erstatning.

Selv om UNIDROIT Principles først og fremst skal regulere grensoverskridende kontrakter, kan anbefalingene ha betydning også for norsk rett, særlig i de ikke sjeldent forekommende tilfelle der løsningen etter norsk rett er usikker. UNIDROIT Principles er i betydelige deler en generalisering av reglene i CISG. Her er særlig å fremholde at i motsetning til andre stater valgte Norge å gjennomføre konvensjonen ved transformasjon, og å gi i utgangspunktet identiske regler for internasjonale og nasjonale kjøp. Siden Norge er forpliktet til konvensjon-sautonom fortolkning, jfr. kjøpsloven § 88 og CISG art. 7 (1), og siden det er gitt en og samme lovtekst både for nasjonale og internasjonale kjøp, betyr dette at materiale knyttet til konvensjonen må ha betydning også for fortolkningen av reglene for nasjonale kjøp. Det kan nemlig ikke legges til grunn at regler knyttet til samme lovtekst *systematisk* må fastlegges ved helt forskjellige rettskilder. En viktig byggesten for UNIDROIT Principles er således regler som er direkte gjennomført i norsk rett og som har vært forbilde for den nyere lovgivning på kontraktsrettens område. Som kjent har kjøpsloven vært forbilde for etterfølgende kontraktslovgivning, ikke bare ved at enkeltregler er videreført i såpass forskjelligartede lover som avhendingsloven,⁸ håndverkertjenesteloven,⁹ bustadoppføringsloven¹⁰ og husleieloven,¹¹ men også ved at kjøpslovens forarbeider i større eldre mindre utstrekning har vært referansepunkt eller direkte er inkorporert i den annen lovs forarbeider. Dette lovgivningsarbeid må få betydning for utformingen av norsk alminnelig obligasjonsrett. Den kvalitet som kjennetegner UNIDROIT Principles, tilsier videre at de bør tillegges atskillig vekt. Dette støttes av hensynet til harmonisering av norsk rett med en internasjonal kontraktsrett.

8. Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93.

9. Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere av 16. juni 1989 nr. 63.

10. Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni 1997 nr. 43.

11. Lov om husleieavtaler av 26. mars 1999 nr. 17.

Viggo Hagstrøm

Meget kan etter dette tale for at et tilsvarende proporsjonalitetsprinsipp ved sjansetap må gjelde også etter norsk rett.¹² Rt. 1930 s. 685 synes å bygge på et slikt prinsipp: I skipsbyggingskontrakter som var beregnet på videre overdragelse, hadde verkstedet forpliktet seg til å betale medkontrahenten 2 % provisjon av skipets pris, som skulle utbetales ved skipenes levering. Verkstedet gjorde seg skyldig i mislighold, og innehaveren av kontrakten hevet rettmessig. Han ble ansett berettiget til provisjon fra verkstedet, men ikke med de kontraktsfestede 2 %, idet det ved fastsettelsen av provisjonen måtte tas i betraktning at det var usikkerhet knyttet til om kontraktsinnehaveren ville vært istand til å oppfylle sin del av forpliktelsene. Høyesterett uttalte at „Likesom kravet som en selvfølge ikke kan anerkjennes, naar det er helt paa det rene at kontrakten vilde bli uopfyldt, selv om intet rettsbrudd hadde funnet sted, synes det berettiget at slutte, at hvis det maa sies at foreligge en begrunnet tvil om at kontrakten vilde blitt opfyldt skjønt intet rettsbrudd var begaatt, faar provisjonskravet begrenses til det som det maa ansees verd eftersom utsiktene til dets opfyllelse i forbindelse med kontrakten var bedre eller slettere paa den tid da kravet forfalt ved annullasjonen som følge av rettsbruddet. Det synes i sig selv at være en rimelig ordning at et provisjonskravs størrelse efter omstendighetene saaledes kan avpasses til en del av det hele kravs paalydende“ (s. 689) Utmålingsprinsippet vil eksempelvis kunne være aktuelt å anvende der mislighold fører til at et selskap ikke kommer med i konkurransen om et marked.

Rt. 1968 s. 572 bygger på beslektede betraktninger. Det var inngått en avtale om leie av to hvalbåter. Under forutsetning av at de to båtene gjorde det „relativt godt“ under fangsten, skulle det betales en tilleggsleie på GBP 5.000. Det var fastsatt et minstekvantum som var avgjørende for om denne tilleggsleien skulle komme til utbetaling. Leietaker la i strid med det forutsatte om fangsten til en „poolfangst“, slik at det ble vanskelig å få et tallmessig riktig bilde av hva hver enkelt båts innsats hadde vært. Høyesterett uttalte at „når avtalens grunnlag og forutsetninger forrykkes slik at den ikke lenger er direkte anvendelig, må den utfylles og dens mening søkes realisert under den situasjon som da oppstår“ (s. 575). Siden leietaker på egen hånd foretok de disposisjoner som ledet til at tallmaterialet sviktet, fant Høyesterett det rimelig at tilleggsleien måtte utgå etter avtalen. Rt. 1970 s. 871 angår også et „sjansetap“ der en håbrandeksportør i strid med en gruppeavtale, foretok

12. Slik Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar, Oslo 1997, s. 820 ff.

Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt

salg utenfor gruppen. Ved fastleggelsen av hvilket tap gruppen var blitt påført, tok Høyesterett utgangspunkt i de salg utbryteren hadde gjennomført, enda disse gjaldt frossenfisk og ikke ferskvare som hadde hatt mange markedsproblemer.

Undertiden er det imidlertid bare mulig å tilveiebringe bevis for at tap er lidt, mens det nøyaktige omfang ikke kan godtgjøres. Omsetningen er eksempelvis bevislig gått ned, men det er uråd å si nøyaktig hvor stor den ville ha vært. I slike tilfelle blir erstatningen fastsatt rent skjønnsmessig (eksempelvis Rt. 1982 s. 394, Rt. 1968 s. 1242), jfr. UNIDROIT Principles art. 7.4.3 (3) som fastslår at „Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.“ Skyldforhold kan få betydning ved en slik skjønnsmessig fastsettelse. Setningen er direkte uttalt i den foran nevnte Rt. 1930 s. 685: „Det vilde ogsaa kunne faa betydning ved bedømmelsen av provisjonskravet, hvis man maatte gaa ut fra at [verftets] kontraktsbrudd hadde vært mere graverende enn man finner at det er, spesielt om hensikten hadde vært at skade“ kontraktsinnehaveren (s. 689). I Rt. 1936 s. 851 uttalte Høyesterett at det var „noget tvilsomt ... hvorvidt det medførte noget økonomiske tap“ at en eneforhandler var fratatt eneforhandlerkontrakten ved illojal konkurranse fra tredjemann, bl.a. fordi virksomheten ikke hadde gitt noe større nettooverskudd. Retten fremholdt allikevel at „Under enhver omstendighet antas den oparbeidede forretning at ha hatt en viss verdi“. Når Høyesterett deretter fant at det kunne „være rimelig at bli staaende ved ... 15 000 kroner“, fremstår erstatningen som overraskende høy. Det er nærliggende å anta at den ansvarliges opptreden har hatt betydning: „At en forretningsmann søker at tilvende sig en annens forretning uten vederlag ved overfor en fabrikk for hvilken denne annen har en kontraktmessig fastslaatt eneforhandlingsrett at fremkomme med usannferdige opplysninger om ham, er en opptreden som efter min mening ikke alene strider mot loven om illojal konkurranse, men ogsaa er rettsstridig efter almindelige retsprinsipper“ (s. 853). I samme retning går Rt. 1936 s. 865 der en bank grovt misligholdt et salg av aksjemajoriteten i en fabrikk: Banken hevdet at kjøperen ikke ville kunne klare å drive virksomheten regningssvarende, men Høyesterett uttalte bare at „dette er det ingen grunn til at tro. Det er ikke rimelig at anta at de fremtredende og branchekyndige forretningsmenn som var med i Christensens konsortium hadde i sinne at la fabrikken gaa konkurs straks de hadde kjøpt den“ (s. 867) og påla en såpass høy erstatning

Viggo Hagstrøm

som kr. 20.000. I Rt. 1928 s. 684 karakteriserte Høyesterett selgerens forhold som „forsætlig“ og det ble tilsynelatende tilkjent en rundssum – som virket rundhåndet – og uten noen inngående vurdering av det lidte tap. Rettspraksis synes således klart å indikere at den skjønnsmessig erstatningsutmåling kan bli høyere dersom det foreligger grovere skyld hos misligholderen. Det kan være usikkert hvorvidt setningen kan sies å være utslag av en bevisregel eller en materiell utmålingsregel.¹³

13. Torsten Iversen: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, København 2000, s. 176 bygger på førstnevnte betraktningssmåte: „Udgangspunktet er og bliver, at spørgsmålene om ansvarspåleggelse og tabsopgørelse ikke har andet med hinanden at gøre, end at det sidste spørgsmål kun bliver aktuelt, dersom det første spørgsmål er besvaret bekræftende. Udgangspunktet kan tåle den modifikation, at den ikke-misligholdende part indrømmes en bevislettelse i tilfælde, hvor den misligholdende part har udvist grov skyld, men kan næppe tåle modifikationer over hele spektret.“

Reforms of Civil Procedure in Scandinavia¹

Professor, jur. dr. Per Henrik Lindblom

1. *The Scandinavian Legal Systems: Private Law and Civil Procedure*

Scandinavian *private* law is much more influenced by Roman, German, or French law, among others, than by English or American law. Nevertheless, the Scandinavian countries belong neither to the continental law system nor to the common law world. Scandinavian private law constitutes a legal family of its own, with five independent and sometimes co-operating siblings, with no forefathers or foremothers alive, and with a few rather distant relatives on the continent. In certain important areas of private law, the Scandinavian family lives rather closely together, to some extent because of a century-long co-operation in the legal field (contracts, commercial law, patent law, etc.). In other areas, (e.g., procedure), there has been no co-operation, and the legal framework and practical solutions in each country differ considerably.

In a restricted sense (contracts, torts, etc.), Scandinavian private law is no doubt seen as a variant of civil law, but procedural law is different. Procedure is, as they would put it far up north in Sweden, „half cow, half goat.“ Just a few of the typical features of civil law procedure are present, whereas some – but certainly not all – of the characteristics of common law procedure are discernible.

In the introduction to the International Encyclopaedia of Comparative Law, M. Cappelletti and B.G. Garth point out² some of the

-
1. This essay in honour of Bernhard Gomard is based on the following articles by the author (no further references will be made): *Group actions and the Role of the Courts*, FORUM Internationale No. 23, Kluwer 1996, „Harmony of the Legal Spheres“, (in *European Review of Private Law* 1997 pp. 11-46, „The Role of the Supreme Courts in Scandinavia“ (in *39 Scandinavian Studies in Law*, Stockholm 2000, p. 325-366), „Chapter 8, Civil and Criminal Procedure“ (in M. Bogdan (ed.), *Swedish Law in the New Millennium*, 2000, p. 201-242) and „Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda“ (in *Svensk Juristtidning* 2000 p. 105-155).
 2. Cappelletti/Garth *op. cit.* p. 5.

Per Henrik Lindblom

characteristics of civil law procedure: the absence of a jury, the tendency to attribute particular importance to documentary evidence, the absence of a trial (*i.e.*, a concentrated „day in court“ that includes the taking of evidence), and the absence of discovery possibilities for the parties. It can be added that in the international debate on civil procedure, the „inquisitorial“ nature of civil law procedure is often contrasted with the „adversarial“ nature of Anglo-American procedure.

All, or most, of these distinctions might be relevant for at least some procedural systems on the European continent; however, Scandinavian procedure provides quite a different picture. For example, documentary evidence in any of the Scandinavian countries does not appear to be given any *particular* importance. There is a jury in (some) criminal cases in Norway and in cases concerning the freedom of the press in Sweden, and the participation of laymen is strong in other cases in Sweden (criminal and family law cases) as well as in Denmark. In England on the other hand, the jury has been abolished in contemporary civil procedure. In both civil and criminal cases in Sweden, an extremely concentrated trial („huvudförhandling“, *main hearing*) built on the requirement of immediacy and the taking of all oral evidence is the norm. To a considerable extent, the same is true in Denmark and Norway and, as of a few years ago, in civil cases in Finland. The structure of the trial and the hearing of witnesses (examination in chief, cross-examination, re-examination) in Scandinavian courts resemble their Anglo-American counterparts, even though the trial and the hearing of witnesses in Sweden, for example, bring to mind not so much an impressive religious ceremony or dramatic commedia del arte performance of the kind you have the chance to enjoy in England or Italy as much as a rather dull board meeting.

All the same, procedure in the Scandinavian countries is commonly classified as (forms of) civil law procedure, although these forms of procedure belong to a group much more distant from the *jus commune* procedure than they are from the other two groups of civil law procedure defined by Cappelletti and Garth. Consequently, there are dramatic differences between Danish, Finnish, Icelandic, Norwegian, and Swedish procedure, on the one hand, and French or Dutch procedure on the other. Austrian and German procedure is closer to, but not identical with, Scandinavian procedure.

The term just used, „Scandinavian procedure,“ must be handled with caution, as there are considerable differences of procedure *within*

the Scandinavian³ family, despite the shared history and geography of these nations. Until 1809, Finland was a part of Sweden; some parts of Sweden once belonged to Denmark; Norway has been a part of the Danish realm; and Iceland co-existed (more or less) with Norway and Denmark until the founding of the independent Icelandic republic in 1944. It also bears repeating that contrary to the situation in private law, there has been no Scandinavian legal co-operation in the law of civil and criminal procedure. Finland and Sweden have a common legal base in the law from 1734, but that law has been replaced in almost every detail. The „new“ Swedish Code of Judicial Procedure (civil *and* criminal) has been in force (and amended several times) since 1948, and important new Finnish rules on court organisation and procedure are just a few years old. The Danish (1916) and Norwegian (1915) codes of procedure do have some common features but cannot, without oversimplifying the matter, be described as varieties of the same system.⁴

This is the general pattern for the actual proceedings, but a warning must be given: what has just been said is an extremely coarse description. It should also be added that the latest reforms seem to have resulted in a reduction of the differences; recent reforms in Finland and ongoing work in Denmark, Norway, and Sweden confirm this suggestion. The fact that Iceland and Norway are not members of the European Union does not exclude a (very slow) approximation of Scandinavian procedure(s) as the most probable evolution during the decades to come. This will be dealt with in sections 3 and 5 *infra*. Before that, a more detailed description of the Swedish development up to the turn of the millennium is presented in section 2. The reform of the supreme courts in Scandinavia is discussed in section 4. The concentration on Sweden in section 2 might perhaps be excused by the fact that both the Danish author (Prof. Werlauff) of another article about the reform of civil procedure in this book in honour of Bernhard Gomard and Bernhard Gomard himself, certainly have much more insight into Danish and Norwegian procedure than their Swedish colleague.

3. In this article the term „Scandinavian“ includes the three „West-Scandinavian“ countries and the two „East-Scandinavian“ ones.

4. The Danish and Swedish codes include civil as well as criminal proceedings, the Norwegian code civil procedure only. Icelandic civil procedure, only dealt with briefly in this article, is regulated in a code from the beginning of the 1990s.

Per Henrik Lindblom

2. *The Swedish Development 1734–2000*

2.1 *Thesis – Antithesis – Synthesis (past, present, future)*

The Swedish reform trends in judicial procedure during the last centuries fit in very well with a dialectical pattern. The *thesis* was the old Code from 1734 (*Äldre Rättegångsbalken*) with no free evaluation of evidence and lots of restrictions in the possibilities of bringing evidence. In civil cases, there was nothing worthy of the name „trial“; the proceedings can be described as a lazy river with lots of meanders and a huge and shallow delta where seafarers and litigants often ran aground. Orality, concentration, and immediacy were words that were almost unheard of. This situation remained practically unchanged until the middle of the last century.

The absolute *anti-thesis* was the „new“ (and basically still valid) Code from 1948, which, like the old one, covers civil as well as criminal proceedings. Except for written depositions from witnesses, no form of evidence was prohibited and the rule of free evaluation of evidence had its definitive breakthrough. To create the best possible conditions for the application of that rule the three principles of orality, immediacy, and concentration were introduced and exercised with utmost stringency in civil as well as criminal cases. In civil cases a sharp distinction was made between pre-trial proceedings and the trial. The judgment could be based only on what had been *orally* presented during a main hearing (*immediacy*), which had to be *concentrated* in order to make it possible for the judge to remember everything that had occurred. If the hearing was interrupted and postponed several times it was necessary to start it all over from the beginning. A passive chairman replaced the old inquisitorial judge. In civil cases the parties were furthermore entrusted with far-reaching possibilities for disposing of the case and the proceedings.

To start with, everyone – except some old fashioned judges – were very proud of the new 1948 Code. However, as time went by some negative voices were heard. The rules were too rigid, the costs for society and the parties too high, courts and judges were not allowed to concentrate on what they primarily should be doing, the unlimited right to appeal seemed to be abused, and the citizens did not have real and equal access to justice and courts in the international meaning of this concept. The legislator had been overdoing it in 1948; the antithesis was an overreaction.

Consequently after 1948, and especially during the last 25 years, the

governing reform trend in civil procedure can be classified as a *synthesis* and described in four words: flexibility, concentration, access to justice, and internationalisation. These trends are probably going to dominate in the near future as well. All this will be shown in sections 2.2–2.5 and 3.4 *infra*.

2.2 *Flexibility*

Since the end of the 1980s the principles of orality, immediateness, and concentration have not been upheld in civil cases with the same unwavering consistency as before. The pre-trial stage can be arranged in writing when that is preferred; the main hearing can be omitted when there is no need for it; the telephone can be used to hear witnesses and so on. The judge has the responsibility for seeing that the case is settled or comes to an end within a reasonable period of time; the principle of party disposition does not hinder the judge from playing an active role within the substantive boundaries drawn up by the parties. Every case shall be managed with regard to its specific needs. This trend towards flexibility still dominates the reform discussions (see further section 3.4 *infra*).

2.3 *Concentration („renodling“)*

There is no English word for the Swedish term *renodling* but „concentration“ comes fairly close to it (in German perhaps „Reinkultivierung“). The term implies *first*, that in order to reduce delay – and certainly to make reductions of state expenses possible – *courts* shall concentrate on what courts are really meant for, namely, litigation in disputed cases. Consequently a lot of administration, (real estate sales, calculation of inheritance taxes, even the summary proceedings for payment of undisputed claims)⁵ have been taken away from the courts to be dealt with elsewhere, for instance by the public and independent Enforcement Service Authority (*Kronofogdemyndigheten*).

Secondly, „renodling“ means that a *judge* shall do what a judge is supposed to do, that is, to act as a chairman and to write the judgment (to judge). In Sweden this means an elaborated reasoning in support of the outcome, including a statement of what has been proved in the case. Consequently the judge should leave the administration and a lot of uncomplicated paper and preparatory work to clerks and non-lawyers at the court.

5. About half a million cases each year.

Per Henrik Lindblom

Third, concentration means that it might be necessary to reduce the number of district courts to create more powerful centralized courts that can be organised in the way just described.⁶ However, efforts to get such a reduction accepted by the members of parliament – especially those living in the areas where the courts are to be closed down – seem to be almost without result so far.

Further the number of *courts of appeal* as well as the number of *cases fully tried a second time* in the appellate courts might be reduced. The courts of appeal shall concentrate on cases worthy of a full re-trial; today a leave to appeal is required in civil cases involving sums up to a value of approximately 35.000 SEK. It has been proposed that a similar leave to appeal should be required in all civil and in the majority of criminal cases. However, so far this reform has not been carried through.

At the top of the system, concentration means that the *Supreme Court*, after reforms in the 1960s and 1990s, accepts, with a few exceptions, only cases of a precedential value (see section 4 *infra*). The idea is that the main point and part of litigation shall rest in the courts in the first instance and that the Supreme Court shall concentrate on precedent building. That will surely be the case in the future as well.

2.4 *Access to Justice*

The *first wave* of the *access to justice* movement – the reduction of *economic* barriers for the parties – swept over Sweden in the 60s and 70s, offering legal aid and economic possibilities to almost everyone (but the rich) to commence proceedings. However, lately, public legal aid in civil cases has to a considerable extent been reduced and replaced (privatised) by private legal expense insurance.

The *second wave* of the access to justice movement concerns the *protection of collective, diffuse and fragmented interests*. Up until now, these kinds of interests have mainly been taken care of in Sweden by public (state and municipal) control (administrative agencies, ombudsmen etc.), special courts (the Labour Court, the Environmental Courts, and the Market Court), special boards and tribunals and other forms of alternative dispute resolution (ADR, see *infra*). A new law gives the Consumer Ombudsman possibilities for acting as proxy for individual consumers in the general courts. A proposal based on an official report (SOU 1994:151, *Grupprättegång*) on the introduction of

6. Today there are 95 district courts and six courts of appeal in Sweden (with a population of eight million people).

group actions – class actions, public actions, and actions by organisations – in the general and special courts will probably be presented in the parliament in 2001.

The *third* wave of the access to justice movement – *alternative dispute resolution (ADR)* – has been of great importance in Sweden for a long time. In cases amenable to out of court settlement, civil courts have been used so rarely that it sometimes seems more appropriate to regard the usage of courts themselves as a kind of ADR! Arbitration is probably the most usual way of handling disputed substantial claims between business people, and an extensive new Act on arbitration was promulgated in 1999. Other forms of ADR, such as public and private boards, mediation, and conciliation, probably account for the main part of the remainder and for the majority of small claims.

2.5 *Internationalisation*

The *international* influence on national Swedish procedure is increasing and does not concern only matters of access to justice in the just-mentioned meaning of the concept. *The European Convention on Human Rights* was recognised by Sweden in 1953 and was incorporated as Swedish law in 1995. Sweden has been subject to the jurisdiction of the European Court of Justice since 1966. Some cases have been brought against Sweden in procedural matters, in civil cases mainly with reference to article 6. The abolishment of the Housing Court in 1994 and amendments in the composition of the rent tribunals can be regarded as a result of the case *Langborger v. Sweden* (Ser. A Vol. No. 155) on the biased composition of the court in some cases.

The notions „access to court“ and the right to „a day in court“ have affected the debate and resulted in some reforms. However, in Sweden „access to court“ is mainly a question for the organisation of administrative courts. The extended right to „administrative review“ may be regarded as a consequence of Sweden’s incorporation of the convention. The right to a fair hearing granted by article 6 of the Convention has not created any problems in Sweden as far as first instance proceedings are concerned. The opposite goes for proceedings in the second instance. The strong interest in a system with review dispensation – in this situation no hearing is required as a consequence of article 6 – is to be seen against this background. The same can be said about the plans (see section 3.4 *infra*) to introduce new forms of „mixed“ civil proceedings in the first and second instance, meeting the demands for a hearing but reducing orality at the same time.

Per Henrik Lindblom

Sweden is a member of the EU. The application of community law by national courts raises new questions and challenges traditional views (e.g., on the principle of party disposition in civil cases). National courts will have to question domestic law; EC law necessitates a new form of judicial review in individual cases in the general courts in Sweden. The fact that civil community law is developing dynamically on a case law basis in the European Court of Justice leaves gaps to fill in national civil procedure as well.

After the Amsterdam Treaty there is no doubt that the EU is competent to legislate in areas affecting national procedural law in civil as well as criminal cases provided *harmonisation of national procedural law* does in fact promote the development of the common market and facilitate the free movement of people. In 1994 „The Storme Commission“ published a proposal for a Directive on harmonisation of certain aspects of civil procedure.⁷ However, the proposal has not affected Swedish civil procedure so far. Reform plans for the future are dealt with in the next section.

3. *Reforms and Reform Plans in Scandinavia and England at the Turn of the Millennium*

3.1 *Denmark*

In its „Mandate on a General Reform of Civil Procedure“ of 19 January 1998, the Danish Ministry of Justice Department of Legislative Affairs directed the Standing Committee on Procedural Law (*Retsplejerådet*) to „pursue a general review of civil procedure“.

The Committee pointed out that several changes have been implemented in recent years aimed at modernizing Danish civil proceedings in relation to the nature of the cases and the changed requirements imposed by social development upon their disposition. Accordingly, a bill was adopted in 1997 on *speedier processing of civil cases*. The express intent is increased use of written depositions rather than an oral pre-trial stage. Greater responsibility is laid upon the courts to employ *active case management* to ensure that matters are not unduly prolonged. A couple of years ago, a committee also proposed a small claims act for disputes involving amounts less than 20,000 Danish kro-

7. See P.H. Lindblom, „Harmony of the legal spheres,“ in *European Review of Private Law* 1997 pp. 11-46.

nor, as well as rules governing summary proceedings for both large and small claims. *Rules of jurisdiction* were also subject to consideration. In addition, the committee prepared a report on transparency in the legal system and improved opportunities for trial coverage by the mass media.

The proposals, like the general reform now being prepared, refer extensively back to a petition (February 1996) from the Danish Bar and Law Society and the Danish Association of Judges, which questioned whether the Danish legal system lives up to reasonable demands for speedy process and good service. The bodies recommend that introduction of a form of *negotiation presenting features similar to private arbitration* be considered.

As the Ministry of Justice is initiating thoughts on a more general reform, it is basing long passages on the petition mentioned, as well as a later document issued by the Association of Judges (September 1996), wherein it was proposed that an initiative be taken towards a general reform of civil proceedings. The document questions whether current procedures meet the *legitimate demands of citizens* for due process. Inadequacies in this respect may have contributed to the recently noted circumstance that the number of civil cases has declined sharply in Denmark – as it has in Finland and Sweden – since the late 1980s. One question is whether legitimate claims are being abandoned because court proceedings are *slow and costly*.

In response, more special boards and similar bodies are being established in order to achieve simpler, less expensive, and speedier resolution of disputes. Studies have shown that those who pursue resolution via the court system find the process *expensive, slow, complicated, and outmoded*.

The directive to the committee in progress mainly restates and refers to the opinions and proposals given by the Association of Judges. In the opinion of the Association, judges, in accordance with the adversarial principle, assume a very reserved position in the process. There may be reason to suggest that judges should play a more active role with respect to their responsibility for ensuring that relevant *questions of law* are brought forward in the individual case and with respect to *formal case management*. The Association is also open to the idea that judges should examine whether the arguments of the parties are plausible at an *earlier stage of the process* than is now the case. Furthermore, more flexible rules of procedure, allowing a choice between different types of processes, with great credence given to the wishes of the

Per Henrik Lindblom

parties, should be considered. New forms of submission of evidence may be included in such a process (e.g., use of the telephone), as well as more use of *written depositions by witnesses and parties*, and more extensive utilization of *new technology*.

Flexibility is enjoined also with respect to the *choice between oral and written elements* in the trial (e.g., in the matter of the presentation of the allegations made by the parties); the requirements of *orality and transparency* in the sense referred to in the Danish Constitution (*Grundloven*) should also be considered. Alternative dispute resolution, including court-supervised mediation, may perhaps also be integrated in the process. The forms in which the rights of citizens to court trial of administrative decisions are fulfilled should be considered, as well as applicable rules on ordinary appeal and court costs. The rules on public legal aid and private legal insurance must be examined.

The *organization of the courts and rules of jurisdiction* should be more precisely aimed at providing for speedy processing and the building of precedent. The directive asserts that centralization and specialization within the court organization may be a viable approach.

Consideration of these aspects should take place in light of the „rising *internationalization* of legal relationships.“ The directives thus request a strengthened Standing Committee on Procedural Law to formulate proposals for amendments to the Code of Civil Procedure, as well as any proposals it may have for new legislation.

The question of introducing *group actions* in Danish law is not mentioned in the directives but is presently discussed in the literature.

3.2 *Finland*

Understandably, official committee work in Finland is not as extensive as in Denmark at the moment. The 1990s in Finland was a decade almost revolutionary in nature with respect to the *organization of the courts* in the first instance, and the disposition of *civil and criminal cases in the first and second instance*. At present, the matter is essentially one of follow-up and evaluation of the reforms implemented in 1993 (organization of the courts and first instance proceedings in civil cases), 1997 (criminal cases) and 1998, (proceedings in the appellate courts).⁸ Roughly speaking, the upheavals may be said to have taken a step away from proceedings in writing pursuant to the Code of Judicial Procedure of 1734 – with countless later amendments – towards a

8. See G. Möller in *Svensk Juristtidning* 1999 pp. 445-452.

system that uses the fundamental precepts (orality, immediacy, and concentration) of the Swedish Code of Judicial Procedure of 1948, with some improvements over Swedish rules.

The directive to the new Finnish committee thus states that its primary task is a follow-up of the reforms.⁹ Many judges and lawyers have criticized the new rules, among other things because the process has become so *costly*.

The committee is now charged with examining how far possibilities should be expanded to *decide civil cases immediately* after the pre-trial stage of the proceedings, thus eliminating both oral pre-trial conferences and the main hearing. The committee should also investigate whether a limitation is justified with respect to the *granting of continuances* during the pre-trial stage. The pivotal elements of the process in civil cases seem frequently to end up in the pre-trial stage rather than in the main hearing, because counsel on both sides fear falling victim to the *far-reaching preclusion* introduced with respect to circumstances and evidence not presented early in the proceedings. The parties and counsel now consider themselves forced to devote so much effort to the requirements during the pre-trial stage that civil proceedings emerges as *excessively lengthy, expensive, and risky*. One asks whether the sharp decline in the number of civil cases is directly related to this; to the outside observer, it seems as if the process threshold has become too high. The fine raiment, required to be allowed to dance in the ballroom, that the oral main hearing has become, is far too costly.

The pre-trial stage should thus be made more *flexible and amenable to the parties*, with greater elements of *written evidence and argument*. The committee has stated also that many *judges are still comparatively passive process managers*, which was not at all the intent of the reforms. Finally, the extent to which the Code of Judicial Procedure should govern non-contentious matters must also be considered.

In 1994 an official committee presented a proposal for the introduction of *group actions* in Finnish courts. The proposal was heavily criticized by industry and has not been subject to legislation so far.

3.3 Norway

A Norwegian committee on civil procedure was recently mandated to

9. Information from the legislative advisor Maarit Vallinen and chief judge Juhani Hirvonen. Judge Hirvonen was highly involved in the legislative process related to the reforms.

Per Henrik Lindblom

submit proposals for a new Code of Civil Procedure to replace that now in effect (*Tvistemålsloven* from 1915) and possibly encompass other procedural regulations now found in separate law. The directive also begins and concludes with certain general guidelines. Of all matters on which the committee is directed to take a position, the Ministry emphasizes the following fourteen points:

1. The judge's responsibility during the pre-trial stage and the main hearing with respect to *case management* and „*the advance and elucidation of the matter in controversy*“. Legally established rules in this respect should be considered.

2. *Influence of the parties on the proceedings*; the committee shall investigate whether the parties should be allowed to choose between various sets of rules and deviate from normal regulations. This should take place to make trial in court a better *alternative to arbitration*.

3. The rules should be evaluated in light of both traditional two-party lawsuits and *multi-party conflicts* lacking a defined defendant, as well as *complex litigation*. The relationship of third parties to the process should be evaluated, *inter alia*, upon court trial of administrative decisions.

4. The committee should investigate whether different rules should apply to *cases that are amenable or not amenable to out of court settlement*, or whether one could instead work with several different rule systems at the discretion of the judge (see point 2). Rules for *simplified trials* should also be studied.

5. The committee should investigate whether it is possible to introduce rules that allow greater opportunity to *decide cases without going through the entire dispute*, as well as the prerequisites for *immediately dismissing* obviously untenable complaints.¹⁰ There should be greater latitude to render *separate judgments* on parts of the dispute.

6. Rules concerning *mediation and conciliation* within and outside the courts should be evaluated.

7. The *rules on dismissals without trying the case on its merits* should be studied, *inter alia*, whether certain fundamental principles concerning legal interest (upon *e.g.*, standing to sue) developed in praxis and doctrine should be established in law and the rules of forum changed, so that, for example, the case could be turned over to the competent

10. Compare with the Swedish rule in the Code of Judicial Procedure, 42:5 section 1 p. 2, where a wise choice has been made allowing the court to ex officio decide the case on the merits („ogilla“) rather than dismiss („avvisa“) the case.

court instead of being dismissed when the suit is brought in the wrong court.

8. The rules on *evidence and submission of evidence* should be evaluated, partly because they have become outmoded due to the advent of *new technology*. The rules on how written evidence shall be presented should be reviewed.

9. Opportunities for expanded use of *modern information technology* for communication between the parties and the court and for the submission of evidence shall be studied.

10. Rules on expanded *legal force (res judicata)* and extended *relief for substantive defects* should be examined.

11. The rules concerning *costs* should be evaluated, including the matter of whether the court should bear costs upon appeal due to procedural errors committed by the court.

12. The alignment of proceedings with *international human rights conventions*, ECHR in particular, shall be investigated, as well as whether it should be possible to effect a separate court decision on the matter of whether a certain circumstance contravenes any such convention.

13. The committee shall investigate whether special rules are needed for disputes that concern international rules by which Norway is bound, for example, in a way that gives the Norwegian state the right to intervene in *disputes concerning the EES treaty*.

14. The rules concerning *arbitration proceedings* should be reviewed so that they are suitable for both major and minor disputes and so that they can also be used by non-lawyers. Furthermore, the matter of publication of arbitral awards should be studied, as well as opportunities to sever one party from an arbitration agreement due to the high costs that generally arise upon such resolutions of disputes.

Particular attention is devoted to rules on *class actions and other forms of group actions* in civil procedure. Reference is made here to the Norwegian parliament's petition to the government in 1995. The committee shall evaluate the need to introduce class actions and review how such rules should be formulated and whether they should be included in the Code of Civil Procedure. Environmental and consumer law are particularly emphasized, along with class actions in connection with suits for damages. Consideration shall be given during the process to developments in other Nordic countries and the European Union.

The committee shall submit its proposals by July 2002.

Per Henrik Lindblom

3.4 Sweden

The Swedish developments until the turn of the millennium have been presented in section 2 *supra*. Presently (March 2000), a *special governmental commission* is reviewing the proceedings in civil and criminal cases in the general courts. The commission is to consider whether the proceedings can be made still more *flexible* – and if possible, *speedier and less expensive* – without neglecting the justifiable requirements for legal security.

It is pointed out in the instructions for the commission that the proceedings should in the future, also, be marked by the principles of *orality, immediacy and concentration*. However, these fundamental principles must be balanced against the demands concerning *procedural economy, practical considerations, and an economical use of the resources of the judicial system and the parties*. The committee is also to consider questions about *evidence* (e.g., an increased use of written depositions from witnesses as well as telephone, telefax, videoconference, and other IT-media).

Special interest is devoted to the idea of (re-)introducing a system of „mixed“ *proceedings with reduced orality* in civil cases. Today, if a hearing is considered to be necessary, a main hearing is the only possible choice and everything that is to be taken into account in the judgment must be brought up during this trial. The commission is to consider if one or several hearings can be concentrated on only those questions and parts of the material where a hearing is meaningful. A general rule that the court should base its judgment not only on what has occurred during a main hearing but on „the contents of the documents and what otherwise has emerged in the case“ might be introduced. This would mean that the *sharp distinction that was established in 1948 between pre-trial proceedings and the trial would be abolished and the principles of orality, immediacy, and concentration applied in a much more flexible way* than before. However, some sceptics (including the author of this essay) doubt the presumed gains in time and money. There is a risk of the paradox that modern „superflex proceedings“ would open up for an old-fashioned procedure, not unlike the one under the old Code of 1734 (*Äldre Rättegångsbalken*, see section 2.1 *supra*).

Thus, the matter of *orality* versus writing is stated as a *core issue*. The now unconditional right of each party to a main hearing when the case is not obviously unfounded is called into question. Furthermore, limitations to the principle of *immediacy* are being considered, so that it shall be possible, for example, to refer to a written summary of the ple-

adings of each party instead of holding an oral presentation of allegations. The directive asserts that there is much to be said for *allowing allegations and evidence, without being presented or read aloud at a meeting*, to a greater extent than is now possible. (The word „meeting“, *sammanträde*, seems to be gaining greater currency at the expense of „main hearing“, *huvudförhandling*). Limitations of this type are considered particularly appropriate when the parties present their case through *legal counsel*.

The committee shall moreover, consider *expanded opportunities to exclude evidence* when it is *unnecessary* or cited for *purposes of delay*. The committee shall also study *greater use of written depositions of witnesses*, particularly in cases where the parties agree to refrain from the immediacy of evidence. Whether the court may be allowed expanded rights to make decisions concerning how the admission of evidence shall be formulated in the individual case should be studied. The new restrictions to the principle of concentration that are to be introduced in connection with the proposals in Ds 1997:7 shall be followed up and evaluated. Finally, the committee shall consider questions surrounding *the framing of judgments and decisions*; it should be possible to limit the written judgment where the court's opinion is not requested. Particular interest should be devoted to the Danish system of „notification“ (*tillkendevivelse*), where the judge (either orally or in writing) informs the parties of the coming decision, including the judgment of course, but usually the essential findings of the court as well, and encourages the parties to settle the case accordingly. If the parties settle in agreement with the „preliminary decision“ the judge no longer needs nor is obligated to write an opinion and the right to appeal is abrogated.¹¹

The Swedish committee shall submit its proposal prior to the end of 2001.

It has been mentioned *supra* (in section 2.4) that a proposal on the introduction of *group actions – class actions, public actions, and actions by organisations* – in the general and special courts will probably be presented in the Swedish parliament in 2001.

11. I have been told that this system is crucial to the function of the Danish judicial system, since there are far fewer judges per capita than in Sweden, which does not allow sufficient time for judges to write complete opinions in all cases. However, I find it difficult to understand what reason the losing party (or his counsel) could have for accepting a settlement in accordance with the „preliminary judgement“ and therewith voluntarily giving up a full judicial opinion (in certain cases) as well as the right to appeal.

3.5 England

It is interesting that a major reform with features resembling those emerging in Scandinavian reform efforts was recently carried out in England and Wales, based upon the *report on Access to Justice presented by Lord Woolf in 1996*.¹² The new rules took effect on 26 April 1999 and essentially entail the following:

The courts and the rules of procedure shall play an active role at an early stage; from having been solely *reactive* to the initiatives of the parties, the courts and the system of rules shall now be *proactive* as well, *hastening advance resolution* of the dispute prior to its having developed fully into trial with a required main hearing, and so forth. This shall be effected, *inter alia*, through the imposition of *cost sanctions* on parties that reject *reasonable settlement offers* prior to the beginning of trial but do not later achieve anything more than what was included in the offer.¹³ In the past, some 95 percent of all civil cases were settled in court; the goal now is for an equal percentage of *settlements to be arranged before proceeding are initiated*. The rule allows the imposition of *personal liability for damages* upon attorneys who reject reasonable settlement offers.¹⁴ *Information* about these rules and *formulae* for the appropriate ways to pursue litigation shall be distributed to the public. (Representation by an attorney or other counsel is no longer mandatory in English trials; individuals have the right to represent themselves, even in superior courts.)

Great emphasis was placed on *costs* in general. In principle, the „English Rule“ has been upheld (*i.e.*, the rule that the losing party shall pay the prevailing party's court costs and attorney's fees). However, it is emphasized that amounts spent on litigation by the parties and the public shall be *proportional* to the dispute. Therefore, litigation costs cannot be charged in *small claims cases* and the intent is to work with fixed remuneration according to a special rate for a particular case category (see below). „*Conditional fees*“ are introduced but shall be controlled by the judge; thus, there has been theoretical acceptance of the

12. *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales By The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls, July 1996*, and the separate and simultaneously submitted „*Draft Civil Proceedings Rules*“.

13. There is a similar rule (Rule 68) found in the Federal Rules of Civil Procedure (United States), see my book *Grupptalan*, 1989, p. 296.

14. The same is true in the United States. See Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure and *supra* in the preceding note, second paragraph.

notion that counsel may have a stake in the outcome of the proceedings through higher compensation if the case is won, as opposed to no compensation should the case be lost. Attorneys are obligated to keep the parties and the court continually *informed about the costs* arising in the process (e.g., „This meeting will cost a total of 1,500 pounds to the losing party“); it has been assumed that this will promote willingness to reach a settlement and inhibit rising costs.

That „real“ („equal“) *access to justice is predicated upon balance between the parties* is emphasized.¹⁵ The judge is obligated to work *actively* to ensure that such a balance is achieved and maintained by *particular consideration of the interests of the weaker party*. For example, in a dispute between an individual car buyer and Volvo, the stronger party may be enjoined to pay the entire cost of disclosure, regardless of which party requested an investigation and regardless of the outcome of the case.¹⁶

Civil cases proceed on *three different tracks*. The first track is designed for *small claims* (i.e., disputes involving amounts less than 5,000 pounds). A decision shall be rendered in twenty-eight days, or for more difficult cases, no more than fifty-six days, and can generally not be appealed. The second „*fast track*“ is for cases involving up to 15,000 pounds. No more than one day of trial is allowed and the decision shall be rendered within thirty weeks. The main rule here is that court costs shall be determined in advance according to a fixed rate. Other disputes proceed along a „*multi-track*“ where attempts are made to adapt the proceedings to the needs of the particular case.

In all respects, the reform aims at *significant reduction of oral elements*. The judge must attempt to distill the dispute down to its essential questions and may limit disclosure and submission of evidence by the parties. The *rules of evidence are simplified* and increased use of *written evidence* is accepted. The rules on less-restricted submission of evidence, like the reduction of orality, became possible because civil cases are no longer tried by *jury* in England.

Clearly, reform efforts concerning proceedings in civil cases in England and the Scandinavian countries share several important elements: greater flexibility, elements of written evidence, centralization, cost reductions, new technology, an active judge, international influence, an

15. See *Grupptalan* (*supra*, note 13) p. 3 ff.

16. Disclosure is C approximately C the British term for discovery, see Lindblom in *Svensk Juristtidning* 1996 p. 820 ff.

Per Henrik Lindblom

interest in group actions and so on. The next section will show that common features and a trend towards greater similarity have also taken place with respect to the position and development of the supreme courts in Denmark, Finland, Norway, and Sweden, although there are no reform efforts in progress within this area at present.

4. *Reform of the Supreme Courts in Scandinavia*

In both the design of the rules for review dispensation in the Supreme Court and in the literature, there has been an increasing concentration on the (intended) *public* purposes – mainly behaviour modification – of the Supreme Court, especially in the East Scandinavian countries; the Finnish and Swedish Supreme Courts can now be labelled „precedential courts.“ The Danish Supreme Court, while moving in the same direction, still shares with the Norwegian and Icelandic Supreme Courts the tendency towards also accepting some cases that have no precedential value but which could contribute to individual justice for the parties in the litigation in question. This purpose is more apparent when the Supreme Court is acting as a court of second instance (as it always does in Iceland and sometimes does in Denmark and Norway).

Courts, including the Supreme Courts, are playing a modest – but important from a qualitative point of view – role in the Scandinavian societies. This is accepted by many and regretted by few. However, the role of courts, including the Supreme Courts, is probably going to expand during the years to come. A claim has also been made that the Scandinavian Supreme Courts are functioning fairly well; no massive or very serious criticism is directed toward the Supreme Courts. This does not mean, however, that judges and legislators can sit back in the Ministry of Justice or Parliament and contentedly claim that everything is all right.

The situation in the Supreme Courts is certainly better today (at least in East Scandinavia) than it was a decade ago, but there is still room for improvement. Of course, the Supreme Court justices are not responsible if the rules regulating their activity lead to an abuse of time. They are not to blame if precedents are lacking in certain areas of law, at least not if the reason for this is that very few cases are taken to the first instance courts and fewer still to the Supreme Court. They are to blame, however, if they know that abuses and „dysfunctions“ are common and if they keep silent instead of initiating serious debate

about getting the chance to create the precedents needed in society. The same can be said for academics and lawyers taking part in litigation or otherwise interested in the role of courts in society. Legislators are unlikely to undertake legal reforms of this nature without the insistence of those directly involved in the process. It is the responsibility of the Ministry of Justice to respond to such an activity and to initiate the investigations and necessary reforms.

Such a discussion has taken place in the Scandinavian countries,¹⁷ and some reform measures have already been pursued, while others are under consideration. The most common problems have been overload, delayed justice, delayed guidance, and lack of precedents in certain areas. The problem of case overload has, to an extraordinary extent, been solved in the East Scandinavian countries, and today, some people in Sweden are saying that there is a problem of case „underload.“ There has also been criticism that the resources of the Supreme Courts are not concentrated on the guidance function as much as they should be.

The critique of the misuse (by the State) of resources, lack of precedents, and delayed justice, overload and underload, and so on, is, to some extent, silenced through reform measures and, to some extent, still valid. The situation in Sweden nicely illustrates the problems discussed. It might be of general interest to present a short summary of the internal Swedish debate and the suggested reforms.

An official report (SOU 1986:1 „*Högsta domstolen och rättsbildningen*“) presented fifteen years ago, although still of interest and discussed in Sweden, established that the Swedish reform of 1971, which stressed the precedent function of the Supreme Court, is well in line with international development.¹⁸ Precedents are increasingly playing an important role as a complement to legislation. Precedents contribute to uniformity and the realisation of substantive law. Clarity is gained, and at the same time, economic savings are obtained by facilitating future legal decisions. The commission claims that a lack of precedents gives the stronger party (in a pre-procedural situation) an extra advantage at the expense of the weaker party, which contributes to contracts being written in an unclear way and to increased costs. If the-

17. For an extensive and interesting discussion about the Supreme Court in Denmark, see T. Jensen, *Højesteret og Retsplejen*, Kbhvn 1999.

18. See P. Yessiou-Faltsi (ed.) *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level, Reports for the Thessaloniki International Colloquium 21-25 May 1997*.

re is a good precedent, on the other hand, a fair agreement can be reached and future conflicts and litigation can be avoided.

However, according to the commission, certain areas of the law lack precedents, especially in private law, and it takes too much time to reach the Supreme Court and a final decision when a court action is initiated. The problem can be dealt with in at least three ways: (1) more efficient use of the resources for the Supreme Court, (2) new methods of bringing cases to the Supreme Court, and (3) an increase in personal and economic resources.

The commission's proposals can be described as a two-tiered ladder. The first step is to „unload“ the Supreme Court by taking away irrelevant tasks and ensuring a better use of available resources. The second step is to load on more precedent-related cases. This can be done by opening up new ways to the Supreme Court and by finding new avenues to deal with the cases. At present, the Ministry of Justice and the Supreme Court are still on the first step. The upper Courts have been unburdened of „irrelevant“ tasks (and still more reductions are presently being discussed concerning the courts of appeal). It remains to direct more precedential cases to the Supreme Court, however. The number of Supreme Court justices in Sweden has been reduced from 24 to 18, while the resources set free by reducing the task load are directed elsewhere.

There is insufficient room in this article to present details of the reforms contributing to unloading. Suffice it to say that the decisions concerning review dispensation are today normally the task of one Supreme Court justice instead of two or three, as was previously the case. (Before the reform, nearly half the working time of the Swedish Supreme Court justices was spent on this kind of decision!) Further, it is no longer possible to try to get review dispensation for some questions of minor importance without a special decision from the Court of Appeal (there is no minimum value limit, however). The probability that the parties will reach an agreement to restrict actual or future litigation to just one instance has been increased. The Supreme Court is free to give priority to cases when they can serve as a basis for precedents about important legal questions (regardless of value) in those areas of law where the Supreme Court finds it warranted. The ability of the Supreme Court to limit its activities to a specific part of the judgement or order to which the appeal relates has been increased. The concept of „precedential questions“ has been introduced in order to make it possible to concentrate on questions of a precedential character without any rigid adherence to the distinction between questions of fact and

questions of law. Applications for extraordinary appeal have to be decided by the Supreme Court only if they concern decisions made by the courts of appeal.

Some proposals presented in the commission's report, and elsewhere, highlight how to increase the number of precedents. Of basic importance (and emphasised *supra*) is that there is no self-starter for civil litigation in either the lower instances or the Supreme Court; consequently, it is necessary to improve access to justice and to provide inducements for private persons to commence proceedings when this is desirable from a public point of view. It is enough here to refer to the international debate on access to justice. There is still much to be done in this field in order to, among other things, increase the number of precedents concerning the protection of diffuse, collective, and fragmented interests in, for example, consumer law, environmental law, and mass torts.

In some areas of private law, the lack of precedents is largely dependent on the inclination of parties to use arbitration and other forms of alternative dispute resolution instead of ordinary court proceedings. White spots on the precedential map are found and should be explored in certain areas of commercial law. However, if the Supreme Courts wish to enter into this territory, they will have to compete in the areas of speed (a one-instance system), efficiency, flexible procedures, expertise, and discretion (non-publicity). The principle of publicity, however, is probably impossible to give up in the Scandinavian countries, and if the precedents were kept secret, not much would be gained as far as guidance is concerned!

Flexibility and efficiency, on the other hand, have been improved considerably during the last decade, but much remains to be done. In order to reduce the court system's competitive disadvantage as far as speed is concerned, and thus attract more cases of a precedential nature, the total abolishment of the courts of appeal would be a drastic but perhaps effective way to go.

A bold proposal is to make it possible for certain public and private bodies and organisations, and perhaps for private citizens as well, to ask the Supreme Court for guidance in abstract questions of law of a precedential character without any connection to a pending case. Of course, this raises difficult questions about the role of the Supreme Court and judicial lawmaking, but the proposal does not lack official support and has also gained interest among members of the Supreme Court in Sweden and in Finland.

Per Henrik Lindblom

One way to increase the total *guiding* effect of the Supreme Court judgements is to request that the Supreme Court not only presents its judgements in a discursive and fully explanatory way but also tries to formulate general principles, *obiter dicta*, and so forth. In this way, the precedents would become relevant on a broader basis and not as easily distinguishable, as is otherwise the case. In Sweden, some people are of the opinion that the Supreme Court has very cautiously moved in this direction during the last decade. In Finland, the Supreme Court was criticised ten years ago for intruding upon the power of the legislator in this (and other) ways.

It was mentioned *supra* that the „unloading“ of the Swedish Supreme Court has been successful since it has been possible to reduce the number of Supreme Court justices from 24 to 18 in a few years. It can be questioned, however, whether this is proof of success. The number of precedents has not increased, and the time for a case to reach final judgement in the Supreme Court is about the same as before. There are reasons to believe that if the organisation to prepare the cases for the Supreme Court were reformed and made more efficient, the number of precedents would be increased and the time to produce them decreased. If some of the proposals discussed *supra* come to fruition, it might well be that the number of Supreme Court justices should be restored to 24.

The opinion of the author of this article is that the public purposes of litigation – behaviour modification at the general level – must be recognised and accepted openly. This is done when a Supreme Court gives priority to guidance and concentrates on precedent building. The Swedish and Finnish Supreme Courts are precedent courts, and there does not seem to be any *serious* shortcomings in their ability to achieve the intended purposes. Still, there are good grounds and ideas for future reforms. The West Scandinavian Supreme Courts are split in their fulfilment of a private and a public purpose. It is hard for a spectator from another country to judge their success or failure. A fair guess might be, however, that these courts, the Danish one sooner, the Icelandic and Norwegian ones later, will follow the international trend toward a priority of the public precedent function and thereby come even closer to their twin brothers in the east than they already are.

5. *Harmonization of Scandinavian Civil Procedure?*

As seen, Scandinavian developments and current reform efforts have

many common features. There has been convergence of the supreme courts with respect to main orientation and working methods; proceedings in civil cases are becoming more similar in lower instances as well. This leveling is (thus far) not a result of efforts towards harmonization within the European Union, but is rather more likely an expression of natural adaptation of the process of social development and new technology to the closely related Scandinavian countries. Harmonization is also a natural consequence of globalization.

Without repeating the details, one may sum things up by stating that the trend in all four countries is towards increasing flexibility through imposing restrictions on the fundamental principles of orality, immediacy, and immediacy of evidence, as well as concentration with respect to the main hearing and the process as a whole.¹⁸ Efforts are being made to limit costs to the court and the parties, efficiency requirements are a more or less visible screen over all reform measures.¹⁹ Reform measures are striving to achieve greater freedom of choice for both the judge and the parties concerning the shaping of the process in individual cases. They are also striving towards an increasingly active judiciary, expressed *inter alia* through strong formal and substantive case management. Furthermore, there is a desire to make more extensive use of new technology and to ensure that civil procedures meet the requirements of international conventions, and so forth. Group actions is the subject of a more or less heated debate in all four countries.²⁰ Sweden seems to be in the lead in this field but no legislation has been enacted so far.

The impression sketched out at the beginning of this essay is still valid. Scandinavian civil procedure looks like a family snapshot: three beautiful West Scandinavian sisters with two East Scandinavian brothers alongside. The brothers have been living apart for quite a long time now, but with Finland dressed up in new clothes the picture reveals they are probably twins. The West Scandinavian sisters are of different ages and sizes, but there is no doubt they are sisters. One hopes the family will meet more frequently in the future.

18. However, one should keep in mind that these principles do not have precisely the same meaning in all the Scandinavian countries.

19. With respect to efficiency, see the Swedish budget and finance bill. 1998/99:1, Expenditure Area 4, p. 68 ff.

20. For a comparative review about group actions in civil procedure, see Basedow, Hopt, Kötz, Baetge (ed.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, Tübingen 1999.

Per Henrik Lindblom

With a deft and caring hand, Bernhard Gomard has substantially contributed to the good upbringing of the sister closest to him. As proceduralists, we all have reason to jealously hope that his deep interest in other fields of law will not prevent his continued active involvement in the development of civil procedure in Scandinavia.

Fogedforbud og compensation ved immaterialretskrænkelser

*Professor Peter Møgelvang-Hansen og lektor, ph.d.
Thomas Riis*

1. Lovbestemte enerettigheder

Mens immaterialrettigheder i engelsk og amerikansk ret beskrives som „intellectual property rights“,¹ anvendes i den danske doktrin betegnelsen „lovbestemte enerettigheder“. Det kan anføres mere eller mindre vægtige argumenter for begge betegnelser. Betegnelserne og den heraf afledte terminologi anvendes „som om der ind imellem den betingede kendsgerning (retsfaktum) og den betingede retsfølge opstår noget, en fordring, en rettighed, der ligesom et mellemkommende vehikel eller kausalt bindeled befordrer en virkning eller begrunder en retsfølge.“² Som påpeget af *Alf Ross* er dette ikke tilfældet. Ikke desto mindre tjener terminologien til at skabe overskuelighed over et kompliceret regelsæt og har herved en vigtig fremstillingsteknisk funktion. Som fremstillingsteknisk hjælpemiddel er det vigtigt, at betegnelserne anvendes på en konsistent måde – det vil sige om ensartede relationer mellem retsfaktum og retsfølge – og i øvrigt er dækkende for rettighedernes nærmere karakter.

Ifølge den almindelige sproglige forståelse er det vel nok vigtigste kendetegn ved en „eneret“,³ at rettens indehaver kan forhindre andre i at disponere i strid med retten. På immaterialrettens område vil det sige, at rettighedshaveren kan forhindre andre i at disponere over rettens genstand. Når denne tankegang relateres til beføjelser ved immaterialretskrænkelser, må anvendelse af enerets/property rule-terminologien skabe en forventning om, at rettighedshaveren kan få nedlagt et forbud mod krænkende handlinger, så snart krænkelser eller overhængende trussel om krænkelser er konstateret.

Denne forventning indfries i vidt omfang af retsplejelovens regler

1. „Ejendomsrets“-terminologien anvendes tillige i fransk ret og har i et vis omfang vundet indpas i EU-retten. Betegnelsen „intellektuel ejendomsret“ anvendes således i forskellige EU-retlige dokumenter.
2. Jf. *Alf Ross*: „Tû-Tû“ i *Festskrift til Henry Ussing*, 1951, s. 475.
3. Se f.eks. *Mogens Koktvedgaard*: *Immaterialretspositioner*, 1965, s. 6 ff.

om fogedforbud. På immaterialrettens område er det da også den almindelige opfattelse, at reglerne om fogedforbud er og bør være det primære retshåndshævnelsesmiddel i rettighedshavernes arsenal.⁴

Nedlæggelse af fogedforbud er ensbetydende med, at en bestående undladelsespligt præciseres og konkret indskræpes den forpligtede, der i tilfælde af overtrædelse af fogedforbudet kan straffes med bøde eller hæfte og idømmes erstatning, jf. § 651. Desuden skal fogedretten efter anmodning yde den berettigede bistand til forbudets overholdelse, herunder forhindre, at det overtrædes, og tilintetgøre, hvad der er foretaget i strid med forbudet, jf. § 645, stk. 1. Som fogedforbudsreglerne er udformet og anvendes, understøtter de i vid udstrækning immaterialrettighedernes karakter af enerettigheder.⁵

Dette viser sig nok klartest i den måde, hvorpå retsplejelovens § 642, nr. 3, og 643, stk. 1, praktiseres i sager om immaterialretskrænkelser. Efter førstnævnte bestemmelse forudsætter fogedforbud, at det godtgøres eller sandsynliggøres, „at formålet vil forspildes, såfremt rekvirenten henvises til at gøre sin ret gældende ved almindelig rettergang“, og efter sidstnævnte bestemmelse kan fogedforbud ikke nedlægges, „når det skønnes, at lovens almindelige regler om straf og erstatning og eventuelt en af rekviritus tilbudt sikkerhed, yder rekvirenten et tilstrækkeligt værn“. I praksis synes disse begrænsninger ikke at have nogen synderlig praktisk betydning, når det drejer sig om nedlæggelse af fogedforbud mod overtrædelser af de immaterialretlige love. Disse indeholder alle bestemmelser om straf og erstatning, men bestemmelserne antages altså ikke at medføre et sådant tilstrækkeligt stærkt sanktionspres, at de normalt kan afholde potentielle krænkere fra at foretage de pågældende handlinger.⁶ Dette hænger antagelig i første række sammen med, at uenigheden mellem parterne i praksis typisk angår spørgsmålet om, hvor-

4. I forarbejderne til 1988-revisionen af retsplejelovens regler om fogedforbud hedder det: „Justitsministeriet er enig i, at forbudet i almindelighed vil være et subsidiært retsmiddel. Det bør dog understreges, at adgangen til fogedforbud kan være den primære retsbeskyttelse over for krænkelse af visse rettigheder, eksempelvis immaterialrettigheder, hvor muligheden for straf eller erstatning oftest ikke yder et tilstrækkeligt værn.“ Jf. FT 1988-89, Till. A, sp. 276 f.

5. Som et prægnant eksempel kan nævnes *Fm 1993.102/2 V*, hvor der var nedlagt fogedforbud mod en lokalradios udsendelse af musik, hvortil rettighederne blev varetaget af KODA. Efter at lokalradioen havde overtrådt fogedforbudet, blev sendelejningen afbrudt, idet dette var den eneste effektive måde, hvorved offentlig fremførelse kunne undgås.

6. Jf. *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret*, 5. udg., 1999, s. 394 samt note 4 (ovenfor) med citat af forarbejderne. Muligheden for, at en af rekviritus tilbudt sikkerhedsstillelse kan afværge fogedforbud, synes kun at kunne have selvstændig prak-

vidt den pågældende handling, som ønskes forbudsbelagt, indebærer en krænkelse af rekvirentens ret. Er det rekvisiti opfattelse, at den påtænkte aktivitet er retmæssig, er det ikke sandsynligt, at udsigten til at ifalde straf eller erstatning efter lovgivningens almindelige regler, for det tilfælde denne opfattelse viser sig at være forkert, skulle holde ham tilbage.

Når parterne er uenige om, hvorvidt den pågældende handling udgør en krænkelse af rekvirentens immaterialret, kan reglerne om fogedforbud bl.a. opfattes som regler, der fordeler tvivlsrisikoen mellem parterne. Måden, hvorpå dette sker, er også med til at understøtte immaterialrettighedernes karakter af enerettigheder. Nedlægges således fogedforbud, til trods for at det ikke er godtgjort (men dog sandsynliggjort, jf. retsplejelovens § 642, nr.1), at den pågældende aktivitet strider mod rekvirentens ret, er forbudsnedlæggelse ensbetydende med, at det påbydes den potentielle krænker at afstå fra sit forehavende, indtil der ved dommen i justificationssagen er sket en retlig afklaring af retstillingen mellem parterne. Den „pris“, rekvirenten må betale for at få nedlagt et sådant fogedforbud, består i, at han skal stille sikkerhed for den skade og ulempe, forbudet kan påføre rekviritus, for det tilfælde, at det viser sig, at rekvisiti standpunkt i tvisten er det rette. I givet fald ifalder rekvirenten erstatningsansvar på objektivt grundlag, og erstatningen udmåles som det konkret lidte tab (og tort), jf. retsplejelovens § 648, stk. 1, jf. § 639.

Mens sådan (sikkerhedsstillelse og) erstatning er den „pris“, rekvirenten må betale for det ved fogedforbudet foretagne uretmæssige indgreb i rekvisiti almindelige handlefrihed, ifalder rekvisitus, dersom han handler i strid med forbudet, straf og erstatningsansvar for overtrædelse af (ikke alene fogedforbudet, men også af) immaterialretslovgivningens bestemmelser om rimeligt vederlag og erstatning (jf. under 4), for det tilfælde, at det viser sig, at rekvirentens standpunkt i tvisten er det rette, idet der i så fald foreligger en krænkelse af rekvirentens eneret.

Reglerne om fogedforbud indeholder dog også elementer, som indebærer, at de ikke altid er egnede til at forhindre krænkelser af eneretten. Nedlæggelse af fogedforbud er således, naturligt nok, bl.a. betinget af, at der påvises en konkret indikation for, at forbudsrekvisitus vil foretage den handling, som søges forbudt, jf. § 642, nr. 2. For et praktisk synspunkt er dette ofte ensbetydende med, at krænkelse skal være sket,

tisk betydning i tilfælde, hvor almindelige regler om erstatning (principielt) skønnes at yde tilstrækkeligt værn, og hvor sikkerhedsstillelsens eneste funktion er at sikre, at et eventuelt erstatningskrav er gennemførligt i tilfælde af krænkelse. Se herved *U.1985.1014 H* og *U.1934.124 H*. Se nærmere *Bernhard Gomard: Fogedret*, 4. udg., 1997, s. 395.

inden der er mulighed for at rekvirere et fogedforbud, som i så fald kun kan forhindre fortsat krænkelse. I sådanne tilfælde kan rettighedshaverens interesser i anledning af den allerede skete krænkelse alene varetages gennem reglerne om kompensation. Hertil kommer, at retsplejelovens § 643, stk. 2, der udmønter den almindelige grundsætning om proportionalitet, indebærer, at fogedforbud nægtes, „såfremt det vil påføre rekviritus skade eller ulempe, der står i åbenbart misforhold til rekvirentens interesse i forbudets nedlæggelse“.⁷ Den praktiske betydning heraf synes dog at være temmelig beskeden ved immaterialretskrænkelser,⁸ jf. herved *U.1991.352 Ø*, hvor der på KODA's begæring blev nedlagt forbud over for en caféindehaver mod offentlig fremførelse af musikværker uden forudgående tilladelse fra KODA; skaden og ulempen ved forbudet (der ifølge caféejeren ville føre til lukning af caféen) fandtes ikke at stå i åbenbart misforhold til rekvirentens interesse.

Immaterialretslovgivningen indeholder bestemmelser om, at krænkende genstande ved dom kan tilintetgøres eller udleveres til den forurettede mod vederlag.⁹ Disse bestemmelser kan opfattes som en slags forbud med tilbagevirkende kraft¹⁰ og understøtter således rettighedernes karakter af enerettigheder. Hvorvidt de nævnte foranstaltninger kan bringes i anvendelse, beror på en rimelighedsvurdering, der bl.a. omfatter indgrebets art samt de værdier, som der lægges beslag på. Efter patentloven og ophavsretsloven kan retten tillade, at krænkeren kan råde over allerede frembragte krænkende genstande mod rimeligt vederlag. Og i henhold til ophavsretslovens § 84, stk. 4, kan bygninger, der er beskyttet som værker af bygningskunst, ikke kræves inddraget eller tilintetgjort i medfør af bestemmelserne herom i ophavsretsloven. Begrundelse for disse undtagelser er angiveligt, at tilintetgørelse eller inddragelse af de krænkende genstande, anses for en urimelig økonomiske byrde for den krænkende part.

2. Vederlagsrettigheder

Det er ikke svært at forestille sig en række tilfælde, hvor rettighedshave-

7. Reglen, der blev lovfæstet ved den almindelige revision af retsplejelovens regler om fogedforbud i 1988, antoges også at gælde inden dette tidspunkt, jf. *Bjørn Ryberg* i NIR 1992.28 og *Gomard*, 1997, op. cit., s. 382.

8. Jf. *Mogens Plesner* i *Vennebog til MK*, 1993, s. 335 og 349.

9. Patentlovens § 59, ophavsretslovens § 84 og varemærkelovens § 44.

10. Jf. *Koktvedgaard*, 1999, op. cit., s. 404.

Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser

ren ikke har reel mulighed for at forhindre andre i at anvende den efter immaterialretten beskyttede genstand. Dette kan skyldes, dels at forbud i den givne situation ikke tjener noget praktisk formål, fordi krænkelsen har fundet sted, og gentagelse ikke er sandsynligt, således som det f.eks. var tilfældet med „Kommissærens dagbog“, jf. Københavns Byrets dom af 9/5/1997,¹¹ dels at reglerne om forbudsnedlæggelse som nævnt ovenfor ikke altid er egnede til at forhindre retskrænkelsen.

I det omfang immaterialretskrænkelsen har fundet sted eller ikke kan forhindres ved fogedforbud, beror beskyttelsen af rettighedshaverens interesser på kompensationsbeføjelsen. Derudover er der mulighed for at idømme krænkeren straf. Såfremt der alene tilkom rettighedshaveren kompensation i henhold til almindelige erstatningsprincipper, således at der kunne tilkendes kompensation for det konkrete lidte tab, og krænkelsen i øvrigt ikke blev sanktioneret, ville beskyttelsen have karakter af en „vederlagsret“,¹² der har et principielt andet indhold end en „eneret“. Under forudsætning af, at immaterialretsbeskyttelsen ønskes håndhævet og sanktioneret som „enerettigheder“ (i overensstemmelse med den almindelige sproglige forståelse) bør kompensationsbeføjelsen fra en normativ synsvinkel udformes på en sådan måde, at den i henseende til beskyttelse af rettighedshaveren bedst muligt ækvivalerer et forbud – dvs stiller rettighedshaveren økonomisk, som om forbudsbeføjelsen stod til hans rådighed. Sagt lidt firkantet bør erstatningsbeføjelsen ved immaterialretskrænkelse have samme økonomiske værdi som forbudsbeføjelsen.

3. Et normativt princip for udmåling af kompensation

Det anføres ofte, at tilkendte kompensationsbeløb i anledning af immaterialretskrænkelser er beskedne.¹³ Bag disse udsagn synes at ligge

11. Dommen er i sin helhed gengivet i Politiken 10. maj 1997, 1. sektion, s. 4.

12. Vederlagsrettigheder er velkendte og indarbejdede i immaterialretten primært i form af tvangslicenser. Tvangslicenser er imidlertid udtrykkelige undtagelser fra rettighedshaverens eneret.

13. Jf. *Koktvedgaard*, 1999, op. cit., s. 391, 398, *Mogens Koktvedgaard*: „Det ophavsretlige sanktionssystem“, *Juristen* 1966.49, s. 50, 59, *Koktvedgaard*, 1965, op. cit., s. 192, *Jens Schovsbo*: Ophavsret og industrielle rettigheder, C.3.4.2, *Erling Borcher*: Produktetfterligninger, 1995, s. 135, 148 f, 163, *Olaf Eskildsen*: „Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister“, i *Vennebog til MK*, 1993, s. 363 f, 375, *Mogens Plesner*: „Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hoved vægt på patentindgreb – 1(4)“, NIR.1986.367, s. 372, 381, bet. nr. 944/1982, København 1982, s. 71.

en opfattelse af, at kompensationen bør være større. Skal man kunne forholde sig til forslag om forhøjelse af kompensationsbeløbenes størrelse, er det en fordel at kunne tage udgangspunkt i et normativt princip, der giver mulighed for at besvare spørgsmålet: Hvor meget større? Eksempelvis kunne man vælge et normativt princip, hvorefter det ikke skal kunne betale sig at krænke immaterialrettigheder¹⁴ – det vil sige, at den tilkendte kompensation skal være større end de økonomiske fordele, som krænkeren har opnået ved krænkelsen. I det følgende søges på basis af økonomisk teori udviklet et princip for kompensationsudmåling. Princippet indeholder to normative elementer, som udmøntes i målsætninger om, *dels* at ressourcerne bør allokeres derhen, hvor de tillægges størst værdi, og *dels* at udmålte kompensationsbeløb bør understøtte immaterialrettens karakter af enerettigheder.

Den her skitserede model for kompensationsudmåling vedrører ligesom de fleste andre retsøkonomiske modeller basalt set de økonomiske incitamenter, som forskellige retlige regler skaber. Hvis gevinsten ved krænkelse overstiger omkostningerne herved, herunder eventuelt pålagte kompensationsbeløb, er der økonomiske incitamenter til at krænke. De økonomiske incitamenter er ikke alene afhængig af kompensationsbeløbets størrelse, men tillige sandsynligheden for, at krænkelsen bliver opdaget, at rettighedshaveren rejser et erstatningskrav, og at kompensationen faktisk kommer til udbetaling. Ved opstilling af den optimale kompensationsregel i henhold til økonomisk teori anlægges således en *ex ante* synsvinkel – det vil sige, at det er forholdene på tidspunktet, inden krænkelsen sker, der er relevante for den optimale kompensationsudmåling.¹⁵ Der er uundgåeligt knyttet en vis usikkerhed hertil, og de økonomiske incitamenter til ikke at krænke immaterialrettigheder, uanset hvilket udmålingsprincip der anvendes, reduceres jo større sandsynlighed der er for, at kompensationen af den ene eller anden grund ikke kommer til udbetaling. I en konkret sag er krænkelsen sket, og det retlige problem løses *ex post*. Inddragelse af sandsynligheder i erstatningsudmålingen og vurdering af økonomiske incitamenter *ex ante* har en temmelig tilbagetrukket plads i den erstatningsretlige tradition, og der opstår herved let en konflikt mellem erstatningsretten og retsøkonomisk teori. Problemstillingen skal ikke behandles nærmere. Her skal blot noteres, at der er en vis sandsynlighed for, at en krænkelse

14. Jf. f.eks. *Borcher*, 1995, op. cit., s. 163.

15. Se i det hele *Roger D. Blair & Thomas F. Cotter*: „An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law“ 39 *William and Mary Law Review* 1585 (1998).

ikke resulterer i kompensationsbetaling, selv om de retlige betingelser herfor er opfyldt, og at dette alt andet lige er et argument for højere erstatningsbeløb.¹⁶ Sandsynligheden for, at en krænkelse ikke resulterer i udbetaling af erstatning, selv om de retlige betingelser herfor er opfyldt, må antages at variere betragteligt fra en type beskyttede frembringelser til en anden og fra en udnyttelsesform til en anden.

Hvis overtrædelse af immaterialretlige regler sanktioneres tilstrækkeligt hårdt, kan reglerne (alt andet lige) forventes at blive overholdt. Ifølge økonomisk teori kan retsstridige handlinger imidlertid sanktioneres så hårdt, at det giver et u hensigtsmæssigt resultat. I nærværende sammenhæng vil det sige, at kompensationen ved en immaterialretskrænkelse kan være for høj. Dette beror på to forhold. For det første kan for høj kompensation forhindre det, man kunne kalde „efficient krænkelse“, hvormed menes, at krænkeren er i stand til at udnytte det beskyttede gode mere effektivt end rettighedshaveren og derfor ved krænkelse er i stand til at opnå en økonomisk gevinst efter at have kompenseret rettighedshaveren for dennes tab. For det andet kan for høj kompensation i kombination med den usikkerhed, der er knyttet til fortolkning af alle retlige regler, indebære, at andre end rettighedshaveren vil være overdrevet omhyggelige med ikke at krænke rettigheder. Selv om en bestemt handling formentlig ikke indebærer en immaterialretskrænkelse, kan u hensigtsmæssigt høje kompensationsbeløb afholde personer fra at foretage handlingen af frygt for, at den alligevel af en domstol måtte anses for krænkende. Med et engelsk udtryk taler man om „overdeterrence“ – der skaber en u utilsigtet høj grad af forsigtighed. Dette ses tydeligt i de situationer, hvor immaterialretten notorisk er behæftet med stor usikkerhed – i særdeleshed i vurderingen af om en ny frembringelse, f.eks. en opfindelse, er en så nærgående efterligning af en ældre patenteret opfindelse, at den udgør en krænkelse. Resultatet af denne forsigtighed bliver, at rettighedshaveren i kraft af andres frygt for at blive mødt med høje kompensationskrav de facto får udvidet beskyttelsens omfang. Dette synspunkt forudsætter, at det optimale beskyttelsesniveau er fastsat i lovgivningen, og i givet fald vil domstolenes tildeling af for høje kompensationsbeløb øge immaterialretsbeskyttelsen til et u hensigtsmæssigt niveau.

Ved immaterialretskrænkelser indgår to elementer i et økonomisk efficient kompensationsbeløb, som samtidig understøtter rettighedernes karakter af enerettigheder.

16. Jf. *Blair & Cotter*, 1998, op. cit., s. 1641.

For det første må der tilkomme den krænkede rettighedshaver en kompensation for den retsstridige udnyttelse i overensstemmelse med udnyttelsens værdi. Dette er åbenlyst; mindre åbenlyst er det, hvorledes denne kompensation skal fastsættes. I erstatningsretten fastsættes kompensationen almindeligvis som „det lidte tab“ ved krænkelsen, men andre kriterier kunne lige så vel lægges til grund.

Hvis kompensation alene blev udmålt i overensstemmelse med værdien af den krænkende udnyttelse, ville krænkelsen af en de jure eneret indebære, at denne blev omformet til en de facto vederlagsret. Derfor må der for det andet tilkomme rettighedshaveren en kompensation for, at han har mistet sin eneret. En eneret yder en stærkere og dermed mere værdifuld beskyttelse end en vederlagsret. Jo flere muligheder rettighedshaveren har til at disponere over den beskyttede frembringelse, des stærkere og mere værdifuld er beskyttelsen. Er der „kun“ tale om en vederlagsret, er rettighedshaveren afskåret fra at bestemme, hvem der skal anvende den beskyttede frembringelse, og hvornår. Kompensationsprincippet skal derfor sikre, at rettighedshaveren i anledning af krænkelsen kompenseres for differencen mellem værdien af en eneret og værdien af en vederlagsret. Dette beløb er i princippet også et lidt tab – blot af mere abstrakt karakter.¹⁷

Erstatning baseret på de to her nævnte elementer kan skabe de optimale økonomiske incitament og er *fra en økonomisk synsvinkel* tilstrækkelige til, at ressourcerne anvendes på den mest hensigtsmæssige måde. Kompensationsudmålingen sikrer, at det ikke kan betale sig at krænke en eneret, medmindre det fra en samfundsmæssig synsvinkel er økonomisk fordelagtigt. Nu er alt jo ikke økonomi, og der kan ud *fra andre synsvinkler* være gode grunde til f. eks. at strafsanktionere immaterialretskrænkelser. Straf har i givet fald ingen økonomisk begrundelse, men kan varetage sådanne andre hensyn, som ikke kan opfanges af den retsøkonomisk analyse, men ikke desto mindre kan være lige så relevante, når der ønskes en samlet forståelse af de retlige fænomener. Sådant yderligere sanktionering kan dog skabe „overdeterrence“ som beskrevet ovenfor, og der kan derfor være omkostninger forbundet med at understøtte de ikke-økonomiske samfundshensyn på denne vis.

17. Et beslægtet synspunkt er præsenteret af *Torben Lund*: Ophavsretsloven og fotografiloven, 1961, s. 302 f og efterfølgende kritiseret af *Koktvedgaard*, 1966, op. cit., s. 58 og *Koktvedgaard*, 1965, op. cit., s. 272 f. Se også *Borcher*, 1995, op. cit., s. 163, der synes at have sympati for *Lunds* forslag.

3.1. Kompensation for den retsstridige udnyttelse

Den kompensation, som bør tilkomme rettighedshaveren ved en krænkelse efter den normative model, skal modsvare udnyttelsens værdi – dvs at krænkeren skal kompensere rettighedshaveren i overensstemmelse med det, krænkeren retsstridigt har tilegnet sig. Det, at udnyttelsen er retsstridig, tjener her alene det formål at identificere en krænkelse, som udløser kompensation. På det operationelle niveau er der umiddelbart to kriterier, der kan komme på tale ved fastsættelse af værdien af en krænkende udnyttelse: Kompensationen kan udmåles enten i overensstemmelse med det af rettighedshaveren lidte tab eller i overensstemmelse med krænkerens gevinst.

3.1.1. Rettighedshaverens tab

Det af rettighedshaveren lidte tab vil til dels bero på den afsætning, rettighedshaveren har mistet på grund af krænkelsen. *Afsætningstab* er afhængigt af substitutionsforholdet mellem rettighedshaverens produkt og krænkerens produkt. Det største substitutionsforhold indebærer, at for hvert produktexemplar, krænkeren sælger, mister rettighedshaveren salget af et produktexemplar. Dette er kun tilfældet, hvis de to produkter opfattes som ensartede og sælges til samme pris. Er krænkerens pris lavere end rettighedshaverens, er krænkerens salg ikke identisk med rettighedshaverens mistede salg, idet krænkeren i så fald kan sælge til aftagere med en betalingsvillighed, der er lavere end rettighedshaverens pris.¹⁸ Ved et lavt substitutionsforhold mellem rettighedshaverens produkt og krænkerens produkt er rettighedshaverens afsætningstab blot en mindre andel af krænkerens faktiske salg.

Også forekomsten af tredjemands substituerende produkter på markedet har betydning for rettighedshaverens afsætningstab. Hvis der således er lovlige, nære substituerende produkter på markedet udbudt af tredjemand, er rettighedshaverens afsætningstab mindre end krænkerens faktiske afsætning – selv om krænkerens og rettighedshaverens produkter opfattes som ensartede – fordi krænkeren i stedet for at udbyde krænkende produkter kunne have udbudt sådanne lovlige

18. Den nærmere størrelse af rettighedshaverens afsætningstab er afhængig af efterspørgselselasticiteten for produktet. Ved høj efterspørgselselasticitet (dvs at afsætningen er karakteriseret ved en høj grad af prisløshed), er rettighedshaverens mistede afsætning forholdsmæssigt mindre end ved lav efterspørgselselasticitet, når krænkeren sælger et givet antal krænkende produkter.

substituerende produkter og have reduceret rettighedshaverens afsætning ved legitim konkurrence.¹⁹

En anden type tab sammenfattes almindeligvis under betegnelsen *markedsforstyrrelse*. Markedsforstyrrelse omfatter anden skade end rettighedshaverens faktisk mistede afsætning. At en krænkelse ofte har sådanne videregående skadevirkninger, har en intuitiv appel, men er vanskeligt operationaliserbart. I et forsøg på at systematisere disse former for skade på rettighedshaverens virksomhed kan for det første udskilles skade på rettighedshaverens renommé eller goodwill. Det vil typisk forekomme, hvor rettighedshaverens og krænkerens produkter er af samme art, men rettighedshaverens produkt er af en bedre kvalitet end krænkerens. Denne type skade forekommer formentlig alene, hvor aftagerne opfatter det krænkende produkt som hidrørende fra rettighedshaveren eller markedsført med rettighedshaverens samtykke. Skade på rettighedshaverens renommé eller goodwill vil nok primært vedrøre piratprodukter og produkter, der indebærer varemærkekrænkelse.

For det andet kan markedsforstyrrelse bestå i skade på rettighedshaverens kundekreds. Der sigtes hermed til tilfælde, hvor krænkelsen har medført, at rettighedshaverens markedsandel er reduceret. Efterfølgende, når krænkelsen er bragt til ophør, kan rettighedshaveren ikke forvente, at markedsandelen uden videre genskabes, da det vil kræve en ekstra indsats for rettighedshaveren at få genopbygget kundekredsen. Selv i teorien er det imidlertid særdeles vanskeligt at opstille kriterier til at fastsætte størrelsen af disse tab.

3.1.2. *Krænkerens gevinst*

Ved opgørelse af udnyttelsens værdi kan udmåling af kompensation i overensstemmelse med den gevinst, krænkeren har opnået ved krænkelse, resultere i et større beløb end det af rettighedshaveren lidte tab. Dette er tilfældet, såfremt krænkeren i kraft af en mere effektiv organisation – f.eks. ved bedre ledelse eller distributionskanaler – er i stand til at opnå en større indtjening ved salg af de beskyttede produkter end rettighedshaveren selv. Man kan, som bl.a. komiteerne bag den nordiske betænkning om patentlovgivning,²⁰ stille sig tvivlende over for det berettigede i en så vidtgående erstatning, men bør ikke desto mindre undersøge forholdet nærmere. Når rettighedshaverens erstatning

19. Jf. *Blair & Cotter*, 1998, op. cit., s. 1634, n. 173.

20. Se herom nedenfor.

er begrænset til det lidte tab, vil det i det her nævnte tilfælde kunne betale sig for krænkeren at foretage krænkelsen. Efter at have betalt erstatning vil krænkelsen stadigvæk give et økonomisk overskud til krænkeren. Det kan virke stødende, at det kan betale sig at foretage en immaterialretskrænkelse, men ifølge traditionel økonomisk tankegang vil det være en samfundsmæssigt set gunstig ordning. Man kan tale om „efficient krænkelse“, der beror på det simple ræsonnement, at samfundet (ud fra økonomiske synspunkter) er bedst tjent med, at den mest effektive producent producerer de omhandlede produkter. Det kan hertil anføres, at parterne ad frivillighedens vej burde kunne nå til det samme resultat i kraft af en licensaftale. „Efficient krænkelse“ forudsætter derfor eksistensen af „markedssvigt“, f.eks. i form af manglende information eller transaktionsomkostninger, der forhindrer indgåelse af en licensaftale.²¹

„Det lidte tab“ kan i udgangspunktet anses for at give rettighedshaveren en hensigtsmæssig kompensation for krænkelsen, hvis det forstås udvidende som det beløb, rettighedshaveren havde en rimelig forventning om at opnå ved egen udnyttelse eller gennem licensaftale. Man kan dog alligevel argumentere for, at rettighedshaveren bør få del i krænkerens gevinst, der ligger ud over rettighedshaverens lidte tab.

Man kan f.eks. forestille sig en patenteret opfindelse, ved hvis udnyttelse rettighedshaveren på markedet kan opnå værdien 100 enten ved at udnytte den selv eller give licens til lignende virksomheder; samtidig antages, at krænkeren har specialiseret sig i udnyttelsen af denne type opfindelser og derfor ved udnyttelse af opfindelsen på markedet kan opnå værdien 130; markedssvigt har forhindret indgåelsen af en licensaftale. Hvis krænkelse medfører, at rettighedshaveren ikke kan udnytte opfindelsen, har han lidt et tab på 100, eftersom det er den værdi, han havde en rimelig forventning om at opnå, såfremt krænkelsen ikke havde fundet sted. Ved krænkelsen realiseres en værdi på 30, som ville være gået tabt, hvis krænkelsen ikke havde fundet sted, og er derfor en samfundsmæssig økonomisk gevinst ved krænkelse. Samfundet er bedst stillet, hvis krænkelsen finder sted, men hvorledes den herved opnåede gevinst på 30 skal fordeles mellem parterne, har øko-

21. Om „efficient krænkelse“ i den situation, hvor en patenthaver har valgt ikke at udnytte den patenterede opfindelse og samtidig nægter andre adgang hertil, se *Julie S. Turner*: „The Nonmanufacturing Patent Owner: Toward a Theory of Efficient Infringement“, 86 *California Law Review* 179 (1998).

nomisk teori ikke meget fornuftigt at sige om – i hvert ikke ud fra et statistisk perspektiv.

Anlægges et dynamisk perspektiv bør værdien på 30 fordeles mellem parterne under hensyn til de økonomiske incitamer, der herved skabes. Tildeles krænkeren hele værdien – dvs ved kompensation udmålt til „den lidte skade“ – skabes økonomiske incitamer til at udnytte opfindelser. Tildeles omvendt rettighedshaveren hele værdien – dvs ved kompensation udmålt til „krænkerens gevinst“ – skabes økonomiske incitamer til frembringelse af nye opfindelser.

Disse incitamentsovervejelser er knyttet til to forskellige spørgsmål. For det første spørgsmålet om, hvorvidt markedet er i stand til at skabe tilstrækkelige økonomiske incitamer til henholdsvis frembringelse og udnyttelse af opfindelser set i forhold til det optimale niveau. Det er så vidt vides ikke i litteraturen gjort gældende, at der skulle være utilstrækkelige incitamer til udnyttelse af allerede frembragte opfindelser, værker m.v.; hvorimod det er den herskende opfattelse, at der er utilstrækkelige økonomiske incitamer til frembringelse af immaterialretligt beskyttede goder uden en særlig form for retlig beskyttelse. Dette synspunkt er immaterialrettens helt centrale økonomiske rationale. Nu er immaterialretten jo netop en sådan særlig form for retlig beskyttelse, og det kan derfor ikke på dette grundlag konkluderes, at den realiserede værdi ved krænkelse bør tilfalde rettighedshaveren. En sådan konklusion har kun støtte, hvis immaterialretten i øvrigt ikke anses for at skabe tilstrækkelige økonomiske incitamer – det vil sige at det generelle beskyttelsesniveau er for lavt.

Det andet spørgsmål er, hvorledes princippet for kompensationsudmåling påvirker balancen mellem incitamerne til på den ene side frembringelse af nye opfindelser og på den anden side udnyttelse af allerede skabte opfindelser. Det er ikke et spørgsmål om, hvorvidt de økonomiske incitamer til disse aktiviteter er optimale eller ej (som ovenfor), men snarere om, hvorvidt der kan antages at være for lidt aktivitet vedrørende frembringelse af nye opfindelser sammenlignet med aktivitet vedrørende udnyttelse af eksisterende opfindelser eller omvendt. Såfremt der ikke kan identificeres særlige forhold, som understøtter, at den ene aktivitet skal fremmes i forhold til den anden ved styrkelse af de økonomiske incitamer, taler det for, at det realiserede overskud ved krænkelse deles mellem parterne. I praksis kan det gennemføres ved, at „krænkerens gevinst“ indgå som et element i kompensationsudmålingen, uden at rettighedshaveren dog herved er berettiget til at kræve hele krænkerens gevinst.

3.2. *Godtgørelse for tab af eneret*

På perfekte markeder vil værdien af en eneret og en vederlagsret være den samme – forudsat at vederlaget i henhold til vederlagsretten fastsættes i overensstemmelse med udnyttelsens markedsværdi.²² Men markeder er som bekendt ikke perfekte. Eneretten kan have en særlig strategisk værdi for rettighedshaveren – eksempelvis kan rettighedshaveren have indrettet sit produktionsapparat og distributionssystem ud fra en forudsætning om at være eneudbyder af den beskyttede frembringelse. Man kan diskutere det hensigtsmæssige i at behandle godtgørelse for tab af eneret som et selvstændigt element i erstatningsproblematikken adskilt fra kompensation for den retsstridige udnyttelse, idet der blot er tale om en form for indirekte tab. Men dette forhold bevirker netop, at denne type af tab er særlig vanskelig at dokumentere. At eneretten i den konkrete krænkelssituation ændrer karakter til en vederlagsret, begrundes ikke i sig selv en godtgørelse – som foreslået af *Torben Lund*²³ – men rettighedshaverens specifikke økonomiske og kommercielle forhold kan begrunde en sådan godtgørelse.

3.3. *Risiko og dokumentationsproblemer*

Uanset hvilket kriterium der anvendes til udmåling af kompensation for immaterialretskrænkelser, vil der som regel være et væsentligt problem med manglende information om rettighedshaverens lidte tab, krænkerens gevinst og andre relevante forhold. Dette problem skærpes i en retlig sammenhæng, idet rettighedshaveren skal dokumentere det lidte tab. Det betyder, at selv hvis man måtte anse „det lidte tab“ for et passende kriterium for erstatningsudmåling, vil der som regel være ganske betydelig usikkerhed knyttet til poster opgjort efter dette kriterium, og hvem skal bære denne risiko? Retsordenen må tage stilling til disse dokumentationsproblemer og fordele risikoen for utilstrækkelig information mellem de involverede parter. Dette bør gøres under hensyn til, hvilken part der er nærmest til at bære risikoen – og det er den part, som har lettest ved at fremskaffe de relevante informationer. Krænkeren har lettest ved at fremskaffe informationer om krænkerens gevinst ved krænkelsen, mens rettighedshaveren har (relativt) lettest ved at fremskaffe informationer om rettighedshaverens lidte tab. For en praktisk betragtning udmøntes disse overvejelser i be-

22. Dette kan udledes af Coase-teoremet, jf. *Ronald H. Coase*: „The Problem of Social Cost“, 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).

23. *Lund*, 1961, op. cit., s. 302.

visbyrderegler. Såfremt erstatning udmåles under hensyn til krænkerens gevinst, har rettighedshaveren god grund til at frygte, at krænkeren ikke fremskaffer de fornødne informationer, idet krænkeren har incitamenter til at underdrive sin gevinst. Problemet kan imidlertid løses ved i udgangspunktet at få oplyst krænkerens samlede omsætning af det pågældende produkt og herefter lade det være krænkerens opgave at overbevise retten om, hvor stor en del af omsætningen der ikke kan henføres til krænkelsen.²⁴ Krænkeren vil i givet fald have økonomiske incitamenter til at dokumentere dels de afholdte omkostninger ved produktion af de krænkende produkter, dels i hvilket omfang produkterne var blevet solgt, hvis krænkelsen ikke havde fundet sted. Sidstnævnte forhold er ikke relevant for visse produkttyper, som f.eks. piratkopieret software og musikcd'er, eftersom sådanne produkter ifølge sagens natur ikke kan sælges uden at krænke rettighederne til de beskyttede værker, men det kan have stor betydning, hvor f.eks. krænkelsen vedrører en patenteret opfindelse, der tilfører et komplekst produkt en yderligere egenskab, men hvor produktet sagtens kunne sælges uden denne egenskab.

Formålet med at anvende markedsanalogier i kompensationsudmålingen, bl.a. ved at minimere kompensationen til „et rimeligt licensvederlag“ er at afhjælpe problemet med manglende information om værdien af den krænkende udnyttelse. Sådanne bestemmelser realiserer utvivlsomt i et vist omfang formålet, såfremt der findes en relevant, etableret licenseringspraksis på markedet enten foranstaltet af rettighedshaveren selv eller af konkurrenter, der licenserer lignende rettigheder under lignende omstændigheder. Men lige så klart er det, at i en række situationer er der ikke relevante forhold på markedet, som der med rimelighed kan sammenlignes med, og i givet fald forudsætter reglen, at en domstol må fastsætte „et rimeligt licensvederlag“ under hensyn til det vederlag, som parterne måtte forhandle sig til i en hypotetisk situation, hvor der indgås en licensaftale. Informationsproblemet skifter måske måske nok herved karakter, men mindre bliver det ikke.²⁵

24. Jf. *Blair & Cotter*, 1998, op. cit., s. 1621.

25. Jf. *James R. Newman & Byron S. Miller*: „Patents and Atomic Energy“, 12 *Law and Contemporary Problems* 746 (1947), s. 762:

„... the determination of reasonable royalties, on the basis of hypothetical profits which might be derived from the sales (if sales were permitted) of untried devices in an unknown field, presents problems which would tax the powers of a corps of clairvoyants“.

4. *Immaterialrettens kompensationsregler*

Kompensation for immaterialretskrænkelser kan ydes efter de almindelige regler om erstatning uden for kontrakt og efter de særlige kompensationsregler i immaterialretslovgivningen.

Immaterialretslovgivningens kompensationsregler er formuleret på noget forskellig vis, men er ikke desto mindre ganske ensartede i deres indhold. Praksis tyder da heller ikke på afgørende forskelle mellem immaterialretslovene med hensyn til udmålingprincipperne. Bestemmelserne fastslår i hovedsagen, at den, som forsætligt eller uagtsomt krænker en andens immaterialret, er pligtig at udrede rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for den yderligere skade, som krænkelsen måtte have medført.²⁶ Derudover har en ophavsmand, fotograf eller udøvende kunstner efter ophavsretsloven krav på godtgørelse for ikke – økonomisk skade.²⁷

Selv om krænkeren ikke har handlet culpøst, kan rettighedshaveren, i det omfang det skønnes rimeligt, tilkendes et rimeligt vederlag og erstatning;²⁸ ud over den begrænsning, der følger af rimelighedsbetingelsen, maksimerer ophavsretslovens § 83, stk. 2, sådan god tro- erstatning til krænkerens berigelse.

Reglen om rimeligt vederlag for ulovlig udnyttelse fungerer som en slags minimumerstatning og imødekommer rettighedshaveren, når denne, som det hyppigt forekommer, har vanskeligt ved at dokumentere et tab, der berettiger til erstatning efter almindelige regler om erstatning uden for kontrakt. Det har ikke været hensigten med immaterialrettens kompensationsbestemmelser, at rettighedshaveren skulle kunne opnå dobbeltkompensation for krænkelsen. I det omfang rettighedshaveren vælger at kræve et rimeligt vederlag for udnyttelsen, er han således afskåret fra at kræve erstatning for det konkrete lidte tab, hvorimod han selvsagt ikke er afskåret fra at kræve erstatning for dokumenteret tab, i det omfang dette overstiger et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Immaterialretslovgivningens erstatningsbestemmelse harmonerer således med almindelige erstatningsprincipper, hvorefter erstatning udmåles til det konkrete lidte tab, men suppleres af bestemmelsen om „rimeligt vederlag for udnyttelsen“.

26. Ohl. § 83, stk. 1, ptl. § 58, stk. 1, og vml. § 43, stk. 1.

27. Ohl. § 83, stk. 3.

28. Ohl. § 83, stk. 2, ptl. § 58, stk. 2, og vml. § 43, stk. 2.

4.1. Vederlagsreglen

Reglen om „rimeligt vederlag for udnyttelsen“ blev introduceret med patentloven af 1967.²⁹ Loven blev vedtaget på baggrund af den fællesnordiske betænkning om patentlovgivning fra 1964.³⁰ I betænkningen er vederlagsreglen begrundet med, at den skal være en metode til vurdering af skadens størrelse. Det synes forudsat i betænkningen, at „rimeligt vederlag“ skal forstås som et rimeligt licensvederlag, og denne antagelse understøttes af forarbejderne til de korresponderende regler i de øvrige immaterialretslove.³¹

Ved at udmåle erstatning til det, der må anses for et rimeligt licensvederlag, undgås ifølge komitéerne bag betænkningen mange af problemerne ved andre beregningsmetoder – i særdeleshed, at erstatningen sættes for lavt på grund af bevisvanskeligheder.³² Reglen beskrives som en hjælperegulering, der fastlægger mindstebeløbet for erstatningen. Det anføres tillige, at de foreslåede kompensationsregler har til formål fuldt ud at dække den lidte skade, men at rettighedshaveren ikke bør kunne opnå en yderligere berigelse.³³

Vederlagsreglens indføjelser i lovteksterne er ikke udtryk for nogen radikal nyskabelse, men en lovfæstelse af gammelkendte, aftaleretlige grundsætninger om kvasiaftaler, nærmere bestemt tilegneshandlinger, der virker som aftaleretlige løfter.³⁴ Sat på kort formel angår grundsætningen herom tilfælde, hvor en person retsstridigt tilegner sig et økonomisk gode under omstændigheder, hvor den pågældende må sige sig selv, at godet kun kan erhverves ved en markedstransaktion,

29. Siden blev en lignende regel indført i mønsterloven af 1970, lov om beskyttelse af halvlederprodukters topografi af 1987, varemærkeloven af 1991, brugsmodelloven af 1992 og seneste ophavsretsloven af 1995.

30. „Betænkning angående nordisk patentlovgivning avgitt av samarbeidende danske, finske, norske og svenske komitéer“, februar 1964.

31. Navnlig hedder det i bemærkningerne til vml., FT 1990-91 (2. samling), Till. A, sp. 1922: „Udtrykket „rimeligt vederlag“ skal fortolkes i overensstemmelse med den tilsvarende regel i patentloven, d.v.s. som et passende vederlag, svarende til en licensafgift“. For så vidt angår ohl. se FT 1994-95 Till. A, s. 1410: „Ved udtrykket „rimeligt vederlag for udnyttelsen“ ... forstås det vederlag eller honorar, som rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt den pågældende udnyttelse var sket retmæssigt, dvs. efter aftale med rettighedshaveren.“ For så vidt angår msl. se bet. nr. 417/1966, s. 144: „Ved beregning af vederlaget bør udgangspunktet ... være, at dette vederlag skal være af en størrelsesorden, der vil være at anse for rimelig ved beregning af en licensafgift“.

32. Se også bemærkningerne til ophavsretsloven, FT 1994-95 Till. A, s. 1409.

33. Fællesnordisk betænkning om patentlovgivning, 1964, op. cit., s. 336.

34. Se nærmere herom *Bernhard Gomard*: Almindelig Kontraktret, 2. udg., 1996, s. 95 f, *Lennart Lynge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard*: Aftaler & Mellemmænd, 3. udg., 1997, s. 103 f. samt *Peter Møgelvang-Hansen* i U1982 B.86 ff.

dvs. mod betaling af et vederlag. Princippetets kerne er, at den, der retsstridigt tilegner sig en andens gode, ikke bør slippe billigere end den, der retmæssigt erhverver godet, men bør betale (mindst) samme vederlag herfor. Princippet anbefaler sig for et økonomisk synspunkt derved, at det modvirker den uheldige incitamentsstruktur, der ville være resultatet, hvis krænkeren alene kunne forvente at skulle erstatte rettighedshaverens dokumenterbare konkrete tab, idet dette jævnligt er mindre end rettighedshaverens vederlagskrav. Lige så lidt som butikstyven bør slippe billigere end den, der lader varen passere kassen, lige så lidt som checkkontoovertrækkeren bør slippe billigere end den, der beder om og får bevilget et lån, og lige så lidt som „free-rideren“, der ikke betaler for turen i S-toget, bør slippe billigere end passageren med en billet, bør den, der tilegner sig en (uautoriseret) tvangslicens, slippe billigere end den, der indgår en licensaftale med rettighedshaveren. Selv om krænkeren i tilegnelsestilfældene ved sin adfærd tydeligt demonstrerer, at han ikke er interesseret i at indgå en aftale, kanalisere principperne om kvasiaftaler forholdet ind under de kontraktretlige regler med den virkning, at krænkeren i overensstemmelse med kontraktrettens regler om gensidigt bebyrdende kontrakter må betale en markedsrelateret (rimelig) pris, og ikke „kun“ erstatning efter reglerne om erstatning uden for kontrakt. Ved fastsættelse af vederlaget ud fra kontraktretlige principper gælder princippet i købelovens § 5, hvorefter køberen, når aftalen ikke indeholder vilkår om prisens fastsættelse, og der ikke er holdspunkter for andet, må betale, hvad sælgeren forlanger, „for så vidt det ikke kan anses for ubilligt“.

Fra tiden inden vederlagsreglen blev indføjet i ophavsretsloven af 1995, foreligger adskillige afgørelser, der tillægger rettighedsindehaveren, hvad der måtte anses for et normalt honorar.³⁵

Se f. eks. *U.1985.257 Ø* om Spieskoncernens uretmæssige gengivelse af en journalists artikel. Landsretten udtalte bl.a., at det forhold, at indstævnte ifølge sin forklaring ikke ville have indgået honoraraftale med nogen journalist vedrørende gengivelse af stof i „Sidste Nyt“, ikke var afgørende ved „erstatningsfastsættelsen“, at journalistens „tab“ burde fastsættes til et beløb svarende til, hvad appellant kunne have krævet for en tilsvarende artikel i et andet blad, og at krænkeren ikke havde antageliggjort, at 1.500 kr. ikke ville have været et rimeligt honorar.

35. Jf. *U.1985.257 Ø*, *U.1984.201 Ø*, *U.1979.685 Ø*, *U.1976.245 Ø*. Et lignende synspunkt synes at ligge bag afgørelsen *U.1999.326 Ø*.

Selv om landsretten udtrykte sig i erstatningsretlige termer, synes den reelt at have anvendt (kvasi-)kontraktretlige synspunkter, herunder grundsætningen i købelovens § 5. Jf. i samme retning *Peter Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, 2. udg., 1998, s. 434, men se modsat *Palle Bo Madsen: Markedsret. Del 2*, 3. udg., 1997, s. 68 (n.92) sammenholdt med s. 78 f (med n. 115 og 116).

U.1993.572 H (ligeledes fra tiden før vederlagsreglens indføjelse i ophavsretsloven) anvendte derimod ikke vederlagssynspunkter, hvilket muligvis skyldes, at de krav, der efter den almindelige grundsætning om tilegnelse-handlinger, der virker som løfter, må stilles til tilegnerens subjektive forhold, næppe var opfyldt: Søllerød kommune havde iværksat udlån af gramfonoplader m.m. fra kommunens biblioteker mod, at lånerne anskaffede sig et årskort til musikudlån for 100 kr. Denne ordning blev af Højesteret anset for udlejning, som kræver samtykke fra ophavsmanden. Højesteret fandt derimod ikke, at sagsøgeren, NCB, der administrerer de pågældende rettigheder, havde sandsynliggjort, at rettighedshaverne havde lidt et tab ved krænkelsen. NCB havde ingen tarif for udlejning af gramfonoplader, da man ikke havde ønsket at give tilladelse til udlejning, og påstod i stedet, at erstatningen måtte opgøres med udgangspunkt i den tarif NCB anvendte i forhold til pladeproducenterne på 5 kr. pr. fremstillet plade ud fra den betragtning, at mange lånere formentlig ville kopiere de lånte plader til kassettebånd. Såfremt Kommunen ikke havde krævet et betalt årskort, ville der være tale om udlån, som ikke er omfattet af eneretten. Selve indførelsen af betalingsordningen må alt andet lige antages at reducere udlånet, og derfor var det selvsagt vanskeligt for rettighedshaverne at dokumentere et tab.

Størrelsen af et „rimeligt (licens)vederlag“ afhænger selvsagt af omstændighederne i det konkrete tilfælde.³⁶ Er der på markedet etableret en licenspraksis enten vedrørende den omtvistede frembringelse eller frembringelser af samme art, volder det typisk ikke de store vanskeligheder at fastsætte et rimeligt vederlag, idet dette bliver den „sædvanlige pris“ på markedet.

Se f. eks. *U.1984.201 Ø* (fra tiden før indføjelsen af vederlagsreglen i ophavsretsloven), der i anledning af krænkelse af en arkitekts ophavsret tilkendte ham fuldt takstmæssigt arkitekthonorar (benævnt „erstatning“, jf. ovenfor om *U.1985.257 Ø*).

Jf. også f. eks. *U.1998.946 SH*, hvor en tøjvirksomhed uden tilladelse hav-

36. Fællesnordisk betænkning om patentlovgivning, 1964, op. cit., s. 336.

Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser

de anvendt World Wide Fund for Nature's (WWF) velkendte panda-mærke på papirbæreposer. Vederlaget blev fastsat til 100.000 kr. som påstået af sagsøgeren. Sagsøgeren understøttede denne del af erstatningskravet ved at fremlægge en aftale med tøjvirksomheden Hennes & Mauritz i Sverige om anvendelse af WWFs logo mod et 10%-vederlag samt en minimumsafgift for det første år på 1 mio. SEK. Endvidere fremgik det af forklaringerne, at andre aftaler om anvendelse af WWFs mærker indbragte betydeligt mere end 100.000.

Såfremt der ikke er etableret en licenspraksis, kan vederlagsreglen være vanskelig at anvende. I bemærkningerne til ophavsretloven hedder det „Eksisterer der ikke noget sædvanligt honorar ell.lign. for den pågældende udnyttelse, må vederlaget fastsættes skønsmæssigt.“³⁷ Af momenter af betydning ved fastsættelse af et „rimeligt (licens)vederlag“ fremhæves i betænkningen om patentlovgivning som eksempler muligheden for at fremstille produkter af samme art uden herved at krænke andres rettigheder, samt opfindelsens betydning set ud fra en omkostningsminimerende synsvinkel.

Ligesom det er tilfældet ved udmåling af erstatning af det konkrete lidte tab, kan vederlagsreglens anvendelse således give anledning til informationsproblemer. Lægges imidlertid til grund, at vederlagsreglen blev indført for at give rettighedshaveren et bedre retsværn, hvilket synes at være en rimelig antagelse,³⁸ og fastholdes samtidig, at reglen (som omtalt ovenfor) er funderet i (kvasi-) kontraktretlige synspunkter, behøver fastsættelsen af et „rimeligt vederlag“ ikke at være en uoverkommelig opgave, selv om der ikke på markedet findes nærliggende „referencepriser“. Under de nævnte forudsætninger er det således nærliggende at tage udgangspunkt i princippet i købelovens § 5. Dette løser selvsagt ikke vanskelighederne ved at foretage en detaljeret rimelighedsvurdering, når der ikke er nærliggende markedstransaktioner at relatere vurderingen til, men bevirker dog, at den skønsmæssige vurdering (i mangel af oplysninger om en „gængs pris“) kan tage sit udgangspunkt i rettighedshaverens forlangende, og at det er krænkerens opgave at så tvivl om rimeligheden heraf.³⁹

37. FT 1994-95 Till. A, s. 1410.

38. Jf. *Eskildsen*, 1993, op. cit., s. 375, *Plesner*, 1986, op. cit., s. 380, og *Mogens Koktved-gaard & Lise Østerborg*: Patentloven, 2. udg., 1979, s. 291.

39. Jf. i samme retning (de lege lata/ferenda?) *Palle Bo Madsen*, 1997, op. cit., s. 78 (n. 115).

Se på linje hermed *U.1999.1462 Ø* om en ugebladsartikel, der for 90% vedkommende bestod af citater fra en bog, der udkom samme dag, som artiklen blev bragt i ugebladet. Artiklen indeholdt ca. 3% af bogens tekst. Krænkeren hævdede, at rettighedshaveren ikke havde lidt noget økonomisk tab ved artiklen, men at omtalen i bladet derimod havde stor reklameværdi for rettighedshaveren. Rettighedshaveren krævede alene et rimeligt vederlag for udnyttelsen og påstod, at såfremt en avis havde bedt om tilladelse til at trykke et afsnit fra bogen, ville forlaget have forlangt et vederlag på 50.000 kr. Krænkeren gjorde heroverfor gældende, at der i de få tilfælde, hvor bladet overhovedet havde betalt for at bringe citater fra bøger, havde der været tale om betydeligt lavere beløb. Ifølge retten havde „De sagsøgte ... ikke dokumenteret deres indsigelser imod størrelsen af den krævede erstatning“, og det krævede vederlag fandtes på dette grundlag rimeligt.

Vederlagsreglen har indtil videre fundet hyppigst anvendelse i sager om varemærkekrænkelse. I de fleste sager om kompensation for krænkelse anvendes vederlagsreglen, uden at retten argumenterer nærmere for vederlagets udmåling.⁴⁰ Dette skyldes til dels rettighedshavernes påstande, der ofte ikke indeholder et specifikt beløb, men blot bruger formuleringer af typen „et af retten fastsat vederlag for udnyttelsen.“⁴¹

En vis præcisering af vederlagsreglen findes dog i *U.1999.1142 Ø*, der vedrørte en parallelimportørs ompakning og genanvendelse af rettighedshaverens varemærke. Retten fandt, at et rimeligt vederlag efter varemærkelovens § 43 måtte „fastsættes under hensyn til sagsøgtets konkurrencefordel ved under genanvendelse af sagsøgerens varemærke at foretage ompakning i (en) ny ydre emballage og fuldstændig omklæbning af tuben“ idet sagsøgte kunne have foretaget lovlig parallelimport ved at markedsføre produkterne i den originale yderemballage og uden at overklæbe varemærket på tuben. Rettens begrundelse for denne udtalelse har formentlig været at understrege, at vederlaget ikke skal fastsættes i overensstemmelse med rettighedshaverens mistede indtjening som følge af parallelimport, eftersom parallelimport kunne være foretaget lovligt. Uagtet dette fornuftige synspunkt er konsekvensen af at knytte vederlaget til krænkerens konkurrencefordel, at „rimeligt vederlag for udnyttelsen“ bliver identisk med krænkerens gevinst ved krænkelsen, og det har næppe været hensigten med vederlagsreglen.

42. For så vidt angår varemærkeretlig krænkelse *U.2000.915 SH*, *U.1999.1678 H*, *U.1998.1385 SH*, *U.1998.1189 SH* *U.1998.299 SH*, *U.1994.147 SH*, og for så vidt angår ophavsretlig krænkelse *U.1999.158 SH*, *U.1998.941 SH*.

41. *U.2000.915 SH*, *U.1998.1385 SH*, *U.1994.147 SH*.

4.2. Det lidte tab

I doktrinen antages rettighedshaverens tab almindeligvis at omfatte tre forskellige poster: (1) afsætningstab, (2) markedsforstyrrelse og (3) andre tab. Den sidste post vedrører primært interne omkostninger som f.eks. rettighedshaverens udgifter til konstatering af krænkelsen og dens omfang;⁴² denne type tab skal ikke behandles nærmere i det følgende.

I erstatningsager efter vedtagelsen af vederlagsreglen – for størstedelens vedkommende fra varemærkerettens område – påstår rettighedshaverne som regel både vederlag for udnyttelsen og erstatning,⁴³ men ofte får rettighedshaveren ikke medhold i erstatningspåstanden og må nøjes med et rimeligt vederlag for udnyttelsen.⁴⁴

I mange af de sager, hvor rettighedshaveren får tildelt både vederlag for udnyttelsen og erstatning, tildeles et samlet beløb uden specification af, hvilken del af beløbet der kan henføres til vederlag og hvilken til erstatning.⁴⁵

4.2.1. Afsætningstab

Når der ikke er et konkurrenceforhold mellem rettighedshaveren og krænkeren, giver det sædvanligvis ikke mening at påstå et afsætningstab.⁴⁶

Er parterne derimod konkurrenter, er det relevant at opgøre rettighedshaverens afsætningstab. Opgørelsen heraf beror på de tilgængelige informationer. Såfremt rettighedshaveren har adgang til oplysninger om omsætningen af krænkende produkter, tager opgørelsen af afsætningstabet sædvanligvis udgangspunkt heri. Der er imidlertid ofte usikkerhed med hensyn til substitutionsforholdet mellem rettighedshaverens og krænkerens produkter.⁴⁷ Hyppigt udtrykkes dette i udsagn om, at markedsfortrængning ikke har fundet sted i samme omfang som salget (fortrængning én til én). Momenter der i praksis er anført til støtte for, at markedsfortrængning har været mindre end 1:1 er

42. Se til eksempel *U.1997.1546 V.*

43. *U.2000.915 SH, 1999.1678 H, U.1998.1385 SH, U.1998.1189 SH, U.1998.946 SH, U.1994.147 SH.*

44. *U.2000.915 SH, 1999.1678 H, U.1998.946 SH.*

45. Se vedrørende varemærkeretlig krænkelse *U.1998.1385 SH, U.1998.1189 SH, U.1994.147 SH*, og angående ophavsretlig krænkelse *U.1999.158 SH, U.1998.941 SH*,

46. Jf. *U.1998.946 SH.*

47. Dette gælder ikke altid. I *U.1983.976 Ø* om piratkopiering af videogrammer måtte det ifølge retten antages, at sagsøgerne havde været udsat for en aktuel omsætningsnedgang nogenlunde svarende til omfanget af sagsøgtets salg og udlejning. Se tilsvarende *U.1991.216/1 Ø.*

(1) forskellige salgskanaler, (2) forholdsmæssigt lavere pris for krænkerens produkt, (3) goodwill og renommé knyttet til rettighedshaverens produkt, når forbrugerne er i stand til at skelne mellem rettighedshaverens og krænkerens produkter.⁴⁸

I *U.1998.941 SH* var det eneste stridspunkt i forbindelse med erstatningsudmålingen graden af markedsfortrængning. Rettighedshaveren gjorde gældende, at salg af 60.000 stk. af krænkerens produkt havde medført en mindre afsætning hos rettighedshaveren på 20.000 stk., og rettighedshaveren reducerede herefter yderligere den samlede erstatningspåstand med ca. 60%. Krænkeren mente ikke, at rettighedshaveren havde lidt noget tab som følge af markedsfortrængning, idet parterne henvendte sig til forskellige målgrupper. Rettighedshaverens erstatningspåstand blev taget til følge.

I den noget ældre afgørelse *U.1962.756 SH* fandt retten, at rettighedshaveren ikke havde dokumenteret noget afsætningstab blandt andet under hensyn til, at rettighedshaveren havde kunnet afsætte hele sin produktion – uagtet at krænkerens produkt var en retsstridig efterligning af rettighedshaverens. Ræsonnementet forudsætter således, at der ikke var sket nogen markedsfortrængning. Selvom rettighedshaveren ikke har oplevet en reduktion i omsætningen, har han lidt et tab, hvis det krænkende produkt kan substituere det beskyttede produkt på markedet, idet rettighedshaveren på grund af krænkelsen må antages i større eller mindre omfang at være afskåret fra at udvide sin produktion. Et sådant tab vil imidlertid i den i praksis udviklede systematik nok blive opfattet som markedsforstyrrelse.⁴⁹

Som supplement til eller i mangel af oplysninger om krænkerens omsætning kan afsætningstabets opgøres med udgangspunkt i den nedgang i omsætningen, rettighedshaveren har oplevet i forbindelse med krænkelsen. Denne metode er åbenlyst behæftet med væsentlig usikkerhed.

I *U.1994.147 SH*, der vedrørte krænkelse af varemærket for de kendte Tordenskjold-tændstikker, påstod rettighedshaveren, at krænkelsen havde medført en omsætningsnedgang på ca. 1,8 mio. kr. pr. år. Men samtidig oplystes,

48. Jf. *U.2000.212 SH*.

49. *U.1979.248 Ø* tilkendte dog rettighedshaveren en skønsmæssigt fastsat erstatning, selv om rettighedshaveren ikke kunne godtgøre at have haft en omsætningsnedgang i den periode, det krænkende produkt havde været på markedet.

Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser

at markedet for tændstikker havde været faldende med 6-10% årligt på grund af øget salg af lightere. Retten fandt, at rettighedshaveren utvivlsomt havde lidt et tab, der gik videre end et „rimeligt vederlag for udnyttelsen“ og fastsatte vederlag og erstatning under ét skønsmæssigt til 100.000 kr.⁵⁰

Den usikkerhed ved erstatningsudmålingen, som hidrører fra markedsconjunkturer, skal ikke altid alene bæres af rettighedshaveren. I *U.1967.337 SH* udtalte retten således:

„Vedrørende erstatningens størrelse har retten på den ene side taget hensyn til, at det på grund af det i 1965 forøgede antal konkurrenter må henstå som usikkert, om sagsøgerens omsætning ville være blevet så stor, som sagsøgeren forventede, hvis sagsøgte ikke havde anvendt den omstridte etiket. På den anden side må sagsøgte, der var kendt med sagsøgerens etiket, ved sin retsstridige handle måde tage en vis risiko for usikkerheden ved erstatningens fastsættelse.“

Når rettighedshaverens omsætningsreduktion som følge af krænkelsen er fastslået, kan den lidte skade opgøres som rettighedshaverens mistede omsætning i antal styk multipliceret med rettighedshaverens fortjeneste pr. enhed, typisk dækningsbidraget.⁵¹ Ved erstatningsudmåling på grundlag af rettighedshaverens dækningsbidrag kompenseres rettighedshaveren for det tab, der skyldes uudnyttet produktionskapacitet som følge af krænkelsen,⁵² og med henvisning til den ovenfor skitserede normative model kan dette anses for et element i kompensationen for tab af eneret.

4.2.2. Markedsforstyrrelse

I de tilfælde, hvor der ikke foreligger et faktisk afsætningstab, det vil almindeligvis sige, hvor der ikke er et konkurrenceforhold mellem rettighedshaveren og krænkeren, udgør rettighedshaverens tab et forventet fremtidigt afsætningstab, der blandt andet kan tage form af skade på rettighedshaverens renommé eller goodwill.

50. Se også *U.1992.909 SH* og *U.1984. 444 H* vedrørende betydningen af markedsconjunkturer.

51. Jf. *Koktvedgaard*, 1999, op. cit., s. 399, og *Borcher*, 1995, op. cit., s.152. Se også Østre Landsrets dom af 24.11.1977 (8. afd. 246/66) som gengivet hos *Plesner*, 1986, op. cit. *U.1988.774 SH* (vedr. markedsføringslovens § 1) og *U.1994.132 Ø. Plesner*, 1986, op. cit., s. 372 finder imidlertid, at det er uafklaret, om det er „nettoavancen“ eller „bruttoavancen“, der skal erstattes.

52. I den fællesnordiske betænkning om patentlovgivning, 1964, op. cit., s. 336, beskrives dette tab som et eksempel på den yderligere skade, som krænkelsen har medført.

Det må antages, at såfremt rettighedshaveren kræver rimeligt vederlag for udnyttelsen af den beskyttede frembringelse samt erstatning for den yderligere skade, som krænkelsen måtte have medført med henvisning til skade på rettighedshaveren goodwill og renommé, bør sådan yderligere erstatning kun komme på tale, hvis krænkelsen har karakter af misrekommandering, eller den krænkende brug har en særlig skadelig karakter – f.eks. brug af et ophavsretligt beskyttet værk i en pornografisk sammenhæng, eller brug af et varemærke til et kemisk ukrudtsbekæmpelsesmiddel, når varemærket af rettighedshaveren anvendes til miljøvenlige produkter. Hvis den krænkende brug alene har lukreret på rettighedshaverens goodwill, vil den herved opståede skade på rettighedshaverens frembringelse blive kompenseret ved et „rimeligt vederlag for udnyttelsen“.

Som antydnet ovenfor er det i praksis temmelig vanskeligt for rettighedshaveren at få medhold i en påstand om erstatning for markedsforstyrrelse primært på grund af bevisets stilling.⁵³

I *U.1998.946 SH* (om panda-mærket) afvistes rettighedshaverens krav om erstatning for markedsforstyrrelse, da „(d)en varemærkeretlige krænkelser ... efter det fremkomne ikke (har) medført ... markedsforstyrrelse af nævneværdigt omfang.“ Desuagtet udtaler retten, at „det må efter karakteren af den virksomhed med salg af holdninger som WWF (rettighedshaveren) driver, være klart, at uberettiget benyttelse af mærket kan få betydelige skadevirkninger for fonden.“ Blandt andet af denne grund straffedes krænkeren med en bøde på 50.000 kr. Den potentielle skadevirkning ved krænkelser var således en væsentlig begrundelse for strafudmålingen, men udløste ikke erstatning for markedsforstyrrelse, da krænkelsen ikke havde haft påviselige skadevirkninger for WWFs mærke.⁵⁴

I *U.2000.212 SH* (Mag Lite) tilkendtes erstatning for markedsforstyrrelse på 25.000 kr. uden nærmere præcisering – men formentlig under hensyn til at der var tale om et anerkendt kunstindustrielt produkt.⁵⁵

I hovedsagen må erstatningsposten „markedsforstyrrelse“ anses for

53. Jf. *Koktvedgaard*, 1999, op. cit., s. 400.

54. For et lignende resultat med hensyn til erstatningspåstanden se f.eks. *U.1983.1074 SH* og *U.1999.158 SH*.

55. Se også *U.1991.216/1 Ø* vedrørende ulovlig kopiering og udlejning af videogrammer og det tilsvarende sagsforhold i *U.1983.976 Ø* („Som følge af sagsøgtes ulovlige virksomhed findes sagsøgerne tillige at måtte påregne en fremtidig omsætningsnedgang og et deraf flydende tab, der skønsmæssigt ansættes til 200.000 kr.“).

Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser

det, der ovenfor er benævnt „kompensation for tab af eneret“, efter som rettighedshaveren med en eneret i langt højere grad end med en vederlagsret kan kontrollere sit marked.

4.2.3. Tabsdokumentationen

Om de mere generelle krav til dokumentation for det lidte tab udtalte retten i *U.1997.1546 V*:

„Det er ... sagsøgeren, der har bevisbyrden for, at der som følge af de sagsøgte ansvarspådragende handlinger er lidt et tab. Ved bedømmelsen af, hvilke krav der kan stilles, for at det fornødne bevis er ført, må der blandt andet tages hensyn til karakteren af den ansvarspådragende handle måde, som de sagsøgte har udvist, sagsøgerens muligheder for at opgøre tabet, de sagsøgte muligheder for at imødegå tabsopgørelsen og sagsøgerens muligheder for at føre kontrol og derigennem foretage tabsbegrænsning.“

Ofte har rettighedshaveren vanskeligt ved at dokumentere krænkerens omsætning af krænkende produkter – uagtet at der i langt de fleste tilfælde er en særdeles stærk formodning for, at krænkeren har præcise oplysninger om omsætningens størrelse. I *U.2000.212 S* opfordrede rettighedshaveren krænkeren til at komme med præcise revisorattesterede oplysninger om salget af de krænkende produkter – men uden held. Retten lagde til grund at det ved erstatningsudmålingen måtte komme sagsøgte til skade, at selskabet ikke var i stand til at redegøre for og dokumentere, hvor stort et antal lygter der var solgt i Danmark, men nogen præcisering heraf fulgte ikke.⁵⁶ I *U.1999.158 SH* oplyste sagsøgte at have solgt 2.499 af de krænkende grydesæt. Sagsøgeren bestred dette antal og anslog, at sagsøgte havde solgt 10-12.000 grydesæt med henvisning til, at sagsøgerens havde oplevet en omsætningsnedgang på 7% i en del af perioden; sagsøgeren ønskede „af konkurrencemæssige hensyn“ ikke at oplyse størrelsen af sin egen omsætning. Retten fandt ikke grundlag for at tilsidesætte det af sagsøgte oplyste antal, hvorfor dette blev lagt til grund.

56. Se tillige den mønsterretlige afgørelse i *NIR.1990.269*: „Da sagsøgte ikke på sagsøgers opfordring under sagen har givet oplysninger om salg m.v. af de omstridte standere, finder retten ikke grundlag for at tilsidesætte sagsøgers skøn over, hvilket tab der er påført ved sagsøgte uberettigede produktion og markedsføring, og der gives derfor sagsøger medhold i påstanden om erstatning på 100.000 kr.“ Også i bl.a. *U.1992.909 SH*, *U.1984.444 H* og *U.1965.468 H* undlod sagsøgte at fremkomme med salgstal for det krænkende produkt.

Til tider kan det volde vanskeligheder for rettighedshaveren at dokumentere krænkelserens omfang.

Se herved *U.1999.326 Ø* om et selskab, der havde importeret 9.000 Microsoft styresystemer (edb-programmer) fra USA og videresolgt dem i Danmark. Sagsøgeren havde foretaget kontrolopkøb af 100 stk. programmer og konstaterede bl.a., at de manglede et såkaldt ægthedscertifikat – og derfor var piratkopier. Under hensyn til sagsøgetes forbeholdne forklaring om sit kendskab til de nævnte forhold, det fremkomne om urigtige varebetegnelser i købsfakturaerne og om salgspriser fandt retten det ubetænkeligt at lægge til grund, at også den resterende del af de 9.000 programpakker var fremstillet uden licens, og at sagsøgte måtte have indset dette.

Rettighedshaveren må antages at kunne dokumentere sit eget dækningsbidrag ved hjælp af en revisorerklæring e.l. I modsat fald reduceres sandsynligheden for at få medhold i erstatningspåstanden. Således udtalte retten i *U.2000.212 SH*, at oplysninger om dækningsbidraget ved salg af det omtvistede produkt fra rettighedshaveren alene fremgik af en forklaring, som hverken krænkeren eller retten havde mulighed for at efterprøve; de kunne derfor ikke uden videre lægges til grund.⁵⁷ For at foregribe usikkerhed vedrørende dokumentation af det lidte tab opgør rettighedshaverne til tider det lidte tab, men begrænser erstatningspåstanden til en mindre del heraf.⁵⁸

4.3. Krænkerens gevinst

I dansk ret synes det i udgangspunktet klart, at erstatning ikke kan udmåles under hensyn til krænkerens gevinst.⁵⁹ I den fællesnordiske betænkning om patentlovgivningen argumenteres med, at erstatning ikke

57. Se også Østre Landsrets dom af 24.11.1977 (8. afd. 246/66) som gengivet hos *Plesner* (1986) hvor sagsøgeren havde henvist til generelle oplysninger om kalkulationer og fortjenester inden for medicinalindustrien i stedet for at dokumentere egne kalkulationer og regnskabsforhold.

58. *U.1999.326 Ø* (fra ca. 2,3 mio. kr. til 1 mio. kr. „af procesøkonomiske årsager“), *U.1998.941 SH* (fra 764.000 kr. til 300.000 kr. „efter en skønsmåssig nedsættelse“); i begge sager blev erstatningspåstanden taget til følge med det krævede beløb. *U.1992.909 SH* (fra ca. 2,4 mio. kr. til 900.000 kr.); rettighedshaveren blev tilkendt erstatning på 300.000 kr.

59. Jf. *U.1981.115 H*, og *U.1964.628 H*. Se endvidere *Schønning*, 1998, op. cit., s. 614, *Borcher*, 1995, op. cit., s. 155, *Eskildsen*, 1993, op. cit., s. 372, *Plesner*, 1986, op. cit., s. 379 f, *Koktvedgaard & Østerborg*, 1979, op. cit., s. 291, og *Koktvedgaard*, 1965, op. cit., s. 271.

Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser

skal give skadelidte en berigelse, der hidrører fra andres anstrengelser, og at det kunne blive resultatet, hvis erstatning blev udmålt i overensstemmelse med krænkerens gevinst. Dette udelukker som nævnt ikke, at rettighedshaveren ud over at kræve et rimeligt licensvederlag tillige kræver erstatning for den yderligere skade, som krænkelsen måtte have medført, som f.eks. markedsforstyrrelse og kapitalomkostninger ved ikke udnyttet produktionskapacitet,⁶⁰ forudsat at dette kan henføres til krænkelsen.

U.2000.915 SH vedrørte varemærkekrænkelse; den administrerende direktør for det krænkende selskab havde under den forudgående fogedretssag udtalt, at den årlige omsætning af de krænkende varer var ca. 2 mio. kr., og med et dækningsbidrag på 43,3% medførte det en årlig fortjeneste på 850.000-900.000 kr. Det var således uanfægtet, at dette var krænkerens gevinst. Rettighedshaveren havde påstået vederlag for udnyttelsen samt erstatning. Retten fastsatte uden nærmere begrundelse vederlag for udnyttelsen til 200.000 kr. og tilkendte derudover ikke rettighedshaveren erstatning.

Det forekommer fornuftigt, at erstatningen i denne sag ikke blev udmålt i overensstemmelse med krænkerens gevinst, idet krænkeren utvivlsomt kunne have opretholdt en del af sin omsætning uden brug af rettighedshaverens varemærke. Da der endvidere var tale om en produkttype (lakridsbolcher) med nære substituerende produkter, er det hensigtsmæssigt, at den samlede erstatning udgjorde blot en mindre del af krænkerens gevinst. Til sammenligning kunne rettighedshaveren i sagen om efterligning af „Lykketrolden fra Gjøl“, *U.1962.756 SH*,⁶¹ ikke dokumentere et afsætningstab og baserede i stedet sin erstatningspåstand på krænkerens gevinst, men uden held. Da produkterne var substituerbare, havde rettighedshaveren som nævnt ovenfor efter al sandsynlighed lidt et tab – omend det nok burde være formuleret som et tab som følge af markedsforstyrrelse.

5. Afslutning

Fogedforbud er ifølge sagens natur den væsentligste beføjelse til understøttelse af immaterialretten som enerettigheder, men som effek-

60. Et sådant tab er en følgevirkning af afsætningstab.

61. Se dommen i sin helhed i *Sø- og Handelsretstidende 1962.193*.

tivt retsmiddel er anvendelsen af fagedforbud fra en praktisk synsvinkel typisk begrænset til gentagelse af en allerede foretaget krænkelse-handling. Indskriden i anledning af den allerede skete krænkelse må ske ved hjælp af reglerne om kompensation, og hvorvidt disse kan siges at understøtte immaterialretten som enerettigheder er tvivlsomt.

Rettighedshaverne får som regel ikke fuldt ud medhold i deres erstatningspåstande, og såfremt det sker, er erstatningspåstanden sædvanligvis reduceret i forhold til det, der hævdes at være det fulde tab. Dette er ikke i sig selv udtryk for, at den udmålte kompensation er for lille – det kan jo ikke udelukkes, at manglende dokumentation for tab skyldes, at der ikke er et tab at dokumentere. Der er imidlertid flere forhold, der peger i retning af, at de udmålte kompensationsbeløb er for små sammenlignet med den optimale kompensation i medfør af det opstillede normative princip for kompensationsudmåling. For det første justeres kompensationsbeløbet ikke i overensstemmelse med ex ante sandsynligheden for, at berettigede kompensationskrav kommer til udbetaling. Og for det andet inddrages krænkerens gevinst ikke i kompensationsudmålingen.⁶²

Økonomisk optimal kompensationsudmåling beror som nævnt på de økonomiske incitament, der skabes, herunder kompensationsbeføjelsens præventive effekt. En sådan effekt forudsætter imidlertid en vis grad af forudsigelighed i sanktionssystemet, som ikke p.t. kendetegner kompensationsbeføjelsen. Domstolene synes således ikke altid at udnytte alt relevant materiale, der muliggør en nuanceret kompensationsudmåling.⁶³ Og erstatningsspørgsmålet procederes tilsyneladende ikke altid med tilstrækkelig styrke; ifølge *Mogens Plesner* har dette sædvanligvis psykologiske årsager.⁶⁴ Et første skridt mod optimal kompensationsudmåling er at undersøge, hvorfor rettighedshaverne fra en generel betragtning ikke underbygger deres erstatningspåstande mere omhyggeligt. Det økonomisk rationelle svar er, at det ikke kan betale sig. Det kan dels betyde, at muligheden for at få tilkendt sagsomkostninger samt erstatning for interne tab i forbindelse med konstatering af krænkelsen, er utilstrækkelig til at dække rettighedshaverens udgifter til advokat, revisor og andre eksterne konsulenter. Og dels kan det betyde, at rettighedshaveren forventer, at ska-

62. Det hævdes endvidere, at det er lettere at anslå den ved retskrænkelsen indvundne fortjeneste end at dokumentere rettighedshaverens tab, jf. *Koktvedgaard*, 1965, op. cit., s. 271 m.henv.

63. Blandt mange eksempler se *U.1979.248 Ø*.

64. *Plesner*, 1986, op. cit., s. 375.

Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser

den ved at skulle tilgængeliggøre oplysninger om egne kommercielle forhold overstiger den mulige kompensation.

Immaterialretslovgivningens erstatningsregler forekommer i det store hele hensigtsmæssige – bortset fra det anførte om betydningen af krænkerens gevinst. Retspolitiske skridt synes derfor i hovedsagen at burde rettes mod de eksisterende hindringer for fremskaffelse af relevante oplysninger og dokumentation. Initiativ af denne art er taget med introduktionen af vederlagsreglen i dansk immaterialret. Vederlagsreglen varslede en ny metode til kompensationsudmåling.⁶⁵ Betydningen af vederlagsreglen skal nok ikke overvurderes, da et lignende resultat kunne nås efter de gamle regler, hvilket tydeligst illustreres af de sager, hvor der på markedet var etableret et normalt honorar for udnyttelse af den pågældende type rettigheder.⁶⁶ Skønt der foreligger et antal afgørelser, som formentligt havde fået et andet og set fra rettig-hedshavernes synsvinkel heldigere udfald, såfremt de var truffet på grundlag af en vederlagsregel,⁶⁷ er en endelig løsning på immaterialret-tens erstatningsproblem endnu ikke fundet.

65. Jf. *Koktvedgaard*, 1999, op cit., s. 398.

66. *U.1985.257 Ø*, *U.1984.201 Ø*, *U.1979.685 Ø* og *U.1976.245 Ø*.

67. F.eks. *U.1993.572 H*, *U.1983.1074 SH* og *U.1962.756 SH*.

Elektroniske kontrakter i europæisk perspektiv

Professor, dr.jur. Ruth Nielsen

1. *Emne og problemstilling*

Denne artikel handler om tre direktiver: fjernsalgsdirektivet fra 1997,¹ signaturdirektivet fra 1999² og e-handelsdirektivet fra 2000.³ Formålet er at undersøge betydningen af de forskellige regelsæts målsætninger for den reguleringsramme for elektroniske kontrakter, der er under dannelse på EU-plan, med henblik på at belyse de heraf følgende perspektiver for dansk ret.

De tre direktiver repræsenterer bedømt efter deres formål tre delvis forskellige reguleringsammenhænge, der i stikordsform kan karakteriseres ved følgende:

- forbrugerbeskyttelse
- fri bevægelighed på det indre marked
- fællesskabsretlig integration (intégration juridique communautaire, Community legal integration)

Samspelet og modsætningerne mellem de to første typer målsætninger har været diskuteret indgående i litteraturen siden 1970'erne.⁴ Den sidste målsætning (fællesskabsretlig integration), der formuleres i e-handelsdirektivet, er ny i kontraktretlig sammenhæng.

EU Domstolen anvender i en række tilfælde en fortolkningsstil, der fastlægger en EU retlig bestemmelses mening ved at begynde med dens *ordlyd* på samtlige autentiske sprog, og hvis denne ikke er tilstrækkelig klar, går videre til *sammenhængen* og *målsætningen* på det givne

1. Direktiv 97/7/EF om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg.
2. Direktiv 1999/93/EF om en fællesskabsramme for elektroniske signaturer.
3. Direktiv 2000/31/EF om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel i det indre marked (Direktivet om elektronisk handel).
4. Se fx Geraint Howells and Thomas Wilhelmsson, EC Consumer Law, Aldershot 1997.

historiske *udviklingstrin*. I denne artikel tilstræber jeg at anvende samme metode.⁵

2. *Fjernsalgsdirektivet – Forbrugerbeskyttelse*

Direktivet om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med fjernsalg, eller som det hedder i de fleste andre sproglige versioner⁶ i forbindelse med distanceaftaler, giver forbrugerne nogle mindsterettigheder ved distanceaftaler, uanset om disse indgås med elektroniske midler eller på mere gammeldags måde, fx ved traditionelt postordresalg.

De fleste elektroniske kontrakter, der indgås mellem en erhvervsdrivende og en forbruger vil være omfattet af fjernsalgsdirektivet, der definerer fjernsalg som:

enhver aftale mellem en leverandør og en forbruger vedrørende varer eller tjenesteydelser, der er indgået som led i et system for varesalg eller levering af tjenesteydelser organiseret af leverandøren, som for den pågældende aftales vedkommende udelukkende anvender en eller flere former for fjernkommunikationsteknik frem til og inklusive selve indgåelsen af aftalen

Handelskøb, der indgås elektronisk, og elektroniske kontrakter mellem to private, der ikke optræder erhvervsmæssigt, falder således uden for fjernsalgsdirektivet. Direktivets art 1 bestemmer, at:⁷

5. Min sproglige formåen rækker kun til at læse de store sprog (engelsk, fransk, tysk) og de nordiske sprog.
6. I de fleste andre sproglige versioner henviser titlen ikke til „fjernsalg“, men til „distanceaftaler“, se fx den engelske (Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts), den franske (Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance), den tyske (Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz) og den svenske (Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal).
7. På engelsk (The object of this Directive is to approximate the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning distance contracts between consumers and suppliers), på fransk (La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les contrats à distance entre consommateur et fournisseur), på tysk (Gegenstand dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten) og på svensk (Syftet med detta direktiv är en tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om distansavtal mellan konsumenter och leverantörer).

Ruth Nielsen

formålet med direktivet er at tilnærme medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om aftaler vedrørende fjernsalg indgået mellem en forbruger og en leverandør.

Det er klart i lyset af de andre sproglige versioner, at anvendelsen af ordet „salg“ i den danske version ikke kan tillægges særlig betydning. Direktivet gælder ikke kun køb og salg, men mere generelt distanceaftaler. Fjernsalgsdirektivet kræver, at medlemslandene mindst skal give forbrugerne en række rettigheder omfattende:

Ret til forudgående oplysninger (art 4)

Skriftlig bekræftelse af oplysningerne (art 5)

Fortrydelsesret (art 6)

Opfyldelse af kontrakten senest 30 dage regnet fra dagen efter, at forbrugeren har afgivet sin bestilling til leverandøren (art 7)

Desuden indeholder direktivet regler om betaling med kort (art 8), levering uden forudgående anmodning (art 9) og begrænsninger i anvendelsen af fax, e-mail mv (art 10).

3. Signaturdirektivet – Fri bevægelighed på det indre marked

Elektroniske kontrakter vil kun være omfattet af direktivet om elektroniske signaturer i tilfælde, hvor en sådan anvendes. Signaturdirektivet indeholder kun i mindre omfang aftaleretlige regler. Direktivet om elektroniske signaturer sigter først og fremmest mod at sikre fri bevægelighed for visse certificeringstjenester vedrørende elektroniske signaturer på det indre marked. Direktivet har efter art 1 til formål at lette brugen af elektroniske signaturer og bidrage til disses retlige anerkendelse. Det fastlægger en retlig ramme for elektroniske signaturer og visse certificeringstjenester, for at det indre marked kan fungere efter hensigten.

Direktivet omfatter ikke aspekter i forbindelse med kontraktens indgåelse og gyldighed eller andre retlige forpligtelser, som ifølge national ret eller fællesskabsret er undergivet formkrav. Direktivet kræver således ikke, at national aftaleret harmoniseres, men det forhindrer, at medlemsstaterne gør funktioner som certificeringstjenesteydere afhængig af forhåndsgodkendelse af en offentlig myndighed. Der skal være fri adgang til markedet. I signaturdirektivets præambel siges det,

at

(17) det er ikke dette direktivs mål at harmonisere national aftaleret, herunder især regler om kontraktindgåelse og -opfyldelse eller andre ikke-aftaleretlige formkrav vedrørende underskrifter: derfor bør bestemmelserne om elektroniske signaturers retsvirkninger ikke berøre⁸ formkrav til indgåelse af kontrakter eller regler til bestemmelse af, hvor en kontrakt er indgået, som er fastsat i national ret;

Art 1, stk. 2 bestemmer tilsvarende, at direktivet ikke omfatter aspekter i forbindelse med kontraktens indgåelse og gyldighed eller andre retlige forpligtelser, som ifølge national ret eller fællesskabsret er undergivet formkrav, og det berører heller ikke de regler og begrænsninger, der efter national ret eller fællesskabsret gælder for anvendelsen af dokumenter. Om direktivets formål bestemmer art 1, at:

Formålet med dette direktiv er at lette brugen af elektroniske signaturer og bidrage til disses retlige anerkendelse. Det fastlægger en retlig ramme for elektroniske signaturer og visse certificeringstjenester, for at det indre marked kan fungere efter hensigten.

Det omfatter ikke aspekter i forbindelse med kontraktens indgåelse og gyldighed eller andre retlige forpligtelser, som ifølge national ret eller fællesskabsret er undergivet formkrav, og det berører heller ikke de regler og begrænsninger, der efter national ret eller fællesskabsret gælder for anvendelsen af dokumenter.

I forslaget til direktivet⁹ siges, at retlig anerkendelse betyder, at signaturer, der er baseret på et autoriseret certifikat udstedt af en certificeringstjenesteudbyder, som opfylder kravene i bilag II til direktivet, dels anerkendes som opfyldende de retlige krav vedrørende en håndskreven underskrift, dels kan godtages som bevis ved retshandlinger på samme måde som håndskrevne underskrifter.

8. Der står ikke „berøre“ men „bevare“ i den danske tekst, men det må være en fejl. Den engelske tekst lyder: 'the provisions concerning the legal effect of electronic signatures should be without prejudice to requirements regarding form laid down in national law with regard to the conclusion of contracts or the rules determining where a contract is concluded;'. De andre sproglige versioner svarer til den engelske.

9. KOM(1999) 195, Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om en fælles ramme for digitale signaturer s 4.

4. *E-handelsdirektivet – Flere formål*

4.1. *Generelt om direktivet*

Elektroniske kontrakter indgået mellem erhvervsdrivende indbyrdes eller mellem en erhvervsdrivende og en forbruger er omfattet af e-handelsdirektivet. Elektroniske kontrakter mellem to private, der ikke optræder erhvervsmæssigt, falder uden for e-handelsdirektivet. Det samme gælder elektronisk kommunikation med offentlige myndigheder qua myndigheder. Hvis det offentlige optræder som handlende, fx ved offentlige indkøb, der foretages elektronisk, er handlen omfattet af e-handelsdirektivet.

Direktivets art 9 om behandling af kontrakter foreskriver, at medlemsstaterne skal sikre, at deres retssystem gør det muligt at indgå kontrakter elektronisk. Medlemsstaterne skal bla sikre, at de juridiske krav, der gælder for aftaleindgåelsen, hverken er til hinder for anvendelse af elektroniske kontrakter eller fører til, at sådanne kontrakter på grund af den omstændighed, at de er indgået elektronisk, mister deres retsvirkning og gyldighed.¹⁰ Medlemsstaterne kan bestemme, at dette ikke gælder for:

- a) kontrakter, der skaber eller overfører rettigheder i fast ejendom, bortset fra udlejningsrettigheder
- b) kontrakter, der ifølge loven kræver medvirken af domstole, offentlige myndigheder eller erhverv, som udøver offentlig myndighed.
- c) kontrakter om kaution og om sikkerhedsstillelse fra personer, der handler uafhængigt af deres handelsmæssige eller erhvervsmæssige virksomhed
- d) familieretlige og arveretlige aftaler.

Art 6 og 10 fastlægger nogle regler om oplysningspligt, der er deklatoriske i handelsforhold, og udgør præceptive mindsteregler i forbrugerftaler.

Ifølge direktivets art 11 skal Medlemsstaterne sikre, at følgende principper finder anvendelse, når tjenestemodtageren afgiver sin ordre elektronisk, medmindre andet er aftalt i handelskøb:

10. En tilsvarende bestemmelse findes i UNCITRALs modellov om Electronic Commerce fra 1996, hvis art 5 lyder: „Legal recognition of data messages. Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message.“

Elektroniske kontrakter i europæisk perspektiv

- tjenesteyderen skal bekræfte modtagelsen af tjenestemodtagerens ordre uden unødigt forsinkelse og elektronisk.
- ordren og bekræftelsen af dens modtagelse anses for modtaget, når parterne, som de er adresseret til, har adgang til dem.

En tjenesteyders modtagelsesbekræftelse kan bestå i onlinelevering af den tjeneste, der leveres mod vederlag.¹¹

Medlemsstaterne skal sikre, at tjenesteyderen, medmindre andet er aftalt i handelskøb, stiller hensigtsmæssige, effektive og tilgængelige tekniske midler til at finde og rette indtastningsfejl til rådighed for tjenestemodtageren, inden ordren afgives.

E-handelsdirektivet indeholder flere forskellige formålsangivelser. Der er et vist element af forbrugerbeskyttelse i det,¹² men dets centrale målsætninger er knyttet til fri bevægelighed og udvikling af fællesskabsretlig integration.

4.2. Sikring af det indre markeds funktion

Art 1 i e-handelsdirektivet bestemmer:

1. Dette direktiv har til formål at sikre et velfungerende indre marked, særlig den frie bevægelighed for informationssamfundets tjenester mellem medlemsstaterne.
2. Ved dette direktiv foretages der, i det omfang det er nødvendigt for at nå det i stk. 1 omhandlede mål, en tilnærmelse af visse nationale bestemmelser om informationssamfundstjenester, som vedrører det indre marked, tjenesteydernes etablering, kommerciel kommunikation, elektroniske kontrakter, formidleransvar, adfærdskodekser, udenretslig bilæggelse af tvister, klageadgang og samarbejde mellem medlemsstaterne.

Ovennævnte formulering peger i retning af et traditionelt indre markeds direktiv. På linie hermed henvises der i præambelens pkt. 6 til, at retlige hindringer for det indre marked af hensyn til Fællesskabets mål og på baggrund af art 43 EF om etableringsfrihed og art 49 EF om fri bevægelighed for tjenesteydelser og den afledte fællesskabsret bør fjernes gennem koordinering af visse nationale lovgivninger og præcise-

11. Jf. præambelens pkt. 34.

12. Se navnlig oplysningspligtreglerne i art 6 og 10.

Ruth Nielsen

ring på fællesskabsplan af visse juridiske begreber, i det omfang det er nødvendigt for et velfungerende indre marked. Da e-handelsdirektivet kun vedrører visse specifikke spørgsmål, som giver anledning til problemer for det indre marked, overholder det ifølge præambelen kravet i art 5 EF om subsidiaritetsprincippet.

4.3. Fri bevægelighed for information som udslag af ytringsfriheden
E-handelsdirektivet anlægger et bredt perspektiv på den frie bevægelighed, idet fri bevægelighed både ses som et middel til at udvikle markedet (både det indre marked og det globale marked, jf. nedenfor) og til at realisere en menneskerettighed. Pkt. 9 i præambelen til e-handelsdirektivet fastslår således, at:¹³

Den frie bevægelighed for informationssamfundstjenester kan i mange tilfælde i fællesskabsretten også være et særligt udtryk for et mere generelt princip, nemlig ytringsfriheden som defineret i artikel 10, stk. 1,¹⁴ i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der er ratificeret af alle medlemsstaterne;

På grund af denne sammenhæng med ytringsfriheden, siges det videre i præambelens pkt. 9, at direktiver om levering af informationssamfundstjenester skal sikre, at denne virksomhed kan udøves frit i lyset af EMRK art 10 og kun med de begrænsninger, der er omhandlet i nævnte artikels stk 2¹⁵ og i art 46, stk 1 EF.¹⁶

13. Der er ingen nævneværdig forskel mellem de forskellige sproglige versioner af denne bestemmelse.

14. Art 10, stk. 1 i EMRK bestemmer:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

15. Art 10, stk. 2 EMRK bestemmer: 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

16. Art 46 EF, der står i afsnittet om etableringsfrihed, indeholder det såkaldte ordre public forbehold. Efter art 55 EF, der handler om tjenesteydelser, finder art 46 EF tilsvarende anvendelse på tjenesteydelser.

De begrænsninger, der opregnes (national security, etc i EMRK art 10, stk. 2 samt den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed i art 46 Efø, omfatter, som det ses, ikke alle de hensyn, der kan tænkes at begrunde indskrænkninger i fri bevægelighed for e-handelstjenester, fx er forbrugerhensyn ikke nævnt. Det samme gælder hensyn til at beskytte mod diskrimination på grund af det ene eller det andet af de efterhånden mange forbudte kriterier i diskriminationslovgivningen.

Inden for anvendelsesområdet for fri bevægelighedsreglerne skal der ske en *afvejning* af det ønskelige i at realisere de mål, restriktioner forfølger, over for det uønskelige i de restriktive virkninger på det indre marked, de kan have, og det kræves at restriktioner for at kunne accepteres skal overholde proportionalitetsprincippet og EU's grundrettigheder.

I Centros-sagen,¹⁷ der handlede om etableringsfrihed, udtrykte EU-Domstolen generelt restriktionsforbudet som et krav om, at nationale foranstaltninger, der kan genere udøvelsen af de ved EF-Traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre attraktiv, skal opfylde fire betingelser: 1) de skal anvendes uden forskelsbehandling, 2) de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, 3) de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og 4) de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.

Det synes uklart, om sammenkoblingen i e-handelsdirektivet mellem fri bevægelighed for informationer og ytringsfrihed, der er en af de grundlæggende rettigheder, som Unionen respekter efter art 6 EU, indebærer, at der er mere vidtgående fri bevægelighed vedrørende informationstjenester end vedrørende andre tjenester, eller om EU Domstolen vil fastholde sin hidtidige praksis og efter omstændighederne acceptere restriktioner begrundet i andre tvingende hensyn end dem, der er eksplicit nævnt i art 10, stk. 2 EMRK eller art 46 EF, fx hensyn til forbrugerbeskyttelse.

Generelt er EU Domstolens fortolkning vedrørende fri bevægelighed baseret på traktatfortolkning og er udtryk for, hvordan Domstolen mener EF-Traktaten skal forstås. EF-Traktaten kan ikke ændres ved direktiv. Det må derfor antages, at begrænsningen i undtagelserne fra den frie bevægelighed i e-handelsdirektivets præambel ikke får afgørende betydning.

17. Sag C-212/97, Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Saml 1999 I-1459.

4.4. *Det indre marked og EU's position på det globale marked*

I den udstrækning, e-handelsdirektivet sigter mod fri bevægelighed på markedet, er det ikke kun det indre marked i Fællesskabet, man har i tankerne, men også sikring af fri bevægelighed på det globale marked og sikring af Den europæiske Unions position på dette. Herved adskiller e-handelsdirektivet sig fra fjernsalgsdirektivet og signaturdirektivet. Der er ingen eksplicit henvisning til Den europæiske Union i målsætningsangivelserne i fjernsalgsdirektivet.

I direktivet om elektronisk signatur bestemmes det i præambelens pkt. 7, at det indre marked sikrer den fri bevægelighed for personer, hvorfor unionsborgere og andre, der er bosat i EU, i stigende omfang har behov for kontakt med myndigheder i andre medlemsstater end den, hvori de er bosiddende. Elektronisk kommunikation vil kunne blive til stor nytte i den forbindelse. Bortset fra denne henvisning til, at elektronisk kommunikation kan gøre livet lettere for unionsborgere er der ingen henvisninger til Unionen i direktivet om elektroniske signaturer.

E-handelsdirektivet fremtræder i langt højere grad end de to andre direktiver som et direktiv, der tilsigter at bidrage til Unionens udvikling. Den første betragtning i præambelen fastslår, at Den Europæiske Union har som mål at skabe stadig tættere bånd mellem de europæiske stater og folk for at sikre økonomiske og sociale fremskridt. I præambelens betragtning 59 siges det, at

Til trods for den elektroniske kommunikations globale karakter er det nødvendigt at koordinere de nationale regulerende foranstaltninger inden for Den Europæiske Union for at undgå en opsplitning af det indre marked og for at få etableret en hensigtsmæssig regulerende ramme på europæisk plan; en sådan koordinering bør også bidrage til at fastlægge en stærk, fælles forhandlingsposition i internationale fora.

I pkt. 61 siges det videre, at hvis markedet skal fungere effektivt elektronisk i en global sammenhæng, er det påkrævet, at Den Europæiske Union og de vigtigste områder uden for Europa konsulterer hinanden med henblik på at tilpasse deres lovgivninger og procedurer. Samarbejdet med tredjelande om elektronisk handel bør styrkes, især med ansøgerlandene, udviklingslandene og andre handelspartnere.

Der er ikke eksplicit henvist til Unionstraktaten i den foran citerede bestemmelse i præambelens pkt. 9, hvor fri bevægelighed for informationstjenester anskues som udslag af princippet om ytringsfrihed i

henhold til art 10 EMRK, men det kunne der have været, idet art 6 EU henviser til de grundlæggende principper i EMRK, herunder art 10 om ytringsfriheden.

4.5. *Retlig integration (intégration juridique communautaire)*

Det historisk nye i målformuleringerne i e-handelsdirektivet er den foran nævnte bredere unionsretlige sammenhæng og bestemmelsen om fællesskabsretlig integration som målsætning. I præamblen til e-handelsdirektivet fastslås det i betragtning 3, at:

Fællesskabsretten og Fællesskabets retsorden har stor betydning for at gøre det muligt for Europas borgere og aktører fuldt ud og uden hensyn til grænser at udnytte de muligheder, der er forbundet med elektronisk handel; dette direktiv har således til formål at sikre et højt lovgivningsmæssigt integrationsniveau i Fællesskabet på området, så der opstår et reelt område uden indre grænser for informationssamfundstjenester.

Denne bestemmelse har noget forskellig ordlyd i de forskellige sproglige versioner.¹⁸

18. I den engelske version lyder den: (3) Community law and the characteristics of the Community legal order are a vital asset to enable European citizens and operators to take full advantage, without consideration of borders, of the opportunities afforded by electronic commerce; this Directive therefore has the purpose of ensuring a high level of Community legal integration in order to establish a real area without internal borders for information society services.

I den franske version: (3) Le droit communautaire et les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire constituent un atout essentiel pour que les citoyens et les opérateurs européens puissent bénéficier pleinement, sans considération de frontières, des possibilités offertes par le commerce électronique. La présente directive a ainsi pour objet d'assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information.

I den tyske version: (3) Das Gemeinschaftsrecht und die charakteristischen Merkmale der gemeinschaftlichen Rechtsordnung sind ein wichtiges Instrument, damit die europäischen Bürger und Unternehmen uneingeschränkt und ohne Behinderung durch Grenzen Nutzen aus den Möglichkeiten des elektronischen Geschäftsverkehrs ziehen können. Diese Richtlinie zielt daher darauf ab, ein hohes Niveau der rechtlichen Integration in der Gemeinschaft sicherzustellen, um einen wirklichen Raum ohne Binnengrenzen für die Dienste der Informationsgesellschaft zu verwirklichen. Den svenske formulering er: Gemenskapsrätten och det som kännetecknar gemenskapens rättssystem är en viktig tillgång för att de europeiska medborgarna och operatörerna till fullo, utan att behöva ta hänsyn till några gränser, skall kunna utnyttja de möjligheter som den elektroniska handeln erbjuder. Detta direktiv syftar därför till att se till att en hög nivå av gemenskapsintegration åger rum inom det rättsliga området för att få till stånd ett verkligt område utan inre gränser för informationssamhällets tjänster.

4.5.1. Fællesskabsretten og Fællesskabets retsorden

Anvendelse af formuleringen 'Fællesskabsretten og Fællesskabets retsorden' i den danske version af direktivet adskiller sig fra de andre sproglige versioner. Det fremgår af disse, at det, der menes er fællesskabsretten og de *særlige karakteristika* ved fællesskabets retsorden.¹⁹

Hvilke særlige karakteristika, der tænkes på, siges ikke eksplicit, men det er formentlig principperne om fællesskabsrettens forrang frem for national ret, direkte virkning for nationale domstole, kravet om, at direktiver skal implementeres ved hjælp af visse nationale retskilder (normalt lovgivning) frem for andre, pligten til direktivkonform fortolkning og princippet om effektiv, judiciel beskyttelse.²⁰

4.5.2. Et højt lovgivningsmæssigt integrationsniveau i Fællesskabet

Den danske version af direktivet adskiller sig også ved at anvende udtrykket 'et højt lovgivningsmæssigt integrationsniveau i Fællesskabet' noget fra de andre sproglige versioner. Ifølge den franske tekst er formålet med e-handelsdirektivet at sikre „un niveau élevé d'intégration juridique communautaire“. Den engelske tekst er tilsvarende, idet direktivet siges at have 'the purpose of ensuring a high level of Community legal integration'. Den svenske tekst er på linie hermed. Den tyske og danske²¹ tekst taler om retlig integration i Fællesskabet, uden at præcisere, om der er tale om fællesskabsretlig eller en anden variant af retlig integration.

I lyset af den franske og engelske tekst må det antages, at meningen er, at direktivet skal bidrage til at sikre et højt niveau af fællesskabsretlig integration.

Det er ikke præciseret i direktivet (eller dets forarbejder), hvad der menes med et højt niveau af fællesskabsretlig integration. Det må fortolkes i den sammenhæng, det indgår i, hvor det indledningsvis fremhæves, at fællesskabsrettens særlige karakteristika er et vigtigt instrument, der kan hjælpe europæiske borgere og virksomheder med at dra-

19. Se den engelske tekst: Community law and the characteristics of the Community legal order, den franske tekst: Le droit communautaire et les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire, den tyske tekst: Das Gemeinschaftsrecht und die charakteristischen Merkmale der gemeinschaftlichen Rechtsordnung og den svenske tekst: Gemenskapsrätten och det som kännetecknar gemenskapens rättssystem.

20. Se generelt om fællesskabsrettens særlige karakteristika i den EU-retlige litteratur, fx Ruth Nielsen: EU Ret, Kbhvn 1999 kap IV.

21. Den danske tekst taler som det ses om lovgivningsmæssig integration, hvor de andre sproglige versioner mere generelt taler om retlig, evt. fællesskabsretlig, integration.

ge fordel af elektronisk handel uden at blive hindret af grænser. Desuden må fortolkningen, i overensstemmelse med den teleologiske fortolkningsstil, EU-Domstolen anvender, ske i lyset af formålet med det høje niveau af fællesskabsretlig integration som er at skabe 'et reelt område uden indre grænser'.

4.5.3. Et reelt område uden indre grænser

De tilsvarende formuleringer i de andre sproglige versioner er: 'a real area without internal borders' 'un réel espace sans frontières intérieures', 'einen wirklichen Raum ohne Binnengrenzen' og 'ett verkligt område utan inre gränser'.

Disse formuleringer leder tanken hen på art 2 EU, der tale om at bevare og udbygge Unionen som et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed,²² hvor der er fri bevægelighed. Art 61 EF bestemmer i pkt c), at Rådet med henblik på gradvis at indføre et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed skal vedtage foranstaltninger vedrørende civilretligt samarbejde i henhold til art 65 EF.

I marts 2000 præsenterede Europa Kommissionen et „Scoreboard to review progress on the creation of an area of „Freedom, security and justice“ in the European Union“,²³ som indeholder følgende bestemmelse:

3.3. Greater convergence in civil law

In order to smooth judicial cooperation and to enhance access to law, better compatibility and more convergence between the legal systems must be achieved.

Tilsvarende erklærede Det Økonomiske og Sociale udvalg i sin udtalelse om²⁴ forslaget til Rådets forordning (EF) om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager i April 2000:²⁵

22. I den engelske version: to maintain and develop the Union as an area of freedom, security and justice, i den franske: de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice, i den tyske: -die Erhaltung und Weiterentwicklung der Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, og i den svenske: bevara och utveckla unionen som ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.

23. COM(2000)167.

24. EFT 2000 C 117.

25. I den engelske version: 4.1.5.1. In parallel, it would also be important to secure convergence of civil and commercial rights within the European Union; in the longer term this is a condition for the creation of a genuine area of freedom, justice and se-

4.1.5.1. Det vil ligeledes være vigtigt at sikre konvergens på det civil- og handelsretlige område i EU, hvilket på længere sigt er en forudsætning for skabelse af et område med ægte frihed, sikkerhed og retfærdighed.

E-handelsdirektivet indgår således, fortolket ud fra formålet og sammenhængen, på længere sigt i en bestræbelse på at skabe konvergens mellem medlemslandene på det civil- og handelsretlige område.

Denne ændrede sammenhæng har også betydning for indholdet af princippet om funktionel ækvivalens, se om dette også nedenfor. Tidligere blev det overladt til hver stat at bestemme, hvilke funktioner forskellige elementer i den aftalemæssige kommunikation skulle tjene, men på et globaliseret elektronisk marked bliver et overnationalt eller a-nationalt²⁶ perspektiv mere relevant. Kuner og Miedbrodt²⁷ konkluderede fx i en artikel fra 1999 (min kursivering):

What is becoming clear is that, whereas written signature requirements were earlier regarded purely as matters of national law, the growing use of the Internet and electronic signatures is putting increasing pressure on nationally-based conceptions of written signatures, and *will force regulators and courts to confront the need to develop more internationally-oriented notions of the functions* of a signature in a globally-networked world.

Der er således ved at opstå et behov for en harmoniseret opfattelse af hvilke funktioner formkrav, underskriftkrav mv. varetager. På det nuværende udviklingstrin er der ret store forskelle mellem de nationale retssystemer, navnlig mellem civil law og common law systemer, hvilket kan hæmme den retlige integration, e-handelsdirektivet opstiller

curity, i den franske: 4.1.5.1. Parallèlement, il serait important aussi d'assurer une convergence des droits civils et commerciaux dans l'Union européenne, ce qui est la condition, à terme, pour la création d'un véritable espace de liberté, de justice et de sécurité, i den tyske: 4.1.5.1. Gleichzeitig müsste auch für eine Konvergenz des Zivil- und Handelsrechts in der Europäischen Union gesorgt werden, was auf längere Sicht die Voraussetzung für die Schaffung eines wirklichen Raumes der Freiheit, des Rechts und der Sicherheit wäre og i den svenske: 4.1.5.1. Samtidigt är det också viktigt att säkerställa konvergens på de privaträttsliga och handelsrättsliga områdena inom EU, vilket på sikt är en förutsättning för att inrätta ett område med verklig frihet, rättvisa och säkerhet.

26. Sml Christina Hultmark: Auctions and Exchanges On-Line. The Autonomous Internet Marketplace, baggrundspapir til seminar på Juridisk Institut, oktober 2000.

27. Christopher Kuner og Anja Miedbrodt: Written Signature Requirements and Electronic Authentication: A Comparative Perspective, *The EDI Law Review* 2/3, 1999 p 143, se også på http://www.kuner.com/data/sig/signature_perspective.html.

som målsætning. Babette Aalberts og Sabine van der Hof²⁸ fremhæver således, at der er:

‘major differences between Common Law and Civil Law with respect to the meaning of requirements of form. In the United States, for instance, the emphasis is on the signer’s intention to be bound, rather than on the security of the signing process. ...

In contrast, as an example of a Civil Law system, German legal requirements of form cannot be moulded as liberally as in the U.S. situation, which amounts to the need for a high level of reliability and security in order to satisfy these requirements....

The heavy requirements set by German law explain the choice for a digital signature law, setting the secure digital signature technique as a standard and at the same time establishing a security infrastructure’..

5. *Perspektiver for dansk ret*

5.1. *Forskydning i retskildestrukturen pga de fællesskabsretlige krav til implementering af direktiver*

I forbindelse med udviklingen af elektroniske kommunikationsformer har det – både på nationalt niveau og i internationale fora, fx UNCITRAL²⁹ – været sædvanligt at lægge vægt på princippet om *funktionel ækvivalens*, hvilket indebærer, at digitale meddelelser sidestilles med meddelelser på papir, hvis de funktioner, papiret sikrer, kan sikres lige så godt ved digital kommunikation.

På den måde kan „gamle“ regler som fx den danske aftalelov ved fortolkning³⁰ anvendes på nye tekniske fænomener. De allerede gældende aftaleretlige regler kan et langt stykke vej ved fortolkning i lyset af princippet om funktionel ækvivalens anvendes på alle former for kommunikation, herunder digital kommunikation. Hultmark konkluderede således i 1998:³¹

28. Aalberts, Babette og Sabine van der Hof: Digital Signature Blindness Analysis of Legislative Approaches to Electronic Authentication, *The EDI Law Review* 2000 p 1.

29. Se fx den foran citerede art 5 i UNCITRALs modellov om Electronic Commerce fra 1996.

30. Fortolkning ud fra princippet om funktionel ækvivalens er formentlig en parallel til den teleologiske fortolkningsstil, EU-Domstolen anvender.

31. Hultmark Christina: *Elektronisk handel och avtalsrätt*, Stockholm 1998 s 101.

„De särskilda problemställingar som elektronisk handel ger upphov till är i hög grad möjliga att hantera inom ramen för redan existerande avtalsrättsliga regler och principer.“

Mads Bryde Andersen konkluderer på linie hermed,³² at fuld ligestilling af papirdokumenter og elektroniske dokumenter alene bør anbefales inden for områder, hvor der hersker den fornødne funktionelle ækvivalens, dvs. en tilstrækkelig klar „advarselsfunktion“ og en sikker fremgangsmåde til opbevaring og fremfindning af det underskrevne. Han antager,³³ at forslaget til e-handelsdirektivet er udtryk for samme tankegang som den, de nordiske forbrugerombudsmand har givet udtryk for.³⁴ Han fortsætter (min kursivering): „Da forslaget [til e-handelsdirektivet] må antages at harmonere med gældende nordisk aftaleret på forbrugerområdet, og da e-handelspraksis i øvrigt synes at leve op til disse krav om tydelighed mv., synes det *ikke ud fra et rent nordisk synspunkt nødvendigt med lovregulering* på området.“

E-handelsdirektivet og anden direktivregulering af aftaleretten er imidlertid udtryk for en anden retskildetradition end den rent nordiske. Et af formålene med e-handelsdirektivet er som nævnt at sikre et højt niveau af fællesskabsretlig integration og der henvises i præambelens art 3 eksplicit til fællesskabsrettens særlige kendetegn. Et af disse er, at direktiver ikke kan implementeres ved hjælp af en hvilken som helst retskilde, men normalt kun ved de mest objektiverede retskilder som lovgivning. Når der er vedtaget et EF-direktiv, er der implemen-

32. Nordisk Ministerråd: Shopping på internettet, TemaNord 1999:598 s 88.

33. Nordisk Ministerråd: Shopping på internettet, TemaNord 1999:598 s 73.

34. De nordiske forbrugerombudsmand, december 1998: Fælles holdning til handel og markedsføring på Internettet og i tilsvarende kommunikationssystemer. Pkt. 4 om Elektronisk aftaleindgåelse bestemmer:

Aftalefunktionen bør være klart adskilt fra andre funktioner.

Den erhvervsdrivende bør give en forsvarlig vejledning om produktets/ydelsens egenskaber, herunder brugsegenskaber, holdbarhed, sikkerhedsrisici og vedligeholdelsesmuligheder.

Inden elektronisk aftaleindgåelse bør forbrugeren have fuld klarhed over samtlige vilkår, herunder hvad forbrugeren bestiller og til hvilke priser (inklusive transportomkostninger, skatter og afgifter mv.). Den erhvervsdrivende bør endvidere tydeligt oplyse, om forbrugeren har en aftalt eller lovbestemt fortrydelsesret.

Den erhvervsdrivende bør give en ordrebekræftelse til forbrugeren. Ordrebekræftelse bør sendes pr. fysisk post eller eventuelt pr. elektronisk post, hvis forbrugeren udtrykker ønske herom.

Forbrugeren bør have mulighed for ubesværet at opbevare alle givne informationer i fysisk eller maskinlæsbar form.

teringspligt for den nationale lovgiver. Hvis den ikke opfyldes, er der statsligt erstatningsansvar. Det er ikke tilstrækkeligt til opfyldelse af implementeringspligten, at national ret indholdsmæssigt stemmer med direktivet. EU-retten stiller krav om, at det korrekte indhold skal fremgå af visse retskilder frem for andre.

Som en grov hovedregel kan man sige, at direktiver altid kan og normalt skal opfyldes ved lovgivning eller administrative forskrifter, mens retskilder som forarbejder, praksis, forholdets natur, den juridiske litteratur, kollektive overenskomster mv. aldrig skal og kun i begrænset omfang kan benyttes til at opfylde EF-direktiver.³⁵ Ifølge e-handelsdirektivets art 22 skal medlemsstaterne i overensstemmelse med de generelle fællesskabsretlige principper sætte de nødvendige *love og administrative bestemmelser* i kraft for at efterkomme direktivet inden den 17. januar 2002.

Dansk aftaleret har i en lang periode været præget af en retskildestruktur, hvor den relevante lovtekst, navnlig aftaleloven er gammel og af beskedent omfang, således at de reelt afgørende retskilder har været retspraksis, almindelige retsprincipper og overvejelser i litteraturen ud fra forholdets natur. På området for elektroniske kontrakter viger denne retskildetradition med e-handelsdirektivets vedtagelse for den fællesskabsretlige retskildestruktur.

5.2. Den danske implementering af de tre direktiver

Implementeringen af fjernsalgsdirektivet og signaturdirektivet har – i overensstemmelse med de fællesskabsretlige krav – allerede medført ny dansk lovgivning, og det forekommer sandsynligt at det samme vil blive tilfældet i forhold til e-handelsdirektivet.

Den danske lov om visse forbrugeraftaler blev ændret pr 1.6.2000 for at implementere fjernsalgsdirektivet.³⁶ Ændringsloven indebærer en generel udvidelse af reglerne om fortrydelsesret til som hovedregel at omfatte både levering af tjenesteydelser og salg af varer samt forlængelse af fortrydelsesfristen, som herefter er 14 dage. Der er i lovens kap 4 indført detaljerede regler om fjernsalg, herunder reglerne anvendelsesområde, information af forbrugere og fortrydelsesret.

I Danmark blev der vedtaget en lov om elektroniske signaturer i 2000³⁷ med ikrafttræden 1.10.2000. Ifølge lovens § 13 skal bestem-

35. Se nærmere Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 1999 s 119 og om statsligt erstatningsansvar samme kap IV samt Nielsen, Ruth: Retkilderne, Kbhvn 1999 s 64.

36. Ved lov nr. 442 af 31.5.2000.

37. Lov nr. 417 af 31.5.2000.

melse i lovgivningen, hvorefter elektroniske meddelelser skal være forsynet med signatur, anses for opfyldt, hvis meddelelsen er forsynet med en avanceret elektronisk signatur, der er baseret på et kvalificeret certifikat, og som er fremstillet ved brug af et sikkert signaturgenereringssystem.

En række spørgsmål vedrørende elektronisk indgåelse af kontrakter lades uomtalte i e-handelsdirektivet, men det indeholder også en del præciseringer i forhold til, hvad der står i danske lovtekster, fx aftaleloven og markedsføringsloven.

Forslaget til e-handelsdirektivet indeholdt en regel om tidspunktet for kontraktens indgåelse, men i det vedtagne direktiv er spørgsmålet om tidspunktet for kontraktens indgåelse ikke reguleret.

I forhold til den danske aftalelovs § 1 er det interessante, hvornår der foreligger et bindende tilbud og hvornår en bindende accept. Udstilling af varer med angivelse af pris på en hjemmeside må efter dansk ret formentlig ligestilles med udstilling af prismærkede varer i et forretningsvindue.³⁸ Her har det været diskuteret, om det er en opfordring til at gøre tilbud eller et tilbud. I praksis³⁹ er det antaget, at der er tale om et tilbud.

5.3. Ændring af forbrugerbegrebet

Det fremgår eksplicit af fjernsalgsdirektivet, at det er et minimumsdirrektiv. Direktivets Art 14 bestemmer:

Minimumsbestemmelser

Medlemsstaterne kan inden for det område, der omfattes af dette direktiv, vedtage eller bevare strengere bestemmelser, der er forenelige med traktaten, for at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau. Disse bestemmelser omfatter eventuelt forbud af hensyn til almenvellet mod fjernsalg af visse varer eller tjenesteydelser, navnlig lægemidler, på deres område under overholdelse af traktaten.

På en række områder vedrørende det indre marked er de nationale skønsmargener afløst af fælles harmoniserede regler for hvilke krav/restriktioner tjenesteydere kan mødes med. E-handelsdirektivet

38. Se for samme opfattelse Nordisk Ministerråd: Shopping på internettet, TemaNord 1999:598 s 69. Se for den modsatte opfattelse Susanne Karstoft: EU-direktivforslaget om elektronisk handel – aftaleindgåelse på internettet, Juristen 2000 s 251.

39. U 1985,877.

er et eksempel på et sådant harmoniseringsdirektiv. Det fastlægger i forhold til en række spørgsmål vedrørende kommerciel kommunikation, elektroniske kontrakter og formidleransvar, hvilke krav der kan (og skal) stilles til tjenesteydere. Efter e-handelsdirektivet er vedtaget, har medlemslandene ikke længere beføjelser til selv at skønne over, hvilke restriktioner de finder nødvendige, men har pligt til at følge direktivet og afstå fra at stille yderligere krav, ligesom de gensidigt skal acceptere etableringslandets kontrol med, at tjenesteyderen overholder etableringslandets regler som tilstrækkelig. Forbrugerrådet har ud fra forbrugerpolitiske synsvinkler kritiseret, at modtagerlandene (som hovedregel) afskæres fra at udøve kontrol.⁴⁰

E-handelsdirektivet er således et maksimumdirektiv, der lægger loft over hvad medlemslandene kan kræve, fx højst det meget begrænsede formidleransvar, direktivet foreskriver.

Herved lægges *loft over forbrugerbegrebet* i forhold til elektronisk handel, i hvert fald for så vidt angår grænsen mellem forbruger aftaler og aftaler mellem erhvervsdrivende. Direktivet stiller strengere krav til tjenesteydere i forhold til forbrugere end i forhold til erhvervsdrivende. Et enkelt EU-land, som fx Danmark, kan derfor ikke frit gøre forbrugerbegrebet mere omfattende end den EU-retlige definition. Det ville indebære en overskridelse af direktivets maksimumkrav. Begrebet forbruger defineres i e-handelsdirektivets art 2 litra (fø som

en fysisk person, der i forbindelse med de af dette direktiv omfattede aftaler ikke handler som led i sit erhverv.

Denne definition er identisk med den, der er benyttet i tidligere forbrugerretlige direktiver, fx direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler⁴¹ og i fjernsalgsdirektivet.⁴² Disse direktiver er imidlertid minimumsdirektiver, der tillader medlemslandene at indføre mere gunstige regler for forbrugerne. Ved implementeringen i Danmark pr 1.1.1995 af direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler blev der indsat en definition i aftalelovens § 38 a, stk 2, der lyder:

40. Høringssvar til Forbrugerstyrelsen vedrørende direktivforslag om elektronisk handel, findes på http://www.fbr.dk/politik/artikel/H_elektr Handel.htm.

41. 93/13/EØF art 2 litra b).

42. 97/7/EF art 2 nr. 2).

Ved en forbruger aftale forstås i denne lov en aftale, som en erhvervsdrivende indgår som led i sit erhverv, når den anden part (forbrugeren) hovedsagelig handler uden for sit erhverv. Den erhvervsdrivende har bevisbyrden for, at en aftale ikke er en forbruger aftale.

Forud for indførelsen af denne bestemmelse var det i praksis antaget, at ikke kun fysiske personer, men også juridiske personer efter omstændighederne kunne anses for forbrugere efter dansk ret.⁴³ I teorien antages det, at denne retstilstand er fortsat efter 1995.⁴⁴ I forhold til den daværende EU-retlige ramme, der kun minimumsharmoniserede forbrugerreglerne, var der ikke noget problem heri, men efter e-handelsdirektivet er vedtaget,⁴⁵ skal aftalelovens § 38a læses i en ny EU-retlig ramme, nemlig et maksimumdirektiv, der lægger loft over forbrugerbegrebet i forhold til elektronisk handel. Juridiske personer falder klart uden for ordlyden af den EU-retlige definition af en forbruger, der benytter udtrykket „fysisk person“.

Efter den danske aftalelovs § 38, stk. 3 og den danske købelovs § 4 a omfatter begreberne forbruger aftale og forbruger køb også en aftale mellem to private, når aftalen er indgået eller formidlet for den ene part af en erhvervsdrivende. Det er muligt, at der også heri ligger en udvidelse af det danske forbrugerbegreb i forhold til det EU retlige, men da aftaler mellem to ikke-erhvervsdrivende indbyrdes falder uden for de direktiver, der diskuteres her, er Danmark frit stillet i forhold til EU til at udvide forbrugerbegrebet i den retning.

6. *Afslutning*

Fjernsalgsdirektivet er først og fremmest et forbrugerbeskyttelsesdirektiv, mens de to andre direktiver er indre markeds direktiver. Herudover har e-handelsdirektivet en bredere unionsretlige målsætning ligesom det har til formål at sikre et højt niveau af fællesskabsretlig integration, så der opstår et reelt område uden indre grænser for informationssamfundstjenester, jf punkt 3 i præamblen.

43. Jf. U 1988, 945 om et antennelaug.

44. Jf. Lennart Lyng Andersen i Aftaleloven med kommentarer af Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørgaard, Kbhvn 1999 s 244.

45. Efter EU-Domstolens dom i Kolpinghuis-sagen, Sag 80/86, Saml 1987 s 3969 gælder pligten til EU-konform fortolkning af national ret allerede fra vedtagelsen af et direktiv og ikke først fra implementeringsfristens udløb.

Elektroniske kontrakter i europæisk perspektiv

Gomard⁴⁶ diskuterer i en artikel om et retspolitisk program for dommerskabt ret spillerummet for judiciel retspolitik i lyset af den nationale, danske magtfordelingslære, der adskiller lovgivningsmagt, der placeres hos Folketinget, og dømmende magt. Den traditionelle magtfordeling mellem folketing, domstole og regering er ændret gennem Danmarks medlemskab af EU, som flytter væsentlige dele af lovgivningsmagten til EU-institutioner, mens domstolene får udvidet deres funktioner, idet de udover fortsat at være nationale domstole også bliver fællesskabsdomstole ifølge art 10 EF. E-handelsdirektivet er et eksempel på denne udvikling inden for det kontraktretlige område.

46. Gomard, Bernhard: Et retspolitisk program for dommerskabt ret, i Højesteret 1661-1986, Særudgave af UfR, Kbhvn 1986 s 44 ff.

Förutsebarhet - ett juridiskt nyckelbegrepp med variationer

Professor Jan Ramberg

Få rättsvetenskapsmän kan uppvisa en sådan bredd i sin vetenskapliga produktion som Bernhard Gomard. Han har inte enbart ägnat civilrätten sitt intresse utan också presterat mäktiga verk på civilprocessens område. En sådan forskningsinriktning är synnerligen angelägen, eftersom man är föga hjälpt av en civilrättslig regel eller norm om den på grund av processrättsliga hinder av olika slag inte någorlunda effektivt kan förverkligas i praktiken

Det vore frestande att i en festskrift med anledning av Bernhard Gomards 75-årsdag anlägga ett liknande brett perspektiv. För detta lämpar sig onekligen förutsebarheten som ett juridiskt nyckelbegrepp. I en eller annan form förekommer nämligen förutsebarheten som ett viktigt inslag i otaliga doktorsavhandlingar och andra rättsvetenskapliga arbeten såväl inom civilrätten som den offentliga rätten. Men det skulle föra för långt att i detta sammanhang ens antyda begreppets rättsvetenskapliga konturer. Jag får nöja mig med några få iakttagelser främst avseende begreppets tillämpning inom civilrätten.

Man behöver inte tveka i fråga om själva utgångspunkten att det måste vara möjligt för medborgarna i ett samhälle att i förväg kunna bedöma de rättsliga effekterna av sina handlingar. Reglerna och normerna måste uppställas i förväg så att bedömningen kan göras *ex ante* och inte *ex post* först när handlingarna vidtagits. Detta tar sig uttryck i principen om *nulla poena sine lege* på straffrättens område men även inom skatterätten med principen *nullum tributum sine lege*. Men dessvärre föreligger ett betydande avstånd mellan dessa principer och deras förverkligande i praktiken. Gränsen till det straffrättsliga området luckras upp genom sanktionsavgifter, skatte- och tulltillägg m m och politiska önskemål att åstadkomma snabba och effektiva resultat leder emellanåt till att förbudet mot retroaktiv lagstiftning kränks. Högskattesamhället och politiska önskemål om främjande av olika slags särintressen har medfört att särskilt skatterätten urartat till en juridisk färskvara med kort varaktighet. I de flesta länder är skattesystemen så

komplexerade och svårbegripliga att förutsebarheten blir en chimär. Laglydiga medborgare som känner sig orättvist behandlade eller överutnyttjade och därför vill utnyttja de lagliga möjligheterna att minska sina skattebördor kommer in i en gråzon som ställer de rättstillämpande myndigheterna på svåra prov. När de inte anser sig kunna bestå provet återstår inget annat än kapitulation. Förutsebarheten uppoffras genom bestämmelser som säger att deklaranter inte nödvändigtvis skall bedömas i enlighet med gällande skattelag utan enligt de mer eller mindre diffusa kriterier som anges i skatteflyktslagar¹.

På civilrättens område används förutsebarhetsbegreppet i skilda sammanhang. Av grundläggande betydelse är principen om avtalslöftets bindande kraft (*pacta sunt servanda*). Som utgångspunkt är regeln i de flesta sammanhang en självklarhet, eftersom ett oförbindande avtalslöfte inte skulle fungera för sitt ändamål. I vissa sammanhang skulle man visserligen kunna lita till det sociala trycket och avstå från rättsligt sanktionerade löften. Men i vart fall i kommersiella sammanhang kräver det s k omsättningsintresset att man skall kunna lägga ett mottaget avtalslöfte till grund för sitt eget handlande. I de nordiska avtalslagarna har principen även kommit till uttryck i regeln om det skriftliga anbudet, som anses bindande under en legal acceptfrist även om anbudsgivaren inte markerat att anbudet skulle gälla utan möjlighet till återkallelse under preciserad eller skälig acceptfrist. Denna princip har t o m ansetts så viktig att den föranlett de nordiska staterna att reservera sig mot del II av 1980 års köplagskonvention (CISG), eftersom CISG utgår från principiellt motsatt princip att det skriftliga anbudet inte är bindande utan kan återkallas, om återkallelsen kommer fram till anbudstagaren innan han avsänt ett antagande svar (Art.16.1). Däremot gäller att anbudet inte kan återkallas, om det på ett eller annat sätt anger att det inte kan återkallas (Art. 16.2 a), eller om anbudstagaren rimligen kunde räkna med att anbudet inte kunde återkallas och handlat i förlitan på anbudets oåterkallelighet (Art. 16.2 b). Den ensidiga bundenheten till anbudet medger anbudets mottagare en viss spekulationsmöjlighet, vilket kan vara en nackdel på områden där den ifrågavarande varan är utsatt för starka och snabba prisfluktuationer. Sådana överväganden synes emellertid inte ha berett den nordiske lagstiftaren några märkbara bekymmer, eftersom principen om bundenheten till anbud även gäller sådana antagande svar som „konverterats“ till anbud om de kommit för sent eller innehållit til-

1. Se betr. frågan om sådana lagars grundlagsenlighet, A. Hultqvist, *Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen*, Stockholm 1995.

lägg eller ändringar (4 respektive 6 § avtalslagen)². Vi ser onekligen i första kapitlet av de nordiska avtalslagarna exempel på ett dogmatiskt genomförande av den s k löftesprincipen med påföljd att praktiska hänsyn, såsom t ex den bundne partens skydd mot den obundne partens spekulation, kommit i skymundan. Jag hade tillfälle att beröra dessa frågor i samband med ett föredrag inför Nordiska Juristmötet i Oslo i augusti 1999 med temat: „Den nordiska avtalsrätten och utvecklingen av en europeisk avtalsrätt“. Effekten av de nordiska ländernas vägran att acceptera del II av CISG blir ju, som jag framhöll i mitt anförande, begränsad eftersom del II av CISG ändå kommer att bli tillämplig i åtskilliga fall beroende på bestämmelsen om lagval i Art. 1 a. Ett typexempel är om en tysk säljare avger ett anbud till en köpare i något av de nordiska länderna. Tysk rätt blir i ett sådant fall tillämplig för avgörande av frågan i vad mån den tyske säljaren är bunden av sitt anbud. Denna fråga avgörs enligt CISG del II³. Det förefaller emellertid nu som om de nordiska staterna gemensamt kommer att ta tillbaka sin reservation och att del II sålunda kommer att bli fullt ut tillämplig även i Norden.

Det kanske viktigaste undantaget från principen om avtalslöftens och avtals bindande kraft föreligger i situationer då något inträffar som en part inte rimligen kunnat förutse och som medför antingen svåröverkomliga hinder mot prestationen eller ett starkt rubbat jämviktsförhållande när en part drabbats av en väsentligt ökad börda eller utebliven fördel⁴. Frågan om hinder mot fullgörelse behandlas i CISG:s Art. 79 om befrielsegrunder, där vi återfinner det s k kontrollansvaret med begreppet: „ett hinder utanför hans kontroll“ och de ytterligare förutsättningarna „att han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med hindret vid avtalsslutet eller ha undvikit eller övervunnit hindret eller dess följder“. Här återkommer sålunda förutsebarheten men nu i en ny skepnad. Det rör sig inte om total oförutsebarhet utan det som den drabbade parten skall ha räknat med vid tidpunkten för avtalsslutet underkastas en skälighetsbedömning. Denna bedömning påverkas rimligen av vad parter *normalt* i den föreliggande typsituationen brukar räkna med och leder därmed över till principerna om s k force maj-

2. Se K. Grönfors, *Avtalslagen*, Stockholm 1989, som förordar att principen om bundenhet till en „konverterad“ sen accept bör begränsas „vid starkt tidsbundna säsongvaror“ (s 50).

3. Se J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Scandinavia*, Köpenhamn 1996 s 6, 16 och 127.

4. Utebliven fördel kan normalt inte föranleda undantag från avtalsförpliktelser eller avtalsjustering. Se betr. förutsättningar för ingrepp i avtalsförhållandet *Unidroit's Principles of International Commercial Contracts* Art. 6.2.2 och Art. 6.2.3.

eure. Det skall för det första röra sig om hinder som inte emanerar från partens egen kontrollsfär. Det krävs sålunda att de är „utifrån kommande“. Hindereffekten skall vara stark men även denna kontrolleras av en skälighetsbedömning och man måste därvidlag avgöra vad som normalt brukar krävas av en part i den föreliggande typsituationen. Normen får man hämta från marknaden på samma sätt som anges i Art. 8.2 och Art. 25 med hänvisningar till en förnuftig person i den andra partens ställning. Om man ser problemet med utgångspunkt från önskemålet om förutsebarhet, bör normen hämtas från marknaden och den aktuella typsituationen. Man frågar sig i så fall inte primärt vad den enskilda parten själv kan ha förutsett och lagt till grund för sin avtalsutfästelse. Istället grundas bedömningen på vad som gäller generellt. Det är då naturligt att utgå från principen att vardera parten svarar strikt för sin prestation under förutsättning att avtalstypen är inriktad på ett bestämt resultat som vid köp består i att överlämna en avtalsenlig vara i tid och att på liknande sätt tillhandahålla motprestationen i form av pengar. Det rör sig vid köp om en resultatförpliktelse (obligation de résultat) och inte endast om en förpliktelse att med omsorg eftersträva resultatet (obligation de moyen)⁵. Under sådan förhållanden är det också förklarligt att man får svara för varjehanda hinder som till sin *typ* är kontrollerbara („hinder inom kontroll“), även om det måhända varit svårt eller omöjligt att kontrollera händelseförloppet i det enskilda fallet. Men varken kravet på förutsebarhet eller hindereffekt är absolut, helt enkelt därför att detta typiskt sett inte kan intolkas i avtalsutfästelsen. Medvetet eller omedvetet påverkas marknadens aktörer av vad som normalt brukar inträffa och sådant bör tas med i kalkylen vid bestämningen av avtalsvillkoren. Ett studium av förekommande standardavtal visar prov på force majeure-klausuler med uppräknings av sådan typhändelser för vilka den presterande parten vill undvika ansvar. Det rör sig då normalt om händelser av det mer ovanliga slaget som beräknas kunna inverka negativt på möjligheten att fullgöra avtalet. På grund av verklighetens obehagliga förmåga att överträffa avtalsförfattarens förutseende och fantasi kan uppräkningsarna knappast göras uttömmande. Även andra än uppräknade händelser brukar innefattas under förutsättning att de ligger „utom kontroll“. I åter andra typfall bestäms att inte ens de särskilt uppräknade typhändelserna får återopas om de inte ligger „utom kontroll“.

5. Se om denna indelning av avtalsförpliktelserna t.ex. K. Rodhe, *Obligationsrätt*, Stockholm 1956, § 3 samt *Unidroit Principles Art. 5.4*: „Duty to achieve a specific result“ till skillnad från „duty of best efforts“.

Det får betraktas som en tvivelaktig metod att först definiera ett *force majeure*-begrepp för att därefter med användning av begreppet komma fram till konkreta lösningar av enskilda fall⁶. Enligt Rodhe skulle man „måhända“ komma „relativt nära den hos oss gängse uppfattningen om man kräver att det skall vara en utifrån kommande, omfattande och sällan inträffande tilldragelse, som medför ett oöverstigligt hinder för gäldenären att presteras“⁷. En jämförelse mellan denna begreppsdefinition och Art. 79 CISG visar emellertid att man enligt CISG fokuserar på parternas avtal och avtalsituation snarare än på ett begrepp som visserligen pekar i samma riktning men som i vart fall delvis avviker från vad en „förnuftig person i samma situation“ som avtalsparten skulle komma fram till. Hur man än ser på saken är det omöjligt att med tillämpning av skälighetsbedömningar i fråga om vad som skall förutses och övervinnas uppnå erforderlig precision. Men detta är något man får leva med. I själva verket är det skadligare för rättsutvecklingen att förlita sig på de juridiska begreppens förmåga att träffsäkert leda oss till ändamålsenliga lösningar än att använda mera flexibla normer. Om man lyckas finna och riktigt tillämpa rättvisande normer från marknaden kommer man i regel närmare ett ändamålsenligt resultat⁸. Det är då också möjligt att åtminstone i vissa fall använda en rättsekonomisk metod,⁹ t ex vid bedömningen av säljarens skyldighet att hålla varor i lager som en beredskap mot oförutsedda leveranshinder. Överdrivna krav på säljaren i det hänseendet kan medföra en fördyring som på ett eller annat sätt måste övervältras på köparkollektivet.

Förutsebarhetsbegreppet återkommer vid bedömningen av den ersättning som skall utgå vid avtalsbrott. Huvudprincipen är visserligen att den som drabbas av avtalsbrottet åtminstone ekonomiskt skall försättas i samma situation som han skulle ha varit om han fått avtalsenlig fullgö-

6. Se O. Mestad, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*, Oslo 1991 samt min anmälan i *Juridisk Tidskrift* 1992/93 s 718-19.

7. K. Rodhe, *Obligationsrätt*, Stockholm 1956 § 30 vid not 34.

8. Se som ett exempel NJA 1998 s 893 där Högsta Domstolen nödgades korrigera en dom av Svea Hovrätt och erinra om att marknadsräntan i en marknadsekonomi förändras fortlöpande och att detta kunde förutses även om, såsom hovrätten antagit, det inte kunde förutses att räntan skulle gå upp och därmed fördyra kostnaden för en låntagare med skadeståndsanspråk mot en försumlig länsbostadsnämnd.

9. Se betr. metodens tillämpning på 36 § avtalslagen Trine-Lise Wilhelmsen, *Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet*, TfR 1995 s 1-246 samt betr. riskfördelningen i köprätten E. Runesson, *Rekonstruktion av ofullständiga avtal, särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, Stockholm 1996 passim.

relse. Men en tillämpning av denna princip ger upphov till många ytterst osäkra bedömningar. Man måste arbeta med flera hypotetiska antaganden. För det första får man fråga sig vad som skulle ha hänt om avtalet uppfyllts på ett riktigt sätt. För det andra måste man försöka fastställa inte bara vad som faktiskt inträffat på grund av avtalsbrottet utan också det förmodade händelseförloppet i tiden efter avtalsbrottet. I denna bedömning måste också vägas in vad den av avtalsbrottet drabbade personen skäligen kunnat vidta för åtgärder för att begränsa sin skada (se Art. 77 CISG). Om vi t ex antar att fullgörelse icke sker i tid kan det tänkas att köparen uppnår en vinst, eftersom han inte varit beredd att ta emot leveransen vid en tidigare tidpunkt och därför undviker de lagringskostnader som skulle ha uppstått om leverans skett vid avtalad tidpunkt. Men det kan också tänkas att dröjsmål med leveransen medför förlust av möjlighet att på förmånliga villkor sälja varan vidare. I det senare fallet föreligger behov att på något sätt begränsa säljarens risk att behöva betala en omfattande skadeståndersättning på grund av dröjsmål. Principen härom kommer till uttryck i Art. 74 CISG om „foreseeability of harm“ eller med sedvanlig terminologi i nordisk rätt adekvat kausalitet. Det räcker sålunda inte med orsakssamband mellan avtalsbrott och förlust utan denna måste också vara av sådant slag att ersättning bör utgå. Av avgörande betydelse är enligt Art. 74 CISG vad den avtalsbrytande parten förutsåg eller borde ha förutsett vid tidpunkten för avtalsslutet som en „möjlig följd av avtalsbrottet“ („possible consequence of the breach of contract“). Man skall sålunda ta fasta på omständigheter och förhållanden som den avtalsbrytande parten vid tidpunkten för avtalsslutet kände till eller borde ha känt till. Trots att det enligt bestämmelsens ordalydelse inte är fråga om en skälighetsbedömning, liknande den som anges i Art. 79 ifråga om möjligheten att förutse och undvika hinder, måste man ändå vid bedömningen av vad den avtalsbrytande parten *borde* ha förutsett göra en liknande bedömning. Den avgörande normen blir återigen vad en förnuftig person i samma ställning som den avtalsbrytande parten borde ha räknat med. Varierande uttryck används för att försöka precisera vad som skall falla utanför ersättningsskyldigheten (såsom t ex „avlägsna“, „onormala“ och „oberäkneliga“ följder av avtalsbrottet)¹⁰. Oavsett terminologin undgår man inte att göra en värdering. Sätillvida föreligger det ingen större skillnad mellan principen om förutsebarhet i Art. 74 CISG och det nordiska adekvansbegreppet. Viss osäkerhet före-

10. Se närmare härom J. Herre. Ersättningar i köprätten. Särskilt om skadeståndsberäkning, Stockholm 1996 s 321 ff.

ligger emellertid i nordisk rätt vad gäller fixeringen av den tidpunkt då den avtalsbrytande parten skall förutse händelseutvecklingen. Visserligen anses allmänt att vid strikt ansvar den relevanta tidpunkten, liksom enligt Art. 74 CISG, är tidpunkten för avtalslutet. Om däremot ansvarsgrunden istället är försummelse har man ansett det riktigast att utgå från tidpunkten för den skadeståndsgrundande försummelsen. Denna senare tidpunkt valdes av Högsta Domstolen i rättsfallet NJA 1991 s 217¹¹ som avsåg frågan om en banks skyldighet att ersätta en bankkund som på grund av bankens kontrollåtgärder fått vänta på utbetalningen så lång tid att han förlorade möjligheten att med vinst vidareförsälja en fastighet som inropats på exekutiv auktion.

Man har också anledning att fråga sig *vad* som skall förutses. I Art. 74 CISG anges detta med orden „possible consequence“ av avtalsbrottet. Detta inbjuder till en restriktiv bedömning eftersom man måste beakta ett stort antal möjligheter däri innefattat även betydande förluster, t ex just på grund av förlorade möjligheter att göra goda affärer vid vidareförsäljning av varan. Såsom det nämnda svenska rättsfallet NJA 1991 s 217 utvisar kan liknande problem uppkomma på grund av likviditetsbrist. Frestelsen för den som får betalning för sent att påstå förlust av sitt livs bästa affär måste betraktas som betydande. Det förtjänar att anmärkas att i 1994 års Unidroit Principles of International Commercial Contracts ribban synes ha sänkts något till förmån för den potentiellt skadeståndsskyldige genom att man nu istället talar om „harm“ som vid tidpunkten för avtalets ingående kunde förutses „as being likely to result from its non-performance“ (Art. 7.4.4). Dessutom har ordet „reasonably“ tillfogats ifråga om vad som kunde ha förutsetts. Men i kommentaren till denna bestämmelse anges att den stämmer överens med principen i Art. 74 CISG och detta trots den uppmjukning som skett med hänvisningen till en skälighetsbedömning och till att det nu inte längre är fråga om att förutse något som „possible“ utan vad som är „likely to result“, dvs inte vad som *möjligt* utan vad som *troligen* kan komma att inträffa¹².

Svårigheten att begränsa skadeståndsskyldigheten genom kravet på

11. Se beträffande detta rättsfall J. Herre, op. cit not 209) s 352-55 samt J. Ramberg, Juridisk Tidskrift 1991/92 s 99-104.

12. Se Principles of International Commercial Contracts, kommentar utg. av Unidroit Rom 1994, s 200. Skillnaden mellan *ordalydelsen* av Art. 74 CISG och Unidroit Principles Art. 7.4.4 är emellertid betydande. Se J. Ramberg, Breach of Contract and Recoverable Losses, [Making Commercial Law, Essays in Honour of Roy Goode utg. av Ross Cranston s 191 på s 196-7].

adekvans är notorisk. Den har också fått till följd standardiserade bestämmelser om begränsning av skadeståndsskyldigheten till viss procentdel av priset för den del av varan som fördröjts (vanligen per dröjsmålsvecka) och ofta totalt vid fel i varan. I sistnämnda hänseende är det t ex vanligt att befria säljaren från skadeståndsansvar i utbyte mot en skyldighet för honom att avhjälpa fel och, om även detta skulle misslyckas, begränsa skadeståndsskyldighet för kvarstående fel till en viss procentandel av priset (t ex 15%) och med i stort sett motsvarande procentuella begränsning av krav på ersättning för prisdifferens efter hävning¹³.

Den nordiske lagstiftaren har vid utformningen av de nya köplagarna i Finland, Norge och Sverige inspirerats av marknadspraxis genom att i 67 § köplagarna tillfoga en ytterligare begränsning av den strikta skadeståndsskyldigheten utöver den som gäller på grund av kravet på adekvat kausalitet. Detta uppnås genom en indelning av förlusterna i direkta och indirekta. Vill man få ersättning för annat än direkt förlust krävs i princip försummelse hos den avtalsbrytande parten (27 §) och vid fel i varan utgår ersättning för all förlust även vid avvikelser från vad säljaren särskilt har utfäst (40 §). I 67 § anges vilka förluster som skall betraktas som indirekta. Uppräkningen avslutas i den svenska lagen med bestämmelsen „annan liknande förlust, om den varit svår att förutse“ (67 § 2 st punkt 4). Förutom att gränsdragning mellan direkt och indirekt förlust i sig är svår kompliceras bilden av att oavsett typen av förlust den av avtalsbrott drabbade parten enligt 70 § måste vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Det torde höra till ovanligheterna att den skadelidande parten frågar sig vilken typ av förlust han undviker, när han vidtar normala åtgärder för att skydda sig och därmed också den skadevällande parten för de ekonomiska konsekvenserna av avtalsbrottet. Om de förluster som den av avtalsbrottet drabbade parten måste vidkännas i och för sig hör till den kategori som räknas upp som „indirekt förlust“, utesluter detta inte att han har rätt till ersättning om hans avsikt varit att begränsa en direkt förlust. Vad som vidtagits har ju i detta fall skett till förmån för den avtalsbrytande parten som ju i annat fall varit tvungen att erlagga ersättning enligt huvudregeln om det strikta ansvaret. Denna princip kommer till uttryck i 67 § 3 st. Bestämmelsen är svårtillämpad och har utsatts för be-

13. Se ICC:s Model International Sale Contract och kommentaren av J. Ramberg, Avtalsbrottens påföljder och ICC Model International Sale Contract [Festskrift till Gunnar Karnell, Stockholm 1999 s 571-578].

tydande kritik i den juridiska doktrinen¹⁴. Trots de nu nämnda försöken att begränsa den avtalsbrytande partens skadeståndsskyldighet kan situationer uppkomma då skadeståndet likväl blir oskäligt. I 70 § 2 st köplagen bestäms att det i så fall kan jämkas och vid jämkningen skall man ta hänsyn till bl a den skadeståndsskyldiges möjligheter att förutse skadans uppkomst. Genom de nu nämnda bestämmelserna om ansvarsbegränsning för indirekt förlust och möjligheten att jämka skadeståndet kommer det sålunda inom köprätten att bli nödvändigt att i vissa fall vid bestämmande av skadeståndsskyldigheten och dess omfattning värdera förutsebarheten i inte mindre än fyra olika sammanhang, nämligen:

1. I regeln om ansvarsundantag vid händelser utom kontroll där den som gör sig skyldig till avtalsbrott måste visa att han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med händelserna vid köpet (27 § köplagen).
2. Vid bedömningen av frågan om det föreligger adekvat kausalitet mellan avtalsbrottet och skadan, där det blir avgörande om skadan rimligen kunnat tas i beräkning (kravet på adekvat kausalitet, jfr Art. 74 CISG).
3. Vid gränsdragningen mellan s k direkt och indirekt förlust där den senare typen av förlust efter en konkret uppräknning av vissa typförluster förklaras omfatta även „annan liknande förlust, om den varit svår att förutse“ (67 §, andra stycket, punkt 4, köplagen).
4. Vid jämkning av oskäligt högt skadestånd där hänsyn bland annat skall tas till den skadeståndsskyldiges möjligheter att förutse skadans uppkomst (70 §, andra stycket, köplagen).

Självfallet är det angeläget att så långt möjligt precisera en så viktig sak som omfattningen av den ersättning som skall utgå vid avtalsbrott. Frågan är emellertid om man inte i själva verket här bort inse att försöket varit otjänligt. Måhända hade det varit en bättre lösning att avstå från den nu redovisade „finslipningen“ och istället acceptera principen i Art. 74 CISG utan tillägg och förändringar¹⁵. Önskvärd precision går ändå inte att uppnå oavsett hur reglerna utformas och man måste där-

14. Se t.ex. J. Kleineman, Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform [Festskrift till Jan Ramberg, Stockholm 1996 s 307-318].

15. Se J. Ramberg, The New Swedish Sales Law, Centro di studie ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi Conferenze e seminari 28, Rom 1997 s 1-22 på s 22.

för som lagstiftare dessvärre till marknadens aktörer överlämna uppgiften att precisera ersättningskyldigheten¹⁶.

Ytterligare en svårighet uppstår vid kompletterande skälighetsbedömningar som åsyftar att den som uppträtt särskilt klandervärt inte skall komma alltför billigt undan. Detta kommer bl a till uttryck i Principles of European Contract Law Art. 9:503 om „foreseeability“. Här har nämligen tillfogats att den avtalsbrytande parten inte får fördel av ansvarsbegränsningen för svårförutsebara förluster om avtalsbrottet var „intentional or grossly negligent“¹⁷. Detta tillägg föranleder flera problem. För det första måste man fråga sig om det ansvar som avtalsparten har för sina kontraktsmedhjälpare också skall medföra att avsiktliga eller grovt vårdslösa handlingar av dem skall medföra full och obegränsad skadeståndskyldighet för principalen eller om man istället skall begränsa effekten av det tillfogade undantaget till sådana avsiktliga eller grovt vårdslösa handlingar som förekommit hos principalen och vad gäller juridiska personer betraktas som sådant som skall tillräknas den juridiska personen själv („egenculpa“). Denna fråga var beträffande en ansvarsbegränsningsklausul föremål för bedömning av Högsta Domstolen i rättsfallet NJA 1998 s 330 där svenska Posten blev fullt ansvarig utan rätt till ansvarsbegränsning på grund av stöld av diamanter, eftersom det antogs att diamanterna stulits av en hos Posten anställd person¹⁸. Rättsfallet utvisar att man står inför liknande problem vid bedömningen av en ersättningsklausuls skälighet som vid tillämpningen av begreppet adekvat kausalitet. Ifråga om ansvarsbegränsningsklausuler har man emellertid i Principles of European Contract Law Art. 8:109 valt samma princip som i Unidroit Principles of International Commercial Contracts Art. 7.1.6. Ansvarsbegränsningsklausulen fråntas effekt om det skulle vara „grossly unfair“ att tillämpa den. Givetvis uppnås inte med ett sådant uttryck någon precision. Återigen måste de normer som skall styra bedömningen sökas hos förnuftiga personer på marknaden. Man får fråga sig om begränsningen av potentiell ersättningskyldighet vid avtalsbrott objektivt sett kan

16. Se J. Hellner, Consequential Loss and Exemption Clauses, Oxford Journal of Legal Studies 1981 s 13.

17. Se härom O. Lando och H. Beale, Principles of European Contract Law, Parts I and II, Dordrecht 2000 s 442 f, samt H. Honka, Harmonization of Contract Law through International Trade; A Nordic Perspective, Tulane European & Civil Law Forum, Vol. II, 1996 s 167 där han kritiserar denna „penal aspect“. Sådant, menar Honka med fog, hör inte hemma i modern kontraktsrätt.

18. Se för kritiska synpunkter på domen J. Hellner, Stulna diamanter, Juridisk Tidskrift 1998/99 s 150-158.

anses godtagbar vilket ju är en fråga som ofta sammanhänger med försäkringsförhållandena. Av stor betydelse blir naturligtvis också i vad mån de som riskerar att få nackdelar av avtalsbrott av olika slag räknar eller bör räkna med risken att inte i alla lägen få full ekonomisk kompensation. Många gånger är det inte risköverflyttningen som sådan som medför ett oskäligt resultat utan istället det *överraskningsmoment* som kan följa av långtgående och mindre vanliga avtalsklausuler. Fokuseringen enbart på subjektiva moment hos den avtalsbrytande parten – såsom uppsåt och grov vårdslöshet – medför dogmatiska fastlåsningar som inte så sällan leder fel¹⁹. För övrigt är avsiktliga avtalsbrott ingalunda alltid av ondo. Man behöver endast tänka på fall då en säljare på grund av uteblivna leveranser från underleverantörer väljer att fördela vad han har i lager proportionellt i förhållande till inneliggande beställningar („pro-rating the supply“). Han begår då avsiktligt avtalsbrott i förhållande till alla sina köpare, eftersom han ju istället kunde ha valt alternativet att åtminstone fullgöra fullt ut till en del av dem. Det är svårt att inse varför säljaren skall behöva erlagga ersättning utan det skydd som reglerna om förutsebarhet och adekvans avser att ge honom mot särskilt höga och oberäkneliga ersättningsanspråk av en del av de berörda köparna, i all synnerhet som det normalt är riktigare att minska leveranserna proportionellt än att diskriminera och tillgodose en del köpare fullt ut²⁰.

Med denna rapsodiska redovisning för tillämpningen av förutsebarhetsbegreppet har jag endast eftersträvat att visa att det liksom de flesta andra begrepp och dogmer endast är avsett som en vägvisare utan „träffsäkerhet“. Av större betydelse än själva vägvalet är emellertid att avgöra varifrån *normerna* för tillämpningen skall hämtas. Man bör då ta fasta på, som Bernhard Gomard uttrycker det, „hvad folk fornuftigvis ville regne med og tage i betragtning“²¹.

19. Se J. Ramberg, Ansvarsbegränsning en fråga om skälighet eller praktikabilitet [Festskrift till Ulf K. Nordenson, Stockholm 1999 s 383 på s 388].

20. Se J. Ramberg, Köplagen, Stockholm 1995 s 353 ff.

21. Obligationsret, 2. Del, Köpenhamn 1995 s 188.

Reform af den civile retspleje

Professor, dr.jur. Erik Werlauff

1. *Indledning*

Professor, dr. jur. *Bernhard Gomard* har i sit juridiske virke demonstreret en helt ekstraordinær alsidighed og bredde. Blandt de talrige emner, han har underkastet en dybdegående analyse til glæde for studerende, teoretikere og praktikere, er forskellige aspekter af procesretten. Dette gælder skifteretten, straffeprocessen og ikke mindst civilprocessen.

Det er derfor naturligt at tage et civilprocessuelt emne op i forbindelse med festskriftet til Gomard, og det emne, der i særlig grad forekommer centralt, er den gennemgribende reform af den civile retspleje, som må forventes gennemført inden for en kortere årrække. Uanset at jeg er medlem af Retsplejerådet med henblik på denne reform, er de følgende bemærkninger ikke udtryk for rådets opfattelse, men først og fremmest for mine egne synspunkter med hensyn til reformbehovet.

Det følgende er disponeret således, at der efter en mere generel introduktion til reformbehovet følger en gennemgang af en række reformmuligheder, systematiseret efter den rækkefølge, hvori de dukker op i retsplejeloven (rpl.), nærmere bestemt i rpl.s første bog om domsmagten m.v., anden bog med nogle fælles bestemmelser for borgerlige sager og straffesager og tredje bog om den borgerlige retspleje. Der kan kun berøres nogle af de relevante emner.

2. *Domstolene tilbage i den centrale rolle som tvistløser i samfundet*

Generelt må det være ønskeligt, at domstolene fremstår som konkurrencedygtige i forhold til de nærliggende alternativer, som gennem de senere år i nogen grad har trængt retssystemet i baggrunden.

Det er uheldigt, hvis (a) inkassosager overlades til bureauer eller i

Erik Werlauff

værste fald et gråt marked, fordi retssystemet ikke opleves som tilstrækkeligt, (b) hvis forvaltningsmæssige sager reelt ofte afgøres endeligt ved ankenævn som en slags „discount“-forvaltningsdomstole, og hvis (c) erhvervsmæssige sager går fra domstolene til voldgift, fordi erhvervslivet ønsker sig en hurtigere og mere sagkyndig sagsbehandling, end man mener at kunne få ved domstolene.

Det må derfor være ét af de centrale mål med en reform af den civile retspleje at udforme retssystemet, herunder instansfølgen og sagsbehandlingen, så domstolene af både private og erhvervsdrivende opleves som det naturlige sted for tvistløsning af enhver slags inden for en rimelig tid og rimelige omkostninger, og at Højesteret får mulighed for bedre og hurtigere at træffe afgørelse i de principielle sager, der i et tidssvarende retssystem bør høre hjemme hos landets øverste domstol.

3. Byretten som systemets nye grundpille (rpl. kap. 1)

Det er ikke tanken at ændre på de retter, vi i dag kender. De såkaldte „almindelige“ domstole er som bekendt, jf. rpl. § 1: Højesteret, jf. §§ 2 og 2 a, Østre Landsret og Vestre Landsret, jf. §§ 4-6 a, byretterne, jf. §§ 12-17, og Sø- og Handelsretten i København, jf. §§ 9, 9 a og 20 samt KL §§ 4-5. Herved skal det have sit forblivende.

Men hvis de intentioner, der skitseres nedenfor, om at styrke byrettens indsats og position, skal realiseres, må byretsstrukturen se væsentligt anderledes ud end i dag. Dette spørgsmål behandles i Strukturkommissionen, og også de følgende bemærkninger står for min egen regning.

Hvis byretten skal gøres til retssystemets hovedhjørneste og indgangsportal, skal byretterne styrkes i forhold til deres udseende i dag. Der skal være færre og stærkere byretter. Den enkelte byret skal rumme langt flere dommere, som gives mulighed for en specialisering, som de ofte ikke har mulighed for i dag, uden dog at evnen som generalist forskertses. Der skal gives mulighed for kollegial behandling, dvs. for deltagelse af flere dommere i den enkelte sag, hvis den kræver det, jf. nedenfor.

Byretterne, hvoraf der i dag er 82, dækker som bekendt hver en retskreds og har som udgangspunkt én byretsdommer. I mange byretter er der dog flere dommere. Københavns byret, der er den største, består således af en retspræsident og 42 andre dommere.

Hos byretten begynder de fleste civile sager (normalt alle dem, hvori

der ikke kræves over 1 mio. kr.) og langt de fleste straffesager (alle dem, hvori der ikke skal medvirke nævninge).

Et af målene med en reform af retssystemet bør være, at alle civile og kriminelle sager begynder i byret, og det antal byretter, der nødvendigvis af en sådan struktur, er vanskeligt at anslå. Måske taler vi om et antal svarende til vore amter (14), måske endnu færre. Vigtigt er det, at reformbestræbelserne ikke drukner i følelseladede ytringer fra lokalsamfundene, som vi så det ved kasernelukninger nødvendiggjort af hærens og luftvåbnets modernisering. Et antal hidtidige retter vil kunne bevares som bitingssteder.

De fleste brugere vil formentlig opleve byretten som værende tættere på dem, end andre domstole er, og det er da også i byretten, man finder andre grundlæggende retsfunktioner som fogedret, skifteret, tinglysning og notarialfunktion. Det falder naturligt i tråd hermed, hvis byretten gøres til *stedet*, hvor alle retssager først indbringes. Herefter koncentrerer landsretterne sig hovedsageligt om at være appel-domstole i både anke- og kæresager.

Gennem en koncentration og styrkelse af byretterne vil det endvidere blive muligt at oprette sekretariater ved den enkelte byret, som kan hjælpe dommerne med sagsforberedelsen, forberedende retsmøder, litteratur- og domssøgning, koncepter til domme og kendelser, vejledning af brugere m.v. Også herigennem vil kvaliteten af domstolenes arbejde, herunder brugervenligheden og brugernærheden, kunne blive væsentligt styrket.

Sekretariatet skal endvidere kunne skønne over, på hvilken måde en indkommen sag bedst behandles. Der skal være flere farver på paletten. Nogle sager vil være velegnede til at forsøge en forligsmægling (mediation) i en tidlig fase, jf. nedenfor, og der vil kunne spares meget betydelige ressourcer for det offentlige og for parterne, hvis der i en tidlig fase tilbydes mægling.

4. *Sø- og Handelsretten styrkes som special-byret (rpl. §§ 9 og 9 a)*

Sø- og Handelsretten blev oprettet i 1861 efter et stærkt ønske fra erhvervslivet og med udenlandsk forbillede. Den har i de forløbne år bevist sin store værdi som en betydningsfuld specialdomstol, der nyder udbredt tillid i handels- og søsager. Men i sin egenskab af første instans vil det under en reform af retssystemet være mest naturligt, at Sø- og

Erik Werlauff

Handelsretten snarest betragtes som en specialiseret byret, og at dens afgørelser derfor appelleres til landsret, selvsagt med samme henvisningsmulighed og mulighed for direkte appel, som foreslås nedenfor vedrørende appel af byretternes afgørelser.

Det er næppe helt udelukket af formulere reglerne om direkte appel lidt anderledes for Sø- og Handelsrettens vedkommende, så der bliver en noget forøget mulighed for direkte appel til Højesteret i forhold til den tilsvarende direkte appel fra byret til Højesteret, eventuelt således at alle principielle sager (ikke blot hastende, principielle sager) kan appelleres direkte fra Sø- og Handelsretten til Højesteret med Procesbevillingsnævnets tilladelse.

Der vil herved i det hele blive opnået et system, som gør landsretterne til anden instans, og som forbeholder Højesteret rollen som tredje instans efter tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, så Højesteret kan koncentrere sig om at sikre retsenheden, fungere som kontrollant af grundrettigheder m.v., alt med de foran nævnte – få – undtagelser.

Sø- og Handelsrettens område er (bortset fra markedsføringssager, hvor dens område er hele Danmark) Københavns kommune, Frederiksberg kommune, Københavns amt og Hørsholm retskreds i Frederiksborg amt.

Man kunne overveje at udvide området til at omfatte hele Frederiksborg amt samt ligeledes Roskilde amt (retterne i Køge og Roskilde) for blandt andet herved at markere vigtigheden af denne specialdomstol for erhvervsager m.v.

5. *Dommernes faglige tyngde styrkes (rpl. kap. 4)*

Dommere er i meget vidt omfang generalister, og denne egenskab skal de bevare, også under den nye struktur. Men det kan ikke negligeres, at de i stigende grad står over for advokater, som er specialiseret, og som mestrer særlige juridiske discipliner som skatteret, fællesskabsret, immaterialret, miljøret, konkurrenceret, socialret etc. etc.

Skal dommeren da i stadigt flere tilfælde møde advokaten og sagen som et ubeskrevet blad eller som et kar, der skal fyldes op? Eller skal dommeren påbegynde sagsbehandlingen med en faglig viden, som matcher advokaternes specialviden, så mange indledende forklaringer overflødiggøres, og dommerens traditionelt noget tilbagetrukne rolle kan give plads for en mere aktiv medleven, der stiller betydelige krav til advokaterne, også fagligt? Svaret giver næsten sig selv.

I flere af de lande, vi sammenligner os med, regnes mange af dommerne blandt de særligt kyndige på en række juridiske fagområder. Dommerne deltager i de faglige diskussioner, skriver lærebøger, deltager aktivt på faglige seminarer og præger i det hele taget den faglige udvikling på samme måde som specialiserede advokater, lektorer og professorer. En sådan udvikling er ønskelig også herhjemme, fordi den vil styrke respekten for dommerstanden og dermed højne dommenes kvalitet på længere sigt.

Der skal således etableres en domstolsstruktur og instansfølge, som muliggør, at den enkelte dommer både bevarer sin generelle juridiske viden og sit almindelige sunde *judgement*, men samtidig opnår specialviden på nogle juridiske områder. Det er en ny dommertype, der her ved gradvis fremstår. Der ligger i disse bemærkninger ingen kritik af vor nuværende, yderst kompetente dommerstand.

6. *Sagkyndige retsmedlemmer i flere sagstyper (rpl. kap. 9 b)*

Sø- og Handelsretten i København består som bekendt af en retspræsident, én eller flere (p.t. 2) vicepræsidenter, en dommer og et antal sagkyndige medlemmer, som (normalt) ikke er jurister. I den enkelte sø- eller handelssag medvirker én enkelt juridisk dommer, som alt efter sagens art suppleres med 2 (undtagelsesvis 4) sø- eller handelskyndige dommere.

Når en byret uden for Storkøbenhavn undtagelsesvis virker som sø- eller handelsret, jf. rpl. §§ 18 a-b, medvirker der 2 søkyndige, hhv. 2 handelskyndige dommere. Det forekommer, at byretten således må virke som søret, jf. fx *UfR 1999.2074 V* om en straffesag mod Greenpeacefolk for en demonstration mod et amerikansk flådefartøj. Muligheden for at lade byretten virke som handelsret udnyttes derimod ikke i praksis.

Hvis domstolene, særligt i relation til erhvervslivet, skal kunne genvinde terræn i forhold til voldgift, er det nødvendigt, at der gives mulighed for mere erhvervs- og sagkyndige afgørelser hos domstolene. Ellers vil tendensen i retning af at fravælge domstolene og tilvælge voldgift forstærkes.

Der er principielle betænkeligheder forbundet med en sådan tendens. Som generel ulempe ved voldgift kan anføres, at betydelige dele af praksis dermed unddrages offentlighedens og retsvidenskabens kendskab, jf. *Carsten Smith* i *TfR 1993.474 ff.* Det må også principielt

Erik Werlauff

fastholdes, at det offentlige skal være leveringsdygtigt i tvistløsninger på alle niveauer. Det er uheldigt, hvis domstolene opleves som utilstrækkelige til tvistløsninger af visse kategorier.

Domstolene skal derfor indrettes, så de matcher de forventninger, også erhvervsvirksomheder har til en tvistløsning. Dette indebærer dels en styrkelse af den enkelte dommers faglige kompetence, jf. foran, dels en øget mulighed for at lade sagkyndige deltage som meddommere i den enkelte sag. Inspireret af Sø- og Handelsrettens – af alle erkendte – kvaliteter kan det derfor med fordel overvejes at lade særligt handelskyndige m.v. deltage i byretsbehandlingen.

7. Mere smidige afhøringsregler (rpl. kap. 18)

Det er en almindelig erfaring, at parts- og vidneafhøringer efter omstændighederne kan tage særdeles megen tid under domsforhandlingen i en sag. I adskillige sager er dette nødvendigt, ligesom det fortsat vil være det.

Men dette bør ikke være til hinder for, at man kritisk betragter den traditionelle domsforhandling i en borgerlig retssag i Danmark: Er det i alle tilfælde rimeligt og nødvendigt, at sagen indebærer fuld dokumentation (dvs. langvarig oplæsning af dokumenter), afhøring af begge eller alle involverede parter, afhøring af et ofte betydeligt antal vidner, advokaternes procedure og dommerens tilkendegivelse og forligsbestræbelse i første instans?

Et udblik til andre landes domstole (og til domstole i internationale retssystemer) vil vise, at man ofte kan lægge nogle mere smidige rammer for domsforhandlingen. Man kunne tænke sig, (a) at oplæsning af dokumenter blev undladt eller dog begrænset, idet relevante dokumenter forudsattes læst af advokater, dommere og parter, ligesom offentlighedshensynet blev varetaget gennem regler om udstrakt dokumentoffentlighed, (b) og at en række parts- og vidneforklaringer var afklaret på forhånd gennem skriftlige erklæringer, videoafhøringer m.v., således at domsforhandlingen i væsentlig grad kunne koncentreres om det væsentlige. En sådan koncentration indebærer, at der tillægges sagens advokater et betydeligt ansvar for, at *fact-finding* fasen er velbehandlet forud for domsforhandlingen.

Samtidig bør ny teknik inddrages i retternes arbejde, så et vidne eller en part kan afgive forklaring fra et videocenter nærmere sit hjem eller sit arbejde, ligesom også telefonisk afhøring af vidner med mindre

central betydning for sagen kan være relevant. Når nogle sikkerheds- og identifikationsmæssige spørgsmål er afklaret, og denne nye IT-relaterede teknik er indført, vil man antagelig få vanskeligt ved at fatte, at vi i en årrække har klaret os uden.

8. *Byretten som første instans i alle sager (rpl. kap. 21)*

Indtil 1989 var det som bekendt rpl.s formelle hovedregel vedrørende saglig kompetence, at civile sager i første instans var landsretssager. En vigtig undtagelse blev gjort for sager om penge under en vis beløbsgrænse („landsretsgrænsen“). For at aflaste landsretterne og sende flest muligt sager i byret som første instans blev landsretsgrænsen gentagne gange forhøjet. I 1989 tog man konsekvensen af den gennem årene stedfundne udvikling og gjorde det også til rpl.s formelle hovedregel, at borgerlige retssager i første instans behandles ved byret, jf. § 224.

Der er tre undtagelser fra hovedreglen om byretsbehandling: (1) Sager, der automatisk er landsretssager, men hvor parterne kan vedtage byretsbehandling, hvis de er enige. Det drejer sig om formodningsvis særligt „betydningsfulde“ sager, hvor der er tale om at domstolsprøve en afgørelse truffet af et ministerium eller af den øverste statslige klageinstans, fx Erhvervsankenævnet, jf. § 225, stk. 1. (2) Sager, der af byretten kan henvises til landsret, hvis én eller begge parter anmoder om det, jf. § 226. Der kan være tale om henvisning af sager af principiel karakter, eller hvis udfald vil få væsentlig betydning for andre end parterne, eller som har særlig indgribende betydning for en part, eller hvor en part er en offentlig institution (uden at der dog er tale om at efterprøve et ministeriums eller en central statslig klageinstans' afgørelse, for så var sagen jo automatisk en landsretssag), eller som rejser spørgsmål om anvendelse af fællesskabsret eller udenlandsk ret, eller som – efter udtalelse fra landsretten – bedst kan behandles i forbindelse med en anden sag, der allerede verserer for landsretten, jf. *Eva Smith* i J 1991.414 f med kritik af den da relativt beskedne anvendelse af henvisningsmuligheden. (3) Sager, der af en part kan sendes til landsret, hvis sagen ligger over landsretsgrænsen på nu 1 mill. kr., jf. § 227.

De sidste årtier har været præget af et betydeligt pres på landsretterne og Højesteret. For at afhjælpe de problemer, dette pres har udløst, har det været nødvendigt at forøge antallet af afdelinger i landsretterne

ganske betydeligt. Alligevel har det været nødvendigt at ændre kompetencereglerne, så flere sager begynder i byretten. Senest skete dette i 1998 ved forhøjelsen af „landsretsgrænsen“ til 1 mill. kr. Af bemærkningerne til dette lovforslag fremgår, at man overvejede helt at ophæve beløbsgrænsen og lade alle sagerne begynde i byretten. Man fandt imidlertid, at en så radikal ændring forudsatte en større reform med en betydelig styrkelse af byretsbehandlingen i større, principielle eller særligt komplicerede sager.

Bemærkningerne påpegede desuden et andet aspekt: Det er ønskeligt, at Højesterets begrænsede ressourcer anvendes til afgørelser af principiel karakter. Dette medfører, at der skal skaffes plads til visse principielle sager, der i dag ikke indbringes for Højesteret. Dette kræver atter en begrænsning af sager, der i dag indbringes til afgørelse af ikke-principielle spørgsmål, typisk bevisspørgsmål.

Tanken om at gøre byretten til første instans i så høj grad forudsætter som nævnt, at der skabes færre og mere koncentrerede byretter med større mulighed for specialisering af de enkelte dommere, og tillige med bedre sekretariatsfunktioner. Tanken må endvidere anskues i sammenhæng med spørgsmålet om muligheden for kollegial behandling i byretten, så flere dommere efter omstændighederne deltager i pådømmelsen af den enkelte sag. Inspireret af Sø- og Handelsrettens – af alle erkendte – kvaliteter kan det som nævnt overvejes at lade særligt handelskyndige m.v. deltage i byretsbehandlingen.

9. *Mulighed for gruppesøgsmål (rpl. kap. 23)*

I dansk ret kender vi ikke det særlige angelsaksiske begreb gruppesøgsmål, *class action*. Det er udtryk for, at en større gruppe personer, der kan være skadet ved samme begivenhed, fx en miljø- eller børssag, repræsenteres gennem samme søgsmål uden egentlig at være part i sagen, men således at dommen alligevel på visse betingelser bliver retskraftig for dem. Betingelserne er normalt, at den eller de, der stævner, er repræsentative for hele gruppen og magter at føre sagen på betryggende vis. Hvad erstatningen angår, kan der da enten føres særskilte miniretsager om erstatningsudmålingen (idet ansvarsgrundlaget da er afgjort ved hovedsagen), eller der kan udmåles standardiserede erstatninger.

Class action kræver hjemmel, og en sådan findes ikke i den danske rpl. I Sverige overvejes det at indføre en sådan hjemmel, jf. *SOU 1994:151* om grupprättegång. En række sager herhjemme kunne have

været velegnede til gruppesøgsmål, fx sagerne om erstatning for mangelfulde eternittagplader, om tilbagebetaling af det fællesstridige arbejdsmarkedsbidrag (ambi) m.v. Generelt vil gruppesøgsmål kunne være relevante ved forskellige former for „systemfejl“, fx ved konstruktionsfejl ved masseproducerede varer, for høj prisberegning i et antal ensartede sager, anvendelse af retsstridige standardvilkår, fejlbehæftet børsemission, racediskriminations-sager, større ulykker med kollektive samfærdselsmidler m.v.

En række sager vil i et retssystem uden mulighed for *class actions* i stedet blive reguleret gennem forlig og/eller gennem hensigtsmæssige procesaftaler (der indebærer afkald på passivitetsindsigelse, afkald på forældelsesindsigelse, tilsagn om at være bundet af en bestemt prøvesag samt tilsagn om forrentning af et eventuelt krav), men procesaftaler kan være meget vanskelige og tidkrævende at forhandle og indgå.

Modstandere af at indføre gruppesøgsmål kan henvise til, at denne af-taletype i sit oprindelsesland USA skal ses i lyset af manglen på detailregulering, myndighedskontrol og klagesystemer, så markedskontrollen i højere grad er overladt til civile søgsmål, hvortil kommer, at regler om *class actions* nødvendigvis må gribe temmelig dybt ind i den materielle erstatningsret, som gennem sådanne regler i nogen grad standardiseres.

Tilhængere af gruppesøgsmål kan henvise til, at svaghederne ved den traditionelt individuelle civile retshåndhævelse er et udslag af spændingerne mellem på den ene side et samfund præget af stigende økonomisk koncentration og standardisering, på den anden side et civilprocessystem, som fortsat er orienteret mod enkeltindivider. Tilhængerne kan herved argumentere, at et nærliggende svar på de problemer, som masseproduktion og massekontrahering har skabt for den civile retshåndhævelse, er en justering af den civilretlige sanktionsmekanisme i retning af bedre muligheder for kollektiv retshåndhævelse.

Det er min personlige opfattelse, at også denne mulighed bør indføres i vor retspleje, *forudsat* at reglerne kan gøres enkle og udformes uden indgreb i materiel ret, herunder i erstatningsreglerne. Herved imødegås noget af den kritik, der har været rejst mod indførelsen af gruppesøgsmål, jf. *Jan-Erik Svensson & Christian Alsøe* i UfR 2000 B s. 245 ff., jf. *Ketilbjørn Hertz* i UfR 2000 B s. 418 ff og *Peter Deleuran & Erik Werlauff* i UfR 2000 B s. 431 ff. Vort komplekse samfunds-, produktions- og massekontraheringsmønster har i nogen grad fjernet os fra de årsager, der ligger bag vore stærkt individualistiske procesregler. I en moderniseret retspleje er det vigtigt at have mange processuelle muligheder på paletten, så processystemet bliver et så smidigt

Erik Werlauff

redskab som muligt for parterne. Mange, der virkelig har et begrundet krav, viger tilbage af frygt for konfrontationen og omkostningsrisikoen, hvorimod de formentlig gerne vil koble sig på en allerede anlagt proces, hvis dette kan ske med en veldefineret og overskuelig omkostningsrisiko.

Følgende hovedpunkter bør i givet fald iagttages ved udformningen af reglerne: Ingen bør kunne tvinges til en partsstatus, og gruppesøgsmålet bør derfor ikke tillægges retsvirkning for den, der ikke har reageret. Der bør derfor alene opereres med en *opt-in* ordning. Gruppesøgsmål skal respektere gældende materiel ret, dvs. der må ikke skabes ny erstatningsret e.l. gennem reglerne. Der må ikke direkte eller indirekte indføres standardiserede erstatninger, *punitive damage* e.l. Gruppesøgsmål må ikke kunne bruges som et pressionsmiddel til at opnå forlig i en i øvrigt tvivlsom sag mod sagsøgte. Den, der vil føre en sag som gruppesøgsmål, skal derfor „ofre“ noget på sagen, særligt i form af omkostningshæftelse. Regler om gruppesøgsmål bør antagelig fremstå som subsidiære i forhold til kumulations-, hovedinterventions- og biinterventionsreglerne. Det allervæsentligste for den almindelige borger er formentlig at opnå en overskuelig procesrisiko. Prisen herfor må gerne være en tilbagetrukket status i retssagen, omtrent svarende til en biinterventions. „Gruppeditageren“ skal dog kunne konvertere til egentlig partsstatus med heraf følgende beføjelser og pligter. Det følger af disse betragtninger, at den økonomiske procesrisiko skal være 100% overskuelig for en gruppeditager.

10. Udvidelse af begrebet „retlig interesse“ i søgsmål (kap. 24)

Ét af de områder, hvor man kan spore en påvirkning, bevidst eller ubevidst, fra andre europæiske landes retspleje, er den liberaliserede tendens til i lighed med praksis ved andre landes domstole at acceptere en bredere definition af søgsmålsinteressen, fx hvor kollektive interesser står på spil.

Hvis man ser på de internationale tendenser, er begrebet søgsmålsret og retlig interesse ligeledes under omvurdering. Man behøver blot henviser til indførelsen af direkte søgsmålsret for Menneskerettighedsdomstolen, som trådte i kraft den 1. november 1998, ligesom også EF-domstolens overvejelser går i retning af muligheden for en udvidet direkte søgsmålsret for individer og virksomheder. Endelig går søgsmålsretten for den enkelte arbejdstager – uanset at hans eller hendes

faglige organisation ikke vil føre sagen – klart i retning af at understrege den enkeltes søgsmålsbeføjelse.

I relation til begrebet retlig interesse og søgsmålsret må vi også nyvurdere søgsmålsbeføjelsen for ideelt betonedede organisationer, fx *Greenpeace*, naturfredningsorganisationer, *Amnesty International* etc. Når tilstrækkelige samfundsmæssige interesser står på spil, og når en anerkendt organisation har oparbejdet et tilstrækkeligt mål af ekspertise og idealisme, skal den have mulighed for at anlægge retssag uden at kunne påvise en helt traditionel form for retlig interesse i sagen. Således er fx *Greenpeace* efter en meget konkret vurdering tillagt søgsmålskompetence vedrørende lovligheden af Øresundsforbindelsen, jf. *UfR 1994.780 Ø*, men dette spørgsmål er så vigtigt, at det muligvis bør lovreguleres.

Også Højesterets afgørelse i sagen om Unionstraktaten („prøvelsesdommen“) er klart inspireret af EU- og EMK-retten og dermed i yderste konsekvens af praksis og prøvelsesret hos forfatningslignende domstole, og generelt er det klart, at afgørelser af denne art ændrer ved magtfordelingen mellem på den ene side dommerskabt ret og på den anden side lovgiverskabt ret, jf. *UfR 1996.1300 H*, der giver 11 private sagsøgere ret til at få prøvet ved domstolene, om loven om gennemførelsen af Unionstraktaten er i strid med grundloven.

11. *Mulighed for mægling og mediation (rpl. kap. 26)*

Retten har som bekendt i enhver civil sag i første instans pligt til at mægle forlig, medmindre dette på forhånd må antages at være forgæves, jf. rpl. § 268, og dommerens „tilkendegivelse“ er derfor samtidig oftest et forsøg på at bringe et forlig i stand. Dørene kan lukkes, mens der drøftes forlig, jf. § 269.

Spørgsmålet er, om vore forligsregler på nogle punkter er forældede. I tidligere tid var der en tvungen mæglingsfase, men denne blev atter forladt, og i dag indtræder forligsmæglingen normalt først henimod domsforhandlingens afslutning.

Nogle sager vil imidlertid som nævnt foran være velegnede til at forsøge en forligsmægling (mediation) i en tidlig fase, og der vil kunne spares meget betydelige ressourcer for det offentlige og for parterne, hvis der i en tidlig fase tilbydes mægling, gerne forestået af byrettens sekretariat, eventuelt under medvirken af en erfaren dommer, der da i givet fald ikke må pådømme sagen, hvis den ikke forliges og derfor skal domsforhandles senere.

Erik Werlauff

Mægling, *mediation*, vil antagelig ofte kunne virke procesbesparende, jf. *Anne Austbø* i *Lov & Rett* 1998.364 ff om amerikanske erfaringer og *Jørn Rognes & Per Kåre Sky* i *Jussens Venner* 1999.241 ff med argumentation for udvidede mæglingsbestræbelser hos domstolene. Herhjemme er der også argumenteret for udvidet brug af mægling, eventuelt ved dertil specialiserede advokater m.v. uden for domstolsregie, jf. nærmere *Hans Boserup*: Én konflikt, to vindere.

Se også *Vibeke Vindeløv & Lin Adrian* i *Advokaten* 1994.146 f. Disse forfattere fremhæver, at den velfungerende mægling giver tilfredse parter, men at mægling uden de traditionelle domstolsgarantier rejser en række spørgsmål om retssikkerhed, styrkeforholdet mellem parterne, kravene til mægleren, mæglingens eventuelle integration under domstolene m.v. Se endvidere *Anne Austbø* i norsk *Lov & Rett* 1998.364 ff om erfaringer fra domstole i Washington, der har en såkaldt *multi-door* afdeling, hvor mediatorer gør tjeneste. Der tilbydes tre muligheder: *early neutral case evaluation*, *mediation* eller voldgift (idet sidstnævnte kan være bindende eller ikke-bindende, alt efter parternes valg).

Disse udenlandske erfaringer skal vi lære af i Danmark, og der er utvivlsomt en betydelig ressourcebesparelse at hente for alle involverede, også det offentlige, hvis vore mæglingsregler nytænkes.

12. Udvidede editionspligter for ressourcestærke parter (rpl. kap. 28)

Et af de punkter, hvor civilprocessen som bekendt fortsat er temmelig formaliseret, er på området for de såkaldte processuelle „provokationer“ (eller: opfordringer). Retten skal ikke som i straffesager finde frem til en absolut, objektiv sandhed (den såkaldte materielle sandhed), men til en relativ, subjektiv (dvs. partsafhængig) sandhed på grundlag af det processtof, som parterne selv forsyner retten med i form af påstande, anbringender og beviser. Parterne må derfor nøje overveje, hvad de bør fremskaffe for hver især at bevise, hvordan det faktiske begivenhedsforløb har været. Civilprocessen adskiller sig derfor også på dette punkt fra forvaltningsprocessen, hvor forvaltningsmyndigheden selv sørger for sagens oplysning som følge af officialmaksimen.

Provokationer spiller inden for civilprocessen en særlig og vigtig rolle i relation til fremskaffelsen af beviser, herunder i særdeleshed dokumenter. Hvis en part udtaler sin opfattelse af et begivenhedsforløb

og tilføjer, at denne opfattelse støttes af et mødereferat, som modparten har udfærdiget, men aldrig givet fra sig, må der fremsættes en processuel opfordring til modparten om at fremlægge referatet. Der anvendes herved efter fast praksis sprogbrugen, at modparten opfordres til at fremlægge det nærmere angivne dokument.

Hvis en processuel provokation ikke efterkommes, kan den part, der har fremsat opfordringen, gå endnu videre og anvende rpl.s regler om editionspligt. Dette indebærer, at retten anmodes om at pålægge modparten at fremlægge dokumentet, jf. §§ 298 og 300.

Offentlige myndigheders interne arbejdsdokumenter er undtaget fra aktindsigt og kan som udgangspunkt heller ikke kræves fremlagt under retssager, men under særlige omstændigheder, fx hvis sagen hos myndigheden har haft et atypisk forløb, der giver grundlag for mistanke om forvaltningsretlig magtfordrejning el.lign., kan fremlæggelse dog forlanges efter editionsreglerne, jf. *UfR 1999.724 H* om en atypisk forløbende afgiftssag, jf. *Jonas Christoffersen* i *UfR 2000 B s. 202 ff.*

Se endvidere *Tfs 2000.429 V*, der afviser en skatteydere krav om at pålægge Skatteministeriet at fremlægge et notat fra Kammeradvokaten, der angiveligt skulle bevise, at skattemyndighederne oprindeligt ville godkende et projekt som skatteyderens. Afvisningen skete med henvisning til, at der i nogle administrative afgørelser var taget stilling til spørgsmålet, så notatet ikke havde selvstændig betydning. Endvidere afvistes det, at lov om offentlighed i forvaltningen skulle føre til et krav om edition, dels fordi skatteyderen ikke havde henvendt sig til forvaltningsmyndigheden med krav om aktindsigt, dels fordi offentlighedsloven ikke kan føre til videre fremlæggelseskrav i retssager, end hvad rpl.s editionsregler fører til, jf. *bet. nr. 857/1978* om offentlighedsloven, s. 309.

Først i forbindelse med domsforhandlingen og dommen tager retten stilling til, om undladelse af at efterkomme et editionspålæg skal tillægges processuel skadevirkning, jf. *UfR 1999.1475 Ø*.

Det bør overvejes, om vore editionsregler og den eneste sanktion, der kan ramme en i denne forbindelse modvillig part: processuel skadevirkning, er tilstrækkelige i sager, hvor en ressourcestærk part i form af en stor virksomhed eller det offentlige står over for en ressourcevag modpart, dvs. en privatperson eller en mindre virksomhed.

A. – I sager mellem private, som ressourcemæssigt er af meget forskel-

lig tyngde, kan man ikke undgå at føle de regler om *discovery* eller *disclosure*, som findes i nogle landes retssystemer, tankevækkende.

Discovery er ikke kun en satellitkanal, men derimod et udtryk for en opklaringsfase, som præger retssager i anglo-amerikanske lande, og som kun delvis dækkes af vore principper om edition. Forslagene i rapporten af Marcel Storme (red.): „Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne; Approximation of Judiciary Law in the European Union“, jf. kapitel 4 i udkastet til et procesdirektiv, er herved stærkt præget af anglo-amerikansk procesret. Inden man afviser dette som et tungt og formalistisk system, bør man erindre, at adskillige af reglerne er opstillet med henblik på at tvinge den enkelte part, fx firmaet mod forbrugeren, til at forsyne modparten med lister over alle relevante bevismidler, herunder dokumenter, som er i partens besiddelse. Vel kan denne del af sagsforberedelsen forekomme tung, men den kan være yderst velegnet til at forebygge retstab som følge af bevismangel for en „svag“ part. I virkeligheden etableres der herved et modstykke til efterforskningsfasen i straffesager.

B. – De traditionelle civilprocessuelle reaktionsmønstre er næppe heller fuldt tilfredsstillende i forvaltningsretssager, hvor det i højere grad må dreje sig om at finde frem til en „materiel sandhed“. Man kunne derfor overveje, om ikke henvisningerne til den fakultative skadevirkning burde kobles ud og afløses af en egentlig pligt for myndigheden til at efterkomme pålægget. Hvis denne pligt blev klart fastslået i loven, ville det ikke være nødvendigt at fastlægge egentlige sanktioner (hvilket ombudsmandslovens tilsvarende regel da heller ikke gør). Et bindende pålæg må anses for at ville blive efterkommet af en myndighed.

Man kunne i denne forbindelse ligeledes overveje, om retten burde kunne pålægge en forvaltningsmyndighed som part at redegøre for sin praksis på området. Herved imødekommes et vistnok længe næret ønske fra praktiserende advokater om et – loyalt og dækkende overblik – over administrativ praksis, således at myndigheden ikke blot kan udvælge enkelte utrykte afgørelser til fremlæggelse til støtte for sit standpunkt i sagen, men i givet fald skal give et dækkende billede af administrativ praksis på området. Der tilvejebringes herved et sikrere grundlag for en rettens afgørelse af sagen, når det således kan ses, hvordan den konkrete sag forholder sig til andre afgjorte sager på området, og hvilken betydning sagen vil kunne få for fremtidig praksis.

13. Forudgående ankeafkald i erhvervsager m.v. (rpl. kap. 36)

Parterne kan efter gældende ret ikke give afkald på anke, inden dommen i den pågældende sag er afsagt, jf. rpl. § 370. Parterne kan derfor i dag kun opnå en éinstansafgørelse ved at indgå en voldgiftsaftale, der som bekendt samtidig indebærer et afkald på appel, eftersom voldgiften er både første og sidste instans. I voldgiftssager, hvor retten typisk har fået en kollegial sammensætning, som parterne finder særligt betryggende, giver i hvert fald erhvervsdrivende parter dermed afkald på det, der ellers betragtes som en vigtig retssikkerhedsgaranti: appelmuligheden. Dette viser, at der hos visse parter kan være et legitimt behov for at få sikkerhed for, at sagen slutes med første behandling.

Med dette in mente kan man overveje, om der ikke også i almindelige retssager skal gives mulighed for, at parter, der formodes at kunne overskue dispositionen, dvs. først og fremmest erhvervsdrivende, på forhånd giver afkald på anke, så den ret, sagen indbringes for, bliver både første og sidste instans. Et sådant ankeafkald skulle i givet fald kunne være betinget, fx af, at sagen underkastes kollegial behandling i byret, idet vi herved forudsætter, at der ved en retsplejereform som nævnt samtidig skabes hjemmel til dette.

Hvis der ydermere skabes en reelt fungerende hjemmel til en kollegial byretsbehandling, hvor der medvirker erhvervskyndige dommere (ikke blot den i dag eksisterende, i praksis uudnyttede hjemmel til handelskyndige dommere), kan erhvervsvirksomheder benytte et sådant betinget ankeafkald som en afløsning af mange voldgiftsaftaler. Hermed vil retssystemet være tilbage „på banen“ som et stærkt og i flere tilfælde billigere alternativ til voldgift, der i dag på mange erhvervsområder trænger domstolssystemet tilbage.

14. Særlige regler om prøvelse af myndighedsafgørelser?

En stadig større del af sagsmængden ved domstolene udgøres af sager, der indebærer prøvelse af forvaltningsakter. Der er tale om en stigning på vidt forskellige områder, herunder skattesager, arbejdsskadesager, sociale sager m.v.

Det forekommer at være hensigtsmæssigt, om der kan findes en sagsbehandlingsform for disse sager, som sikrer (a) oparbejdelse af en betydelig sagkundskab hos domstolene, dels på det generelle forvaltningsretlige område, dels på de mere specielle forvaltningsområder,

der er involveret, (b) en behandlingsform, der sætter domstolene i stand til at behandle et betydeligt og stigende antal sager, uden at der går på kompromis med retssikkerhedsmæssige hensyn, og uden at Grundlovens krav i § 62 om retsplejens adskillelse fra forvaltningen eller i § 65 om „offentlighed og mundtlighed i videst muligt omfang“ udhules, og (c) en sagsbehandling, som tager højde for de offentligretlige hensyn, der jævnlige kan være involveret i disse sager, herunder den enkelte sags betydning og præjudikatværdi for andre sager.

Det hedder som bekendt i Grundlovens § 63, stk. 2 (efter bestemmelserne i stk. 1 om, *at* domstolene påkender „ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser“, og *at* domstolsprøvelse ikke i sig selv indebærer opsættende virkning): „*Stk. 2.* Påkendelse af spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser kan ved lov henlægges til en eller flere forvaltningsdomstole, hvis afgørelser dog skal kunne prøves ved rigets øverste domstol. De nærmere regler herom fastsættes ved lov“.

Mange lande har som bekendt forvaltningsdomstole, der er karakteriseret ved, at procesformen som udgangspunkt er skriftlig, og at civilprocessens forhandlingsmaksime trænges i baggrunden og afløses af en (eventuelt modificeret) officialmaksime.

Det er efter grundlovsbestemmelsen en betingelse for oprettelse af én eller flere forvaltningsdomstole herhjemme, at deres afgørelser kan indbringes for Højesteret. Man kan have den opfattelse, at dels dette forhold, dels den antagelig manglende mulighed for en rent skriftlig behandlingsmåde medfører, at der alligevel ikke vindes megen sagsbehandlingskapacitet ved at have forvaltningsdomstole. I hvert fald hvis man indfører en udstrakt dokumentoffentlighed, må det imidlertid antages, at sagsbehandlingen som udgangspunkt kunne være skriftlig, uden at dette kommer i konflikt med Grundlovens forskrifter. Hvis der samtidig indføres en rationel og ressourcebesparende behandlingsform, som tager behørig offentligretlige og retssikkerhedsmæssige hensyn, synes der alligevel at kunne vindes noget ved en form for „forvaltningsproces“. Spørgsmålet om skriftlig sagsbehandling blev ikke gjort til genstand for overvejelser på den grundlovgivende forsamling eller i Forfatningskommissionen, da § 63, stk. 2, kom ind i Grundloven i 1953. Bestemmelsens formulering, herunder kravet om mulighed for indbringelse for Højesteret, var udtryk for et kompromis, som tilsyneladende optog så megen plads i drøftelserne, at spørgsmålet om sammenhængen med offentligheds- og mundtlighedskravet ikke blev nærmere overvejet.

Der er i hvert fald to forhold ved det danske retssystem, som i bety-

delig grad afhjælper savnet af forvaltningsdomstole. Det ene er eksistensen af Folketingets Ombudsmand, som efter en borgers henvendelse eller af egen drift kan udtale sig om fejl og forsømmelser, uhjemet praksis m.v. hos forvaltningsmyndigheder. Det andet er den udtalte eksistens af ankenævn i form af særlige administrative rekursinstanser med domstolslignende træk og med en udstrakt funktionel uafhængighed af den fagminister, under hvis område nævnet hører.

De ankenævn, der fungerer som rekursinstanser for forvaltningsmyndigheders afgørelser, findes i talrige varianter. Et fælles træk ved dem er, at de i deres egenskab af „quasi-forvaltningsdomstole“ fungerer som surrogater for de forvaltningsdomstole, Danmark ikke har, og at nævnene herved har klare domstolslignende træk. Eksempler er Erhvervsankenævnet, Landsskatteretten, Naturklagenævnet, Den sociale Ankestyrelse, Klagenævnet for Udbud, Konkurrenceankenævnet og Patentankenævnet. Ankenævnsbehandlingen er væsentlig i retssikkerhedsmæssig sammenhæng, blandt andet fordi der i mange tilfælde ikke kommer nogen senere efterprøvelse ved domstolene. Ankenævnet bliver dermed reelt ofte sidste instans, og de skal derfor helst frembyde samme sagsbehandlingsmæssige retssikkerhed som en domstolsprøvelse, jf. nærmere *Mads Kamp Hansen & Peter Tvermoes Meier* i *Justitia* 1993 nr. 4.

Om de fleste af ankenævnene vil det utvivlsomt gælde, at de i EU-rettens forstand har „domstolskvalitet“, dvs. at de opfylder betingelserne i EF-domstolens praksis for at kunne rette præjudicielle spørgsmål til Domstolen efter art. 234 EF (ex 177). Også herved understreges deres egenskab af „quasi-domstole“. Endelig kan man have den opfattelse, at hvis der indførtes forvaltningsdomstole her i landet, ville de bestående ankenævn være kvalificerede „kandidater“ til at blive „ophøjet“ til specialiserede forvaltningsdomstole, så deres afgørelser gennem appel kunne indbringes for højere domstole, uanset om systemet i så fald blev indrettet sådan, at indbringelsen skete for en enkelt, central forvaltningsdomstol eller for de ordinære domstole.

Man kunne eventuelt bygge videre på disse forhold og herved drage nogle konsekvenser af, at der i nævnene har fundet en betryggende sagsbehandling og *fact-finding* sted. Tankegangen er således at bevare ankenævnenes funktion og status, men at „indrangere“ dem i domstolssystemet på samme måde, som hvis de havde haft karakter af specialiserede forvaltningsdomstole. Den fuldstændige domstolsprøvelse, som er udgangspunktet i civile sager om prøvelse af forvaltningsakter, er næppe altid nødvendig for at sikre en betryggende domstolskontrol

med forvaltningsakter. Domstolene vil i mange tilfælde kunne koncentrere sig om en prøvelse af retlige spørgsmål, i hvert fald hvis forvaltningsaktens adressat selv er tilfreds med at begrænse sagen til en sådan prøvelse til gengæld for en hurtigere og billigere afgørelse.

Man kan derfor sige, *at* der ganske vist ikke synes at være anledning til at indføre forvaltningsdomstole, men *at* der synes at kunne hentes inspiration på en række områder til en procesform, der er karakteriseret ved, at domstolene påtager sig en særlig rolle som prøvelsesmyndighed for forvaltningsakter gennem en procesform, der indrettes resourcebesparende og med fokus på prøvelse af retlige spørgsmål. Hvis en sådan procesform indføres *som et valgfrit alternativ til traditionelle retssager med fuld prøvelse og bevisførelse*, må den efterfølgende udvikling i reglernes praktiske anvendelse vise, om reglerne bliver en succes. Som en sidegevinst kan man foretage en parallel lovregulering af området for almindelige retssager til prøvelse af forvaltningsakter, så de samme grundlæggende principper bliver gennemgående for begge procesformer.

Man kunne samtidig regulere spørgsmålet om domstolenes adgang til at tillægge søgsmålet suspensiv virkning. Det hedder som bekendt i Grundlovens § 63, stk. 1, i tilslutning til muligheden for sagsanlæg: „Den, der vil rejse sådant spørgsmål, kan dog ikke ved at bringe sagen for domstolene unddrage sig fra foreløbig at efterkomme øvrighedens befaling“. Men den enkelte lov kan bestemme, at et søgsmål tillægges opsættende virkning, og sådanne bestemmelser findes i en del love om fx frakendelse af rettigheder, jf. blot eksempelvis rpl. § 147 e, stk. 3, om advokater.

Med inspiration fra blandt andet fællesskabsretten har Højesteret herudover lagt til grund, at grundlovsbestemmelsen ikke er til hinder for, at domstolene efter en konkret vurdering tillægger søgsmålet opsættende virkning også uden udtrykkelig lovhjemmel, jf. *UfR 1994.823 H*, kommenteret af højesteretsdommer *Per Walsøe* i *UfR 1995 B s. 128 ff.* Se ligeledes *UfR 1995.634 H* og *TfS 1995.662 H*.

Den afvejning mellem modsatrettede hensyn (borgerens risiko for at blive påført uoprettelig skade contra det offentliges interesse i regelsættets overholdelse), der skal foretages, ses af *UfR 2000.1203 H*, hvor der blev tillagt et søgsmål vedrørende EU's udbudsregler opsættende virkning. Der henvistes til, at en efterkommelse af klagenævnskendelsen ville være irreparabel, og at en foreløbig gennemgang af sagen viste, at der var „substans“ i søgsmålet.

Man kunne i et kapitel i rpl. om domstolsprøvelse af forvalt-

ningsakter erindre om selve muligheden for at tillægge sagsanlægget opsættende virkning. Herved opfyldes også det krav, som fællesskabsretten stiller til dansk retspleje, jf. den afgørelse *Factortame I*, EF-domstolens dom af 19. juni 1990 i sag C-213/89, som inspirerede Højesteret til den nævnte *UfR 1994.823 H*. Dette krav indebærer, at håndhævelsen af EU-stridige regler skal kunne bremses via en slags „forbud“, dvs. at søgsmål til prøvelse af fx en forvaltningsakt efter en konkret vurdering skal kunne tillægges suspensiv virkning. Det samme kunne være tilfældet, hvis der var tale om en formentlig kollision med andre regelsæt, fx Grundloven eller Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, jf. *Erik Werlauff* i *Lov & Ret* 1999 nr. 4 s. 23 ff, cf. *Jens Hartig Danielsen* i *TfR* 2000. 166 ff.

Noen bemerkninger om forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36

Professor, dr. juris Geir Woxholth

1. Innledning

Forutsetningslæren har et langt liv bak seg – avtaleloven § 36 er fortsatt forholdvis ung med et langt liv foran seg. Har forutsetningslæren noen fremtid og – i tilfelle – hvordan kan den harmoniseres med den alminnelige formuerettslige lempningsregelen i avtl § 36? Dette er spørsmål som ble reist allerede i forbindelse med vedtagelsen av avtl § 36, men som da ikke kunne besvares med noen rimelig grad av sikkerhet.¹ Idag – ved inngangen til et nytt millenium – har avtl § 36 i Norge vært i funksjon i sytten år § i Sverige og Danmark enda noe lengre – og det kan være grunn til å stille spørsmålet på nytt. Problemet er at svaret neppe er særlig sikrere idag enn da loven ble vedtatt.

Forholdet mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren er i sin kjerne prinsipielt. Det var vel neppe å forvente at Høyesterett skulle „løse“ dette spørsmålet, da Høyesterett ikke har ikke for vane å la sine vota favne videre enn det som er nødvendig for å avgjøre den enkelte sak. Og der Høyesterett først virker rettsskapende, hører det til sjeldenhetene at retten i en enkelt avgjørelse tar stilling til prinsipielle spørsmål – det vanlige er som kjent at rettsskapelsen skjer gradvis gjennom flere dommer. Høyesterett har heller ikke hatt så mange muligheter til å befatte seg med emnet, idet retten ikke er blitt forelagt noen sak hvor spørsmålet har kommet på spissen.

Denne situasjonen er imidlertid i noen grad endret etter dommen inntatt i Rt 1999 s 922 AF Salhus Flytebru mot Staten v/ Samferdselsdepartementet. I saken, som gjelder et entrepriseforhold, fikk entreprenøren ikke medhold i krav om tilleggsbetaling for merutgifter i forbindelse med uforutsette vansker under sveisingen av høyfast stål ved byggingen av en flytebro. Entreprenøren var nærmest til å bære risikoen for at sveiseprosessen ble uventet komplisert og kostbar. Tre

1. Ot prp nr 5 (1982-83) s 35.

dommere bygget på læren om bristende forutsetninger, mens to dommere bygget på avtl § 36.

Spørsmålet er om dommen er et „bevis“ for at forutsetningslæren fortsatt har en prinsippal stilling som endrings- og opphørsgrunn for kontraktsforhold, eller om dommen må anses som en rettskildeparentes som ikke har virkninger ut over det konkrete partsforhold. Det foreligger også en tredje mulighet: At dommen har rettskildemessig verdi i en større sammenheng, men at den i hovedsak begrenser seg til det rettsområde den gjelder; entrepriseretten.

2. Forutsetningslæren og avtaleloven § 36 i lys av teorien

På vedtagelsestidspunktet var det umulig å ha noen sikker formening om avtl § 36 ville „sluke“ forutsetningslæren og andre regler om opphør/ending av kontraktsforhold. Men senere har spørsmålet blitt diskutert i teorien og Høyesterett har også vært inne på det.

Huser tok allerede tidlig det standpunkt at avtl § 36 burde få et videre anvendelsesområde enn læren om bristende forutsetninger. Han uttaler i „Avtalesensur“ at sensuradgangen etter § 36 „ikke er begrenset til sensuradgangen etter læren om bristende forutsetninger.“² Han påpeker at det lå i kortene ved innføringen av en alminnelig lempningsregel at denne ville utvide sensuradgangen, men at læren om bristende forutsetninger ikke var bortfalt i og med vedtagelsen av avtl § 36.³ Huser avslutter sin drøftelse slik: „Tvertimot, når § 36 er blitt skikkelig innarbeidet i rettspraksis, vil læren om bristende forutsetninger trolig fremstå som overflødig. Da læren av andre grunner heller ikke er anbefalelsesverdig, bør den nok helst overføres til rettshistorien.“⁴

Hagstrøm har uttalt følgende om forutsetningslærens plass i fremtidig rettsanvendelse:

„Hvilken tilværelse forutsetningslæren etter dette skal gis, er uklart. Skjematisk sondres det gjerne mellom individuelle forutsetninger og typeforutsetninger. Det går en heller uklar grense mellom individuelle forutsetninger som er blitt en del av avtalen idet de må sies å være akseptert av den annen part, og

2. Huser, *Avtalesensur*, Bergen, 1984, s 41.

3. Huser, s 41.

4. Huser, s 41.

individuelle forutsetninger som ikke har fått et slikt gjennomslag Under enhver omstendighet må det erkjennes at slike individuelle forutsetninger ofte har meget lite å gjøre med temaet for avtaleloven § 36. På dette område må forutsetningslæren fortsatt kunne spille en rolle. Om det eksempelvis stilles kausjon under forutsetning av at en bestemt bank skal være långiver, kan forholdene ligge slik at at det tolkningsmessig må legges til grunn at kausjonisten har knyttet en betingelse til kausjonen. I så fall står man overfor et alminnelig avtalevilkår. Men selv om kausjonisten ikke har knyttet et vilkår til sitt løfte, vil det at lånet blir anbrakt i en annen bank, kunne sies å være en bristende forutsetning for kausjonsløftet.... Når lånevilkår o l har vært de samme hos begge kredittinstitusjoner slik at kausjonisten ikke er blitt påført en større risiko eller tap, vil det allikevel åpenbart ikke være urimelig å gjøre løftet gjeldende.... For typeforutsetningene er det vanskeligere å se at forutsetningslæren fortsatt vil spille en selvstendig rolle. ...Rent praktisk er det også vanskelig å forestille seg at avtaleloven § 36 lar det bli noe igjen til de avveininger som skal skje innen rammen av forutsetningslæren. Riktignok vil forutsetningslæren være en viktig premissleverandør for anvendelsen av § 36. Og det er mulig at forutsetningslæren kan være det man griper til om eksempelvis forutsetningen brister før avtalen er kommet til oppfyllelsesstadiet. Men for øvrig synes det tvilsomt om det står noe igjen til forutsetningslæren på fellesområdet.“⁵

Forarbeidenes uttalelser om forholdet til forutsetningslæren er som Hagstrøm har påpekt ikke helt klare.⁶ I Røstaddommen uttaler Høyesterett seg om dette:

„Det er utvilsomt meningen at domstolene gjennom § 36 er blitt stilt fritt i forhold til denne spesielle juridiske innfallsvinkelen ... og at domstolene kan stille seg kritisk i forhold til de standpunkter som tidligere er inntatt“ (Rt 1988 s 276 på s 284).

For egen del har jeg tidligere uttalt

„at Høyesterett med dette ikke har tatt noe standpunkt til om forutsetningslæren i den fremtidige rettsanvendelse har noen plass ved siden av avtl § 36, og svaret på dette er fortsatt ikke helt gitt. Jeg er likevel enig med Hagstrøm når han konkluderer med at forutsetningslæren heretter vil bli tildelt en mer

5. Hagstrøm, LoR 1994, s 131flg (s 166-168).

6. Hagstrøm, s 165.

Forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36

begrenset plass i rettsanvendelsen.⁷ Det er vanskelig å forestille seg at avtl § 36 – med sitt vide skjønnsstema og fleksible sett av rettsvirkninger – lar det bli noe igjen til en forutsetningslære. I prinsippet favner avtl § 36 videre enn forutsetningslæren: F eks kan et objektivt misforhold mellom ytelse og motytelse under kontrakten, forårsaket av endrede forhold, tenkes å kvalifisere for karakteristikken „urimelig“, og dermed for avtalerevisjon etter § 36, selv i tilfelle hvor den tapslidende part kunne ha forutsett utviklingen og derfor hadde muligheter for å beskytte seg ved en adekvat klausulering av kontrakten.“⁸

Lynge Andersen, Madsen og Nørgaard blant uttaler annet dette om forholdet mellom forutsetningslæren og avtl § 36:

„Om end § 36 har redusert forudsætningslærens område betraktligt, kan den som nævnt ovenfor i afsnit 9.4 imidlertid ikke siges at have fortrængt forudsætningslæren – specielt ikke vedrørende de udprægede forretningsmæssige mellemværender. Det sidsnævnte bør næppe undre. I forretningsforhold er det nærliggende – og forventeligt – at begge parter søger at forudse eventuelle risici i det senere begivenhedsforløb og søger at gardere sig mod en mulig ugunstig udvikling gennem genforhandlingsklausuler, indekseringsbestemmelser mv ... Man bør derfor, når der opstår tvist mellem parterne i anledning af efterfølgende forhold „inte allför mycket låta sig påverkas av att en risk faktisk har inträffat“, jfr Ramberg: Allmän avtalsrätt, s 208 f. Med sin betoning af parternes subjektive forhold – sin opfordring til indlevelse i parternes situation – er forudsætningslæren måske bedre egnet til at tvinge tankerne i den rigtige, analyserende retning end § 36's rimelighedskriterium ...“⁹

Ramberg/Hultmark uttaler for sin del blant annet følgende om problemstillingen:

„Efter tilkomsten av 36 § AvtL, som ju även gör det möjligt att jämka avtalsvillkor på grund av „senare inträffade förhållanden“, kan man i stort sett undvara de traditionella läror och teorier som använts för att upphäva eller modifiera en avtalsförpliktelse. Den generella *skälighetsbedömningen* kan användas som ett alternativ. Men det gäller då att ta fasta på *samma normer* som tillämpats enligt de traditionella lärorerna och inte ingripa med en justering av av-

7. Hagstrøm, s 165.

8. Woxholth, Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, tredje utgave, Oslo 1998, s 385.

9. Avtaler og mellemmand, 3 udgave, København, 1997, s 254.

talsvillkoren, innan man noga undersøkt den med hänsyn till avtalstyp och individuella moment avtalade eller lämpliga *riskfördelningen* samt möjligheterna för endere parten att *förutse* den senare händelsesutvecklingen.¹⁰

Sitatene fra teorien – selv om de ikke ubetinget trekker i samme retning – er inne på de grunner som tilsier at forutsetningslæren neppe kan regne med noen bred plass i fremtidig rettsanvendelse.¹¹ Før jeg går nærmere inn på en analyse av dommen i Rt 1999 s 922 (AF Salhus Flytebru), skal jeg forsøke å komme saken noe nærmere ved å foreta en presisering av argumentasjonen fra teorien.

Formelt er kriteriene etter forutsetningslæren og avtl § 36 forskjellige. Mens forutsetningslæren opererer med to subjektive betingelser; vesentlighets- og synbarhetskriteriet, og en i utgangspunktet objektiv betingelse; risikobetingelsen,¹² lar avtl § 36 det avgjørende være om det etter en helhetsvurdering kan sies at avtalevilkåret er „urimelig“.

Loven oppstiller selv en del retningslinjer for hva som er relevant i vurderingen av om urimelighet foreligger; „avtalens innhold“, „partenes stilling“, „forholdene ved avtalens inngåelse“, „senere inntrådte forhold“ og „omstendighetene for øvrig“. Ingen av disse kriteriene uttrykker at det i vurderingen vil være relevant å ta hensyn til om det har foreligget en forutsetning som har vært motiverende og synbar og de sier heller ikke noe om at hvor risikoen kan eller bør plasseres er en relevant premiss.

Dette er imidlertid ikke til hinder for at vilkårene knyttet til forutsetningslæren kan ha betydning ved tolkningen av avtl § 36. For det første kan loven ikke forstås slik at vilkårene vedrørende „avtalens innhold“, „partenes stilling“, „forholdene ved avtalens inngåelse“ og „omstendighetene for øvrig“ bare har betydning innenfor det område der § 36 er en ugyldighetsgrunn. Det innebærer at disse momentene også vil ha relevans når rettsanvenderen vurderer hva som ligger i at „senere inntrådte forhold“ kan ha ført til at det blir urimelig å gjennomføre avtalen. „Partenes stilling“ omfatter etter dette også det at en forutsetning for avtalens inngåelse har vært motiverende for en part og synbar for den annen.

10. Ramberg/Hultmark, Allmän avtalsrätt, femte upplagan, Stockholm, 1998, s 216-217.

11. Fremstillingen foran gir et utdrag av skandinavisk teori om spørsmålet. Det kan vises til flere teoretikere som har uttalt seg om spørsmålet, herunder Grönfors, Avtalslagen, 3 upplagan, 1995, s 250 f, Hellner i Festskrift till Ylsstalo, 1987, s 133 flg, Lehrberg, Förutsättningsläran, Uppsala 1989, s 153 flg og Hagström, Nytt i privatretten, nr 3, 1999, s 4 flg.

12. Se f eks Gomard, Almindelig kontraktsret, s 155 flg.

Hvordan risikoen for forutsetningssvikten bør plasseres, er et forhold som omfattes av „omstendighetene for øvrig“ og dette vil også kunne vurderes i lys av „avtalens innhold“. I dette ligger at det ved en bedømmelse etter avtl § 36 vil være mulig å ta i betraktning de samme argumenter som hvis tilfellet bedømmes etter forutsetningslæren.

Det omvendte er imidlertid ikke uten videre mulig: Forutsetningslærens kriterier er så spesifikke at de favner snevrere enn det de mange relevanskriterier § 36 legger opp til. Imidlertid vil en drøftelse med grunnlag i avtl § 36 som bare tar for seg de tre kriteriene etter forutsetningslæren vanligvis bli for „smal“ i den forstand at man derved kan komme til å ekskludere argumenter som er relevante etter § 36, men som ikke har noen direkte betydning etter forutsetningslæren.

Foran er det i første rekke betonet hvilke forskjeller som foreligger mellom § 36 og forutsetningslæren. Kjernen i forutsetningslæren er imidlertid på mange måter den samme som ved en vurdering etter avtaleloven § 36. Utgangspunktet i nordisk rett er [det selvsagte] at enhver svarer for sine egne kontraktsforutsetninger. Det er ikke tilstrekkelig til å endre dette utgangspunktet at løftegiver har hatt en motive-rende forutsetning for avtalens inngåelse som løftemottager har vært klar over. I tillegg må det alle forhold tatt i betraktning være rimelig å legge risikoen for forutsetningssvikten på løftemottageren.¹³ Mens de to første vilkårene er subjektive, og normalt ikke vil ha noen avgjørende betydning i en vurdering etter § 36, vil det siste; i utgangspunktet, objektive vilkåret ha sentral betydning også etter § 36. Det grunnleggende spørsmålet er jo om risikoen for forutsetningssvikten bør føres over på den annen kontraktspart, og dette vil naturligvis være viktig ikke bare i en forutsetningsdrøftelse, men også ved en vurdering etter urimelighetsstandarden i § 36.

Det som er fremhevet i avsnittet foran må ses i sammenheng med det forhold at forutsetningslæren etterhvert har fått et mer objektivt innhold. For det første må vurderingen av forutsetningens ekistens, motiverende karakter og synbarhet nødvendigvis være objektiv.¹⁴ For det andre er det som foran påpekt ikke alle motiverende og synbare forutsetninger som tillegges relevans. Og for det tredje har det lenge vært enighet om at risikospørsmålet i utgangspunktet bør søkes løst ved hjelp av objektive kriterier og at man bør tilstrebe løsninger som er i

13. Jfr f eks Gomard, Almindelig kontraktsret, s 157.

14. Krokeide, Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold, TfR 1977, s 593.

samsvar med partenes gjennomsnittlige interesser.¹⁵ Hertil kommer at jo lenger man går i retning av å konstruere forutsetninger som typeforutsetninger – som i prinsippet er objektive – desto mindre subjektivt preg vil forutsetningslæren få. I praksis går man langt i denne retning med den følge at det sentrale i forutsetningslæren er risikokriteriet. Imidlertid må det tas den reservasjon at dette kan bli bedømt i et subjektivt lys, jfr nedenfor.

Antagelig er det synspunkter av denne typen som har fått Augdahl til å uttale:

„Hva norsk rettspraksis stort sett (og uansett all teori) har latt være avgjørende, er i virkeligheten dette; hvad er in concreto det rimelige og rettfærdige, enten at forutsetningen tillegges relevans, eller at der sees bort fra den. Og denne praksis lar sig neppe i en overskuelig fremtid rokke av innvendinger fra teoretisk hold. Heller ikke fortjener den, såvidt skjønnes, å bli brudt staven over. Tvertimot er efter min mening en avgjørelse netop på grunnlag av en slik diskresjonær vurdering i almindelighet å anbefale.“¹⁶

De synspunkter Augdahl her gir uttrykk for som kjernen i forutsetningslæren vil være det helt sentrale også etter en § 36-vurdering; det er i begge tilfelle en vurdering av om risikoen bør flyttes, som vil være det avgjørende ved kontraktsrevisjon på grunn av etterfølgende forhold. På mange måter kan det derfor konkluderes med at selv om § 36 formelt legger opp til et mye bredere vurderingstema enn forutsetningslæren, og for så vidt „sluker denne“, vil den endelige bedømmelsen av spørsmålet om endring/opphør av avtaleforholdet i praksis ofte ta det samme utgangspunkt og ofte vurderes etter samme premisser. Dette kan i og for seg lede til det standpunkt at det for alle praktiske formåls del vil være nokså likegyldig etter hvilket regelsett tvisten løses, fordi det er mulig å komme til samme resultat uansett, jfr nærmere nedenfor.

Fordi avtaleloven § 36 qua rettsregel legger opp til en objektiv vurdering av urimelighetsspørsmålet har Krokeide antatt at de subjektive elementene i forutsetningslæren ikke ville være av så stor interesse når man har fått avtl § 36.¹⁷ Dette tror jeg var en riktig observasjon. Man

15. Gomard, Almindelig kontraktsret, s 159-160, Ussing, Aftaler, tredje udgave, København 1950, s 467, Krokeide, op cit, s 592.

16. Augdahl, Den norske obligasjonsretts almindelige del, Oslo 1978, s 147.

17. Krokeide, op cit, s 589.

bør imidlertid tillegge at dette ikke i seg selv er ensbetydende med at forutsetningslæren mister sin betydning. Krokeides observasjon kan jo like gjerne gi grunnlag for den slutning at forutsetningslæren kommer til å leve videre, nettopp på områder der subjektive, individuelle forutsetninger gjør seg gjeldende, men at den får mindre betydning for typeforutsetningene. Dette er helt i samsvar med hva Hagstrøm har gjort gjeldende, jfr foran.

3. *Forutsetningslæren og avtaleloven § 36 i lys av dommen i Rt 1999 s 922*

Vi skal nå se hvordan det som er anført foran fra teorien harmonerer med høyesterettsdommen inntatt i Rt 1999 s 922 (AF Salhus Flytebru). Saken gjelder en entreprenørs krav om tilleggsbetaling for merutgifter og om oppgjør for endret utførelse ved bygging av en del av Nordhordalandbroen over Salhusfjorden. På grunn av fjordens store dybde og broens lengde representerte prosjektet en stor utfordring. Partene ble enige om å velge en flytebro på pontonger, bare festet i broens to ender. Broen ble konstruert som en sammenhengende kasse som skulle tjene som underlag for veibanen. AF Salhus Flytebru fikk entreprisen og kassen skulle bygges i stål. Det viste seg etterhvert at det oppsto sprekker i stålet, hovedsakelig fordi det var for meget fuktighet i sveisen. Det viktigste elementet i opprettingsarbeidene var å foreta for- og ettervarming av sveisen. Tvisten gjelder kostnadene knyttet til dette arbeidet.

I Høyesterett var samtlige dommere enige i at entreprenørens krav om kostnadsdekning ikke kunne føre frem, men retten delte seg i et flertall og et mindretall hva angår begrunnelsen. Et flertall på tre dommere analyserte saksforholdet med grunnlag i læren om bristende forutsetninger, mens et mindretall på to dommere la til grunn avtl § 36.

Flertallet påpeker innledningsvis i sitt votum, ført i pennen av førstvoterende dommer Oftedahl-Broch, at entreprenøren hadde ansvaret for utførelsen av byggverket – inkludert sveisingen – mens byggherren sto for og hadde ansvaret for prosjekteringen, som også dannet anbudsgrunnlaget. Førstvoterende slutter herfra at entreprenøren som ansvarlig for byggverket plikter å utføre de nødvendige arbeidsoperasjoner selv om det skulle vise seg å være vanskeligere, mer byrdefullt eller mer kostbart enn han regnet med da anbudet ble inngitt.

Det førstvoterende her gjør er å referere utgangspunktet i norsk rett

om at løftegiver selv svarer for sine forutsetninger. I umiddelbar tilknytning til dette, uttaler han at dette bare er et utgangspunkt, fordi læren om bristende forutsetninger begrenser entreprenørens risiko (s 931). Den forutsetning som i dette tilfelle ble anført som bristende for entreprenøren var de problemer som viste seg med sprekkdannelser i sveisingen, og at disse måtte løses ved hjelp av for- og ettervarme av de aktuelle platetykkelser i stålkassen, noe som forrykket entreprenørens kalkyle.

Før førstvoterende går inn på en konkret vurdering av om forutsetningssvikten i dette tilfelle er relevant, kommenterer han kort forholdet til avtl § 36. Her fremholdes det:

„Jeg tilføyer at flere forfattere i senere år har reist spørsmål om å ta inn læren om bristende forutsetninger under den generelle lempningsregelen i avtaleloven § 36. Nærværende sak har vært prosedert for Høyesterett som et spørsmål om bristende forutsetninger, noe også jeg finner mest nærliggende. Etter min mening egner saken seg ikke for en mer prinsipiell drøftelse av forholdet mellom den tradisjonelle læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36. Jeg ser det slik at en avtalerevisjon etter § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger, som det er liten plass for i et kontraktsforhold som det vi her står overfor“ (s 932).

Det er lett å være enig med førstvoterende i at saken ikke egner seg for en mer prinsipiell drøftelse av forholdet mellom forutsetningslæren og avtl § 36. Høyesterett har lang tradisjon for å begrunne sine standpunkter konkret, uten å ta standpunkt til mer eller mindre omstridte teoretiske problemstillinger. Mer diskutabel er uttalelsen om at bristende forutsetninger gir den mest nærliggende innfallsvinkelen ved løsning av det omtvistede spørsmålet i saken.

Hva som er begrunnelsen for dette standpunktet, er ikke uten videre klart. Det vises riktignok til at en avtalerevisjon etter avtl § 36 vil åpne for mer generelle rimelighetsbetraktninger. Imidlertid er det ikke noe i veien for å drøfte problemstillingen i lys av avtl § 36, uten å trekke inn de mer generelle rimelighetsbetraktningene § 36 gir rom for, idet bestemmelsen ikke gjør det til en ubetinget plikt alltid å tillegge slike generelle hensyn (avgjørende) betydning. Muligens mener førstvoterende at dersom man hadde anlagt en bredere rimelighetsvurdering og bygget på avtl § 36, ville resultatet lettere ha blitt det motsatte av hva førstvoterende mener er riktig, dvs at avtalen måtte lempes. Det er imidlertid ikke noe gitt utfall av vurderingen, jfr annenvoterende

som la til grunn avtl § 36, men som kom til at grunnlaget for revisjon ikke var til stede. Om førstvoterende legger vekt på andre forhold, uten at dette kommer frem av premissene, er ikke godt å si.

Førstvoterende kunne ha vist til at på entrepriserettens område er tradisjonen for bruk av forutsetningslæren blitt fast og at de vurderinger som i denne forbindelse erfaringsmessig vil være relevante på dette rettsområdet best kan la seg innpasse i forutsetningslæren, eller at det her [eventuelt] er tale om individuelle forutsetninger, noe som også kunne gi grunnlag for bruk av denne læren med dens noe mer subjektive innfallsvinkel enn avtaleloven § 36. Noe slikt sies imidlertid ikke, og det er vanskelig å ha noen formening om førstvoterende har lagt vekt på andre argumenter enn de som uttrykkelig fremgår av votumet. Jeg kommer imidlertid tilbake til spørsmålet nedenfor.

Deretter går førstvoterende over til en bedømmelse av saksforholdet i lys av læren om bristende forutsetninger. Først tar han stilling til årsakene til de oppståtte problemer med sprekkdannelser i sveisen. Førstvoterende kommer til at stålqualiteten er en vesentlig forklaring på de sveiseproblemer som oppsto (s 933). Først da for- og ettervarme ble brukt, opphørte problemene. Som tidligere nevnt, ble det anført å være entreprenørens forutsetning at det ikke ville by på særskilte problemer med sprekkdannelser i sveisene, og at foretakets kalkyle bygget på denne forutsetning, som senere viste seg å svikte.

Problemstillingen for førstvoterende ble etter dette å ta stilling til hvilken av partene, byggherren som foresto prosjekteringen eller entreprenøren som foresto utførelsen, som var nærmest til å bære den økonomiske risiko når forutsetningen viste seg å svikte. Det var et av de foretak som sto bak entreprenøren – KEUM – som var ansvarlig for å velge anvendbar sveisemetode. Svaret på risikospørsmålet måtte etter førstvoterendes oppfatning bero på om og i hvilken utstrekning KEUM hadde muligheter for å *forutse* at sveisbarheten av det høyfaste stålet kunne komme til å by på slike problemer som oppsto, og som bare lot seg løse ved bruk av for- og ettervarme på det nivå som viste seg nødvendig (s 934). Førstvoterende går så inn på en grundig vurdering av de bevis i saken som kunne belyse dette.

Det må bemerkes at førstvoterende ikke er spesielt opptatt av å vurdere om forutsetningen var motiverende for entreprenøren og synbar for byggherren. Det legges vel til grunn uten videre at forutsetningen var motiverende, og at det ikke var av avgjørende betydning om den var synbar; det sentrale for Høyesteretts flertall var innholdet i risiko-betingelsen. Dette er i samsvar med det som er anført foran om at de

subjektive premisser i forutsetningslærens vesentlighets- og synbarhetskriterier etterhvert har kommet mer i bakgrunnen. Men går man førstvoterendes argumentasjon nærmere etter i sømmene, vil det fremgå at han i risikovurderingen tillegger forutsetningspartens subjektive forhold vesentlig betydning, jfr at den sentrale problemstilling anføres å være om denne part kunne ha forutsett problemene med sveisingen, som bare kunne unngås ved bruk av for- og ettervarme.

I og for seg er det ikke noe å utsette på dette. Men det er grunn til å påpeke at det førstvoterende her legger vekt på som et ledd i risikovurderingen er om noen av partene, her entreprenøren, er å *bebreide* fordi han ikke forutså problemene med sveisingen. Tradisjonelt i norsk rett oppstilles ikke dette som noe sentralt moment i en vurdering av om en forutsetning skal tillegges relevans, men det kan fra en rettskildemessig synsvinkel ikke være noe i veien for at Høyesterett legger vekt på argumentet. Etter min oppfatning er betydningen av at den ene kontraktspart på en eller annen måte er å bebreide i norsk teori blitt tillagt for liten betydning i risikovurderingen.¹⁸

Etter en drøftelse der forskjellige håndbøker i sveising og en sveise-manual brukes som faktisk kildemateriale, kommer flertallet til at AF vanskelig kan høres med at sprekkrisikoen for å sveise under de kontraktsgitte betingelsene kom helt overraskende (s 938). AF hadde grunn til å regne med at det kunne bli behov for bruk av for- og ettervarme opp til det nivå som faktisk viste seg nødvendig, uttaler førstvoterende (s 938).

Konklusjonen ble etter dette at AF måtte bære den økonomiske risiko når forutsetningen om at det ikke skulle være nødvendig å bruke for- og ettervarme i så stort omfang som ble nødvendig, viste seg å svikte. Følgelig måtte AF som entreprenør bære kostnadene knyttet til denne del av sveiseprosessen.

Annenvoterende (Aarbakke) kommer til samme resultat som førstvoterende, men tar et annet rettslig utgangspunkt enn ham når det gjelder kravet om tilleggsvederlag for sveisingen. Den del av annenvoterendes votum som gjelder det juridiske grunnlaget for å bedømme endring av kontraktens vederlagsregulering, tas inn som helhet i det følgende:

„Når det gjelder den nærmere rettslige vurdering av entreprenørens krav, finner jeg at denne må skje på grunnlag av avtaleloven § 36, som

18. Se dog Augdahl, s 148-149.

for de spørsmål saken gjelder, etter min mening har trådt i stedet for – har erstattet – den eldre lære om bristende forutsetninger. Etter sin ordlyd retter avtaleloven § 36 seg direkte mot et tilfelle som det foreliggende, hvor en realdebitor etter en kontraktsforpliktelse utsettes for uventede eller tyngende forhold når kontraktsforpliktelsen skal oppfylles. Forarbeidene til lovbestemmelsen omtaler riktignok ikke slike tilfelle som det foreliggende spesielt, men det kan ikke gi grunnlag for å innskrenke bestemmelsens anvendelsesområde, slik dette er angitt i ordlyden. At avtaleloven § 36 også gjelder kontrakter mellom profesjonelle kontraktsparter, er etter min mening ikke tvilsomt.

Etter avtaleloven § 36 er en rett for entreprenøren til å kreve tilleggsvederlag betinget av at det ville virke urimelig overfor entreprenøren om byggherren kunne gjøre kontraktens bestemmelse om vederlag gjeldende. For den urimelighetsvurderingen som slik skal foretas, foreskriver lovbestemmelsen en bredt anlagt og sammensatt vurdering av kontraktssituasjonen. Det skal „... tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.“ For kontrakter mellom profesjonelle parter på et slikt saksområde som vi står overfor i denne saken – hvor rent økonomiske hensyn står sentralt – er det i lovforarbeidene presisert at terskelen for urimelighet skal være høy. Særlig hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet i slike kontraktsforhold tilsier dette. Det er her nærliggende å legge betydelig vekt på den terskelen for en rett til å kreve tilleggsvederlag etter entreprisekontrakter som var utviklet i rettspraksis og teori før avtaleloven § 36 trådte i kraft, jf T Sandvik: *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1996 side 202 flg. Å legge vekt på slik praksis synes også å være i samsvar med uttalelser i lovforarbeidene om „senere inntrådte forhold“, jfr Ot prp nr 5 (1982-83) side 35. På den annen side er det grunn til å understreke at det i vår sak ikke er tale om et slikt problem som befinner seg på byggherrens eget livsområde, som man ikke sjelden står overfor i forbindelse med entrepriser, f eks fjellforholdene på byggherrens grunn hvor det skal slås en tunnel.

Det jeg har sagt innebærer at den urimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36, vil ligge nær opp til den relevansvurderingen som skal foretas etter læren om bristende forutsetninger. Men avtaleloven § 36 spør ikke etter faktiske eller hypotetiske forutsetningers betydning som motiv for å ha inngått kontrakten med den vederlagsbestemmelsen som foreligger. Man kan gå rett på det sentrale spørsmål om hvor risikoen skal plasseres.

Ved den konkrete vurdering legger jeg som førstvoterende til grunn at de problemer med hydrogensprekker i sveiseavsettet som oppsto ved sveisingen av seksjoner til stålkassen, først og fremst knyttet seg til egenskaper ved det høyfaste stålet som skulle brukes. Disse egenskapene ved det høyfaste stålet var med på å reise et problem for entreprenøren av betydelig omfang – sveiseteknisk og organisatorisk såvel som økonomisk. Den tekniske og organisasjonsmessige siden av problemet ble etter hvert løst av entreprenøren, på den måten førstvoterende har gjort rede for, ved å sveise med for- og ettervarming. Saken gjelder den økonomiske siden av denne løsningen ...

Etter min mening gir materialvalget – høyfast 540 stål – i seg selv ikke grunnlag for å anse det urimelig at entreprenøren må bære risikoen for alle omkostningene med sveisearbeidet. Rett nok må jeg, i tråd med det de fagkyndige meddommere i herredsretten og lagmannsretten har uttalt eller gitt sin tilslutning, bygge på at de norske erfaringene med slikt sveisearbeid var begrenset da anbudet ble inngitt og entreprisekontrakten sluttet høsten 1991. Men som omtalt av førstvoterende, forelå allerede da kunnskap som burde ha gitt entreprenøren god grunn til å foreta nærmere undersøkelser av hvilken sveisemetode som ville kunne benyttes i forbindelse med det høyfaste stålet. Ut fra omstendighetene ved kontraktsslutningen er det således ikke noen grunn til å anse det urimelig å plassere risikoen for meromkostningene hos entreprenøren. Jeg tilføyer at det etter opplysningene i saken ikke er noe som tyder på at byggherren på sin side satt inne med spesiell kunnskap som kunne ha bragt sveiseproblemene for en dag før entreprisekontrakten ble inngått.

Spørsmålet er så om merkomkostningene ved den produksjonsmåten som måtte benyttes, i seg selv representerer et så høyt beløp at grensen for urimelighet passerer av den grunn. De meromkostninger entreprenøren måtte pådra seg i forbindelse med sveisearbeidet, utgjør et betydelig beløp. Men vederlaget for sveisearbeidet er en del av et samlet kontraktsvederlag på 450 mill. kroner. Vederlaget for sveisearbeidet kan ikke sees isolert, og noen nærmere analyse av det samlede kontraktsvederlaget foreligger ikke. De spesifikasjoner som fremgår av anbudet, er ikke uten videre avgjørende for så vidt. Størrelsen av beløpene for de enkelte poster i et anbud kan være taktisk betinget. Dette forhold og den usikre størrelsen av omkostningsbeløpet vedrørende sveisearbeidet gir etter min mening ikke tilstrekkelig grunnlag for å anta at det foreligger en slik rent økonomisk begrunnet urimelighet som kan gi grunnlag for krav om tilleggsvederlag“(s 944).

Mindretallsvotumet fremstår som mer prinsipielt enn flertallsvotumet. Mens flertallet nøyer seg med å slå fast at saken ikke egner seg for en prinsipiell drøftelse av forholdet mellom forutsetningslæren og avtl § 36, uttaler mindretallet temmelig uforbeholdent at avtaleloven § 36, „som for de spørsmål det gjelder, etter min mening har trådt i stedet for – har erstattet – den eldre lære om bristende forutsetninger“ (s 943). Mindretallet behøvde ikke å slå fast dette uttrykkelig – det kunne ha nøyet seg med å si at det ikke er noen grunn til at man akkurat i dette saksforholdet gjorde bruk av den eldre forutsetningslæren, når man har fått en alminnelig lempningsregel i avtl § 36. Mindretallet knytter ikke uttrykkelig sitt resonnement opp mot noe forbehold vedrørende sakens art. Riktignok viser mindretallet til at det er „for de spørsmål saken gjelder“ at avtl § 36 må anses å ha avløst forutsetningslæren. Men det følger av den generelle henvisningen like etter til de tilfelle der „realdebitor etter en kontraktsforpliktelse utsettes for uventede eller tyngende forhold når kontraktsforpliktelsen skal oppfylles“ (s 943), at mindretallet har denne generelle problemstillingen for øyet. Den utgjør et kjerneområde under forutsetningslæren i tradisjonell forstand, og når omtalen er så generell som her, må det antas at mindretallet mener at forutsetningslæren ikke lenger har noen plass i rettskildebildet.

I og med at det er tale om et mindretallsvotum, må det imidlertid fortsatt legges til grunn at Høyesterett ikke mer prinsipielt har avklart om avtl § 36 har erstattet forutsetningslæren. Etter min mening kan man heller ikke anta det motsatte. At flertallet ikke benyttet seg av avtl § 36, er som foran påpekt ikke ledsaget av en prinsipiell, men en konkret begrunnelse. Det må derfor legges til grunn at det fortsatt er uklart hvilket forhold det er mellom forutsetningslæren og avtl § 36. Imidlertid er det klart at flertallets avvisning av å bruke § 36 i et konkret rettsforhold, tilsier at flertallet har lagt til grunn at sistnevnte bestemmelse ikke mer generelt har avløst forutsetningslæren.

Som ledd i sin begrunnelse fremhever mindretallet at det ikke finner det tvilsomt at avtl § 36 også gjelder mellom profesjonelle kontraktsparter. Dette er med andre ord ikke et forhold som kunne begrunne bruk av forutsetningslæren. Jeg er enig med annenvoterende i at det ikke er tvilsomt at avtl § 36 prinsipielt også gjelder mellom profesjonelle kontraktsparter, selv om dens anvendelsesområde er atskillig snevrere her enn i forbrukerforhold. Likevel er det greit at annenvoterende fastslår dette, og synspunktet må uavhengig av at det er tale om et mindretallsvotum anses som et klart signal fra Høyesterett om hvordan retten oppfatter avtl § 36 på dette punkt.

Noe av det mest interessante med mindretallets votum er hvordan terskelen for urimelighet blir fastsatt. Etter å ha referert utgangspunktet om at det i profesjonelle kontraktsforhold skal være en høy terskel for urimelighet (s 943), viser annenvoterende til at det er grunn til å legge „betydelig vekt på den terskelen for en rett til å kreve tilleggsvederlag som var utviklet i rettspraksis og teori før avtaleloven § 36 trådte i kraft.“ Denne terskelen hadde sitt rettslige grunnlag i forutsetningslæren. Annenvoterende sier da også at ...„den urimelighetsvurdering som skal foretas etter avtaleloven § 36, vil ligge nær opp til den relevansvurderingen som skal foretas etter læren om bristende forutsetninger“(s 943).

Her er vi ved et sentralt poeng. Annenvoterende lar på en måte rettsstillingen etter forutsetningslæren bli videreført, likevel slik at det nå er avtaleloven § 36 som utgjør det mulige grunnlaget for kontraktsrevisjon. Dette innebærer at sontringen mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren kan fremstå som formell, ved at den ikke har noen reell betydning for utfallet av saken, likevel slik at den får rettskildemessig betydning, fordi de aktuelle vurderingskriteriene er forskjellige. Det er med andre ord fremgangsmåten og resonnementet frem til resultatet som blir noe forskjellig; ikke resultatet der annenvoterende føler seg bundet av den norm som på dette rettsområdet har utviklet seg under forutsetningslæren.

Dette bekreftes i og for seg også av at annenvoterende kommer til samme resultat som førstvoterende, selv om de bygger på forskjellige rettslige grunnlag (forutsetningslæren og avtl § 36). Det bekreftes også av at annenvoterende hva angår det rettslige bedømmelsesgrunnlaget, uttaler at avtaleloven § 36 ikke ...

„spør etter faktiske eller hypotetiske forutsetningers hos entreprenøren, og heller ikke etter slike forutsetningers betydning som motiv for å ha inngått kontrakten med den vederlagsbestemmelsen som foreligger. Man kan gå rett på det sentrale spørsmålet om hvor risikoen skal plasseres“(s 943).

Foretar vi en tilbakekobling til førstvoterendes votum, kan det konstateres at det reelle innhold i den relevansvurdering flertallet foretar og den urimelighetsvurdering mindretallet legger til grunn, nærmest er det samme, idet de samme premisser legges til grunn og avveiningen skjer på lik måte. I realiteten er det „risikobetingelsen“ begge fraksjoner konsentrerer seg om og som er avgjørende for sakens utfall.

Flertallet er ikke opptatt av andre vilkår enn risikobetingelsen og lar

det avgjørende i sin vurdering være om entreprenøren kunne forutse at sveisbarheten av det høyfaste stålet kunne komme til å by på slike problemer som oppsto, og som bare lot seg løse ved bruk av for- og ettervarme (s 934).

Mindretallet, som uttrykkelig viser til at „man kan gå rett på det sentrale spørsmålet om hvor risikoen skal plasseres“ (s 943), foretar en tilsvarende drøftelse. Det sentrale i mindretallets begrunnelse er etter dette nettopp formuleringene om at det „... som omtalt av førstvoterende, forelå allerede da kunnskap som burde ha gitt entreprenøren god grunn til å foreta nærmere undersøkelser av hvilken sveisemetode som ville kunne benyttes i forbindelse med det høyfaste stålet. Ut fra omstendighetene ved kontraktsslutningen er det således ikke noen grunn til å anse det urimelig å plassere risikoen for merkomkostningene hos entreprenøren“ (s 944).

I likhet med førstvoterende er det etter dette muligheten for entreprenøren til å forutse de problemer som viste seg å oppstå, som er avgjørende for annenvoterende. Rettskildemessig er det god forankring i avtl § 36 for å tillegge dette forholdet vekt, jfr formuleringen om „partenes stilling“, som annenvoterende imidlertid ikke viser uttrykkelig til.

Fremstillingen av flertallets og mindretallets formelt forskjellige, men reelt like innfallsvinkel til løsningen av spørsmålet om kontraktssending, gir i og for seg grunnlag for den slutning at det ikke er så farlig hvilken fremgangsmåte man velger, i og med at resultatet blir „riktig“ (les det samme) uansett.

Isolert sett er dette en forstandig konklusjon, men det bør vises forsiktighet med å generalisere herfra. At resultatet ble det samme i denne saken, er ikke det samme som at det vil bli det samme i andre saker der forutsetningslæren og avtl § 36 opptrer som „konkurrenter“. Der som forholdene tilsier det, gir avtaleloven § 36 rettsanvenderen et atskillig bredere grunnlag for å trekke inn relevante momenter i sin vurdering, enn det forutsetningslæren etter rettspraksis gir grunnlag for, jfr foran. Derfor vil avveiningen av argumentene også kunne bli forskjellig. Men mye kan tale for at Høyesterett vil tilstrebe en harmoni i rettsanvendelsen i slike tilfelle, slik at man ikke kommer til forskjellige resultater avhengig av det formelle juridiske utgangspunkt, så langt dette lar seg forsvare på det aktuelle rettsområdet.

En forskjell hva angår relevanskriteriene mellom forutsetningslæren og avtl § 36 kan i og for seg utledes av votumet i denne saken. For mindretallet som anvender avtl § 36, er det helt naturlig og rettskildemes-

sig ukomplisert å stille spørsmålet om merkomkostningene i dette tilfellet var blitt så høye, at det av denne grunn ville være urimelig å legge kontraktens vederlagsregler til grunn. Dette spørsmålet ble stilt, selv om mindretallet allerede var kommet til at risikoen for forutsetningssvikten (i utgangspunktet) skulle ligge hos entreprenøren.

Siden spørsmålet etter avtl § 36 er om det er urimelig om kontraktsvilkåret gjøres gjeldende, er det naturlig å trekke det siste spørsmålet om omfanget av omkostningsøkningen inn i bildet. Her går det B uten sammenligning for øvrig B en klar parallell til prinsippet om økonomisk „offergrense“ ved tolkningen av reglene om kontrollansvar i kontraktslovgivningen.

I en forutsetningsdrøftelse vil det ikke være like lett å inkorporere en slik „offergrense“ i relevansvurderingen, fordi vurderingstemaet i utgangspunktet er snevrere. Når dette er sagt, vil det på ingen måte være uholdbart rettskildemessig å forholde seg til dette under risikobetingelsen i forutsetningslæren.

Hagstrøm har pekt på at terskelen for revisjon ved bruk av avtaleloven § 36 i dette tilfelle formodentlig vil bli langt høyere enn den har vært etter forutsetningslæren, slik denne har vært praktisert på entrepriserettens område.¹⁹ Han bemerker videre at det vil være et tungtveiende argument mot bruk av § 36 at det dreier seg om en kommersiell kontrakt mellom profesjonelle parter, der entreprenøren ved sitt tilbud om å utføre byggearbeidene til fastsatt tid og pris, tar en kalkulert risiko.²⁰ Hagstrøm nevner imidlertid alternativet; at avtl § 36 gis et lempeligere innhold på dette området, ved at den anses å videreføre tradisjonen fra forutsetningslæren, og påpeker at dette antagelig er mindretallets oppfatning.²¹

Jeg er enig i disse synspunktene. Domspremissene viser klart at mindretallet legger vesentlig vekt på å videreføre den norm som har utviklet seg under forutsetningslæren, noe avtl § 36 på ingen måte er til hinder for. At det er en adgang til å ta i betraktning flere og andre forhold ved en vurdering etter § 36 enn etter forutsetningslæren og eventuelt avveie annerledes, innebærer som foran påpekt ingen plikt til dette. Hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet tilsier tvert om at det skjer en slik rettskildemessig suksessjon. Heller ikke i forhold til terskelen for urimelighet etter § 36 er dette noe problem; denne fast-

19. Hagstrøm, *Nytt i privatretten*, nr 3 1999, s 4.

20. Hagstrøm, *Nytt i privatretten*, nr 3 1999, s 4.

21. Hagstrøm, *Nytt i privatretten*, nr 3 1999, s 4.

settes ikke en gang for alle, men avhenger av rettsområdet og saksforholdet.

Hagstrøm er også inne på at det kan virke noe overraskende at flertallet i Høyesterett vil anvende forutsetningslæren i et saksforhold som omhandler det som nærmest må omtales som typeforutsetninger.²² Jeg tror svaret ligger i at Høyesterett ikke er opptatt av å la grensesnittet mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren bli trukket etter mer prinsipielle, juridiske argumenter. Når førstvoterende fremholder at saken ikke er egnet for en prinsipiell drøftelse av forholdet mellom forutsetningslæren og avtl § 36 (s 932) og føyer til at § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger, kan grunnen til dette meget vel være at førstvoterende er opptatt av at rettstilstanden under forutsetningslæren videreføres på dette rettsområdet. Dette velger han så å poengtere ved å bruke den samme rettslige teknikk – forutsetningslæren – for kontraktsrevisjon, som ligger til grunn for den rettstilstand som har utviklet seg og som ønskes viderebragt.

Når dette sammenholdes med annenvoterendes votum, som vanskelig kan forstås på annen måte enn at avtl § 36 gis et lempeligere anvendelsesområde innen entrepriseretten enn på en del andre rettsområder, jfr foran, inntreer harmoni ved at rettstilstanden viderebringes uforandret på dette rettsområdet, uavhengig av det rettslige grunnlaget for kontraktsrevisjon. Høyesteretts mindretall kunne naturligvis ha latt det komme klart til uttrykk at man i realiteten la til grunn at avtl § 36 på dette området må gis en annen terskel enn på en del andre rettsområder. Flertallet kunne også ha sagt i klartekst at det har vært et hovedanliggende å bruke forutsetningslæren, når det begge parter i realiteten gjør er å viderebringe den rettstilstand som eksisterer på området i lys av forutsetningslæren. Det er likevel ikke spesielt oppsiktsvekkende at noe slikt ikke fremgår av domspremissene. Det er temmelig elementært at terskelen etter avtl § 36 ikke er noen fast størrelse, men kan variere fra rettsområde til rettsområde.

Dommen i Rt 1999 s 922 løser etter dette ikke det grunnleggende spørsmål om forutsetningslæren er død. Den bekrefter riktignok at den er i live, men det må tas forbehold om at dette gjelder på entrepriserettens område. Muligens gir det en mer adekvat forklaring å si at det er rettstilstanden etter forutsetningslæren som lever videre; ikke læren som sådan. Det er på mange måter tilfeldig at Høyesterett delte seg i et flertall på tre „for“ forutsetningslæren og en mindretall på to „for“ avtl

22. Hagstrøm, *Nytt i privatretten*, nr 3 1999, s 4.

§ 36. Det kan ikke ses bort fra at Høyesterett, hvis forholdene ligger til rette for det i en annen sak på et annet livs- og rettsområde, enstemmig vil kunne komme til at avtl § 36 mer generelt har erstattet forutsetningslæren. Dette innebærer i tilfelle bare en fravikelse av flertallets begrunnelse i Rt 1999 s 922; ingen endring i forhold til resultatet i rettsanvendelsen, som ligger fast både etter flertallets og mindretallets votum. En eventuell senere dom som går langt i å prinsipielt nedtone betydningen av forutsetningslæren, vil neppe få noen betydning hverken for entrepriseretten som sådan eller lempningsspørsmål innenfor dette rettsområde. Rettstilstanden ifølge Rt 1999 s 922 vil stå fast, med mindre Høyesterett uttrykkelig fraviker den. Sistnevnte kan imidlertid gjøres helt uavhengig av om det er avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren som legges til grunn, likevel slik at dette lettest vil kunne skje ved bruk av avtl § 36.

Dommen gir videre grunnlag for å trekke den konklusjon at Høyesterett ikke lar seg lede av mer overordnede juridiske synspunkter, som f eks sontringen mellom typeforutsetninger og individuelle forutsetninger, i spørsmålet om hvilken av teknikkene som skal legges til grunn. Det avgjørende vil som Augdahl har påpekt, jfr foran, fortsatt være hva som konkret gir den rimeligste løsning av risikospørsmålet. Dette er ikke til hinder for at det utvikles eller opprettholdes noe forskjellige revisjonsterskler avhengig av rettsområdet, noe man etter min mening må akseptere som riktig rettsanvendelse, uavhengig av revisjonsgrunnlag. Rt 1999 s 922 har bekreftet terskelen på entrepriserettens område. Også på andre områder der forutsetningslæren har fått et solid grunnfeste gjennom tradisjonen, må det antas at terskelen kan bli søkt videreført, f eks visse spørsmål innen kausjonsretten. Om retten gjør dette ved formelt å påberope seg forutsetningslæren, eller ved å tilpasse standarden i § 36 til tradisjonen, er for så vidt likegyldig.

Personlig har jeg, som det vil ha fremgått, mest sympati for mindretallets fremgangsmåte: Ordlyden, formålet og forarbeidene legger opp til at avtaleloven § 36 prinsipielt omfatter et tilfelle som dette, der realdebitor etter en kontraktsforpliktelse utsettes for uventede eller tyngende forhold når kontraktsforpliktelsen skal oppfylles. Dette er samtidig et av de sentrale områder for den eldre rettsfiguren forutsetningslæren. Det skaper imidlertid prinsipiell uklarhet å la det juridiske grunnlag for revisjon fortsatt seile under flagget „bristende forutsetninger.“