

Juridiske emner
ved
Syddansk Universitet



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1999

Juridiske emner ved Syddansk Universitet
1. udgave, 1. oplag 1999

© 1999 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslaget er tilrettelagt af Morten Højmark
Tryk: Gentofte Tryk
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 1999
ISBN 87-574-0174-8

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 133
Postboks 2126
1015 København K

Telefon: 33 95 97 00
Telefax: 33 95 99 97
e-mail: fl@djoeef.dk
Homepage: <http://www.djoeef.dk/flhome.htm>

INDHOLD

Forord	7
Juridisk forskning ved Syddansk Universitet <i>Ole Bjørn og Nis Jul Clausen</i>	9
Tilladelses- og dispensationsbestemmelser - som skatteretligt fænomen <i>Ole Bjørn</i>	16
Majoritetsovertagelse og tilbudspligt - også et spørgsmål om oplysningspligt <i>Nis Jul Clausen</i>	24
Aktieselskabsloven i 25 år - selskabsrettens udvikling og udvidelse <i>Leif Heiselberg</i>	38
Varemærker og parallelimport <i>Bent Iversen</i>	49
Det civilretlige forbrugerbegreb <i>Nina Dietz Legind</i>	65
Elforsyning - mellem privat- og offentligretlig regulering <i>Bent Ole Gram Mortensen</i>	76
Om uberettigede træk på bankgarantier <i>Hans Viggo Godsk Pedersen</i>	89
Proportionalitetsprincippet i tysk ret <i>Jan Timmermann Pedersen</i>	102
Beskatning af ægtefæller - ved fælles drift af en personligt ejet virksomhed <i>Susanne Pedersen</i>	118
Udbud og forhandling - perspektiver for fremtiden <i>Michael Steinicke</i>	132

FORORD

Med denne samling af artikler om juridiske emner har de videnskabelige medarbejdere ved erhvervsretsstudierne ved det tidligere Odense Universitet og den tidligere Handelshøjskole Syd ønsket at markere indledningen til et mere formaliseret samarbejde samt påbegyndelsen pr. 1. september 1999 af HA(jur.) og cand.merc.jur.-uddannelsen under den nye institution Syddansk Universitet.

Artiklerne afspejler en del af de områder af erhvervsretten, der er genstand for medarbejdernes undervisning og forskning, således som disse områder nærmere er beskrevet i et indledende afsnit i bogen. Oplysninger om nye aktiviteter vil løbende blive opdateret på internettet på adressen: www.sam.sdu.dk

Institutsekretær Inga Jakobsen har med vanlig omhu og konsekvens taget sig af skrivearbejde og korrekturlæsning. Bent Iversen har været redaktør.

Syddansk Universitet har ydet økonomisk støtte til udgivelse af bogen.

Odense og Kolding i april 1999

Bent Iversen (red.)

Juridisk forskning ved Syddansk Universitet

af

Ole Bjørn og Nis Jul Clausen

1. Temaet for den juridiske forskning

Temaet for den juridiske forskning ved Det Samfundsvidenskabelige Fakultet, Syddansk Universitet, er koncentreret om den virksomhedsrelaterede privat- og offentligretlige regulering såvel i relation til omverdenen som i forholdet mellem aktørerne i virksomheden. Den juridiske forskning er funktionel i den forstand, at den ikke er afgrænset af bestemte traditionsbestemte discipliner, men tværtimod lægger vægt på at tage udgangspunkt i de problemstillinger, der opstår i relation til etablering og drift af virksomhed. Herved lægges der også vægt på den økonomiske virkelighed, som virksomhederne befinder sig i.

Med disse problemer som udgangspunkt foretages de retlige analyser på tværs af de traditionelle discipliner, hvorved der - i modsætning til enkeltdiscipliners brudstykker, men med anvendelse af disse - søges opnået helheder. Med udgangspunkt i en solid og dybtgående formueretlig forankring opdyrkes de specialdiscipliner, der falder inden for den virksomhedsrelaterede jura, herunder samspillet mellem den privatretlige og offentligretlige regulering. Den virksomhedsrelaterede synsvinkel indebærer imidlertid, at der lægges vægt på den sammenhæng, hvori specialdisciplinerne indgår i virksomhedernes virkelighed.

Fastlagt på denne måde lægges der vægt på den retlige regulering af virksomhedernes organisationsform, herunder valget mellem offentlig og privat virksomhed, den interne organisation, forholdet til de ansatte, finansiering, afsætning og kunderelationer samt beskatning og øvrige retlige relationer mellem virksomhederne og det offentlige. Den juridiske forskning er tæt knyttet til undervisningsudbuddet i de juridiske fag ved Det Samfundsvidenskabelige Fakultet.

Udøvelse af virksomhed og den retlige regulering heraf er kun i et vist omfang begrænset af landegrænser. Den juridiske forskning er derfor også grænseoverskridende og inddrager de juridiske aspekter, der følger af virksomhedernes og afsætnings internationale relationer, således at disse inddrages i den samlede helhed. Dette gælder også for den unionsretlige regulering af betydning for udøvelse af erhvervsmæssig aktivitet, herunder især konkurrenceretten og den frie bevægelse af arbejdskraft, varer, tjenesteydelser, kapital m.v. I det omfang, der findes unionsretlig regulering inden for de enkelte retsområder, integreres denne som anden relevant international regulering i forskningen.

Det juridiske forskningsområde er virtuelt derved, at det omfatter forskere ansat såvel i Odense som i Kolding.

2. Deltemaer

Den juridiske forskning ved fakultetet er i dag i særlig grad koncentreret inden for følgende tre temaer, idet et yderligere område - samspillet mellem privatretlig og offentligretlig regulering - er under opbygning:

Kredit-, børsmarkeds- og værdipapirhandelsret

Forskningen inden for dette område omfatter for det første analyse af den kreditretlige regulering i bred forstand omfattende både de privatretlige og de offentligretlige relationer. Hertil hører først og fremmest de traditionelle juridiske discipliner herom, det vil sige sikkerhed i fast ejendom, løsøre og fordringer, samt de personelle sikringsformer, kaution og garantier. Forskningen omfatter tillige sikring ved hjælp af særlige sikringsarrangementer. For det andet omfatter forskningen regulering af børsmarkedet og dets aktører, herunder det retlige samspil mellem udstedere, investorer, værdipapirhandlere, rådgivere samt de relevante myndigheder. Der fokuseres desuden på reguleringen af værdipapirhandel i bred forstand, ligeledes omfattende privat- og offentligretlige relationer, herunder selskabsretlige og reguleringsmæssige aspekter.

International handelsret og EU-markedsret

Forskningen inden for den internationale handelsret har som hovedopgave at påvise og løse de retskonflikter, der kan opstå, når retsforhold med et formueretligt indhold har tilknytning til flere forskellige retssystemer. Herunder falder blandt andet køberetlige konflikter mellem eksportør og importør, konventionsbaserede regler om forsikring og transport, sikring af parter og tredjemænd i internationale betalingsarrangementer m.v. Inden for EU-markedsret tager forskningen udgangspunkt i de grundlæggende principper om den frie bevægelse af varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Der lægges vægt på den EU-retlige konkurrenceret og andre elementer i offentligretlig erhvervsregulering, herunder anvendelse af privatretlige virkemidler i en offentligretlig kontekst.

Skatteret

Forskningen inden for dette område tager sit udgangspunkt i beskatningsreglerne vedrørende erhvervsvirksomheder, hvad enten de er organiseret som selskaber, personligt ejede virksomheder eller drives og ejes af flere som interessentskaber eller kommanditselskaber. Herunder falder blandt andet virksomheds-, selskabs- og koncernbeskatningen samt de særlige beskatningsproblemer, der knytter sig til relationen mellem selskaberne og deres deltagere. I stigende omfang inddrages de internationale skatteretlige aspekter i forskningen. Den formelle skatteret med særlig fokus på reglerne om etablering af ligningsgrundlaget og kontrollen af dette

inddrages. Forskningen vil blive søgt udbygget inden for den afgiftsretlige regulering, der har en stigende betydning for virksomhedernes relationer til skatte- og afgiftsmyndighederne.

De to første temaer, som hidtil har været knyttet tæt til ønsket om en formueretlig indfaldsvinkel, er forankret i Odense, mens det tredje - skatteret - er forankret i Kolding. Igangværende forskningsprojekter er omtalt neden for under 4.

3. Den juridiske forskergruppes medarbejdere

Med udgangen af marts 1999 er følgende ansatte ved Syddansk Universitet knyttet til det juridiske forskningsmiljø:

Professor, cand.jur. Ole Bjørn

Cand.jur. 1963 (Aarhus Universitet), advokatbestalling 1967. Siden 1995 professor i skatteret ved SDU, Kolding. Ole Bjørn har været medforfatter til skatteretlige bøger, herunder Lærebog i indkomstskat, og har offentliggjort en lang række artikler om skatteretlige emner, især inden for erhvervsbeskatning og den formelle skatteret. I SR-SKAT offentliggør han løbende kommentarer til nye domme, kendelser og administrative afgørelser. Ole Bjørn har desuden været medlem af en lang række ministerielle udvalg, herunder industriministerens udvalg vedr. gennemførelse af 1. bankdirektiv for andelskasser (1980), skatteministerens referencegruppe for forenklingssudvalget (1987), skatteministerens arbejdsgruppe vedr. virksomhedsskatteordningen (1988) og retssikkerhedsudvalg (1991), regeringens udvalg om personbeskatning (1992), skatteministerens arbejdsgruppe vedr. forslag til en general revision af afskrivningsloven (1994), samt ministerens følgegrupper til skattereform 2 (1994) og vedr. skatteomlægningen i maj 1998 (1998). Siden 1995 har Ole Bjørn været formand for Ligningsrådet og fra 1996 medlem af skatteretsrådet. Ole Bjørn har siden 1989 været medlem af redaktionen af SR-SKAT.

Professor, lic.jur. Nis Jul Clausen, LL.M.

Cand.jur. 1978 (Aarhus Universitet), Master of Law LL.M. 1985 (Duke University, USA), lic.jur. 1987 med afhandlingen Finansiering via selskabsopsplitning (Aarhus Universitet). Professor i erhvervsret ved SDU, Odense Universitet siden 1997. Nis Jul Clausen forsker især inden for finansierings- selskabs- og børsretlige emner. Han har modtaget Den Fynske Fond for Erhvervsøkonomisk Forsknings Forskerpris i 1992 og Fyens Stiftstidendes Forskerpris i 1999. Han har udover artikler i danske og internationale tidsskrifter blandt andet offentliggjort bøgerne; Introduktion til børsretten - børsreform II (1996), Valutasikring og insiderhandel (1996), Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (red. 1995), Børsret - Oplysningsforpligtelse (1993), Børsret - Insiderhandel (1992), International Securities Regulation (1991) samt Sikkerhed i fordringer (2. udgave, 1996). Nis Jul Clausen har været medlem af erhvervsministerens børsudvalg vedr. insiderhandel og medlem af det

juridiske udvalg vedr. børsreform II. Senest har han for Finanstilsynet udarbejdet Udredning om overtagelsestilbud - En analyse af reguleringen i 11 europæiske lande og USA (1998).

Lektor, cand.jur. Leif Heiselberg

Cand.jur. 1966 (Aarhus Universitet). I perioden 1966-1974 advokat- og dommerfuldmægtig. Advokatbestalling 1973. Lektor i erhvervsret ved SDU, Odense Universitet siden 1976. Autorisation som ejendomsmægler 1992. Leif Heiselberg underviser i erhvervsret, selskabsret og skatteret og udøver sin forskningsindsats inden for de to førstnævnte områder. Hans seneste udgivelser er: Retlige aspekter af vareomsætningen (1997), Lovsamling i Erhvervsret (1998) og Regnskabslovgivning (3. udg. 1998). Leif Heiselberg modtog i 1996 Fakultetets undervisningspris.

Professor, lic.jur. Bent Iversen

Cand.jur. 1964 (Københavns Universitet), lic.jur. 1984. Efter ansættelser som dommer- og politifuldmægtig samt fuldmægtig i Indenrigsministeriet har Bent Iversen siden 1989 været professor i erhvervsret ved SDU, Odense Universitet. Forskningsområder: Finansieringsret og international handelsret. Har ud over tidsskriftsartikler m.v. blandt andet udgivet bøgerne Civilret (1980), Handelsagenten & eneforhandleren (3. udg. 1997), Virksomhedens internationale kontrakter (1992), International handelsret (1993), Formidlingsaftaler og EF-konkurrenceretten (1996), Prioritetsstillinger i fast ejendom (1988), Realkreditloven med kommentarer (1989), Sikkerhedsrettigheder (2. udg. 1998), Finansieringsret. Kredit og kredit-sikring (1999). Bent Iversen er endvidere medforfatter til bøgerne Umyndige personer (1983), Umyndige personers formue (1988), Dansk Privatret (10. udg. 1997), Danish Business Law (1998), samt Dansk & international erhvervsret (1999). Bent Iversen modtog i 1994 Fakultetets undervisningspris.

Kandidatstipendiat, cand.merc.jur. Nina Dietz Legind

Cand.merc.jur. 1993 (Aalborg Universitet). Nina Dietz Legind har efter kandidateksamen arbejdet som adjunkt på Slagelse Handelsskole, hvorefter hun i årene 1994-97 var trainee i Amtssparekassen. 1997-98 arbejdede Nina Dietz Legind med koncepter og produkter i Amtssparekassen, hvorefter hun var projektkoordinator i Nykredit, indtil hun august 1998 blev ansat ved SDU, Odense Universitet. Nina Dietz Legind arbejder primært på en Ph.D.-afhandling, der behandler forholdet mellem bank og kunde.

Adjunkt Bent Ole Gram Mortensen, Ph.D.

Cand.jur. 1986 (Aarhus Universitet). Advokat 1989. Ansat som kandidatstipendiat ved CeSaM, Aarhus Universitet 1996-98, hvor han erhvervede Ph.D.-graden i 1998 med afhandlingen: Elforsyning - Afvejning af hensyn i en sektor på vej mod det indre marked. Adjunkt i erhvervsret ved SDU, Odense Universitet siden 1998. Bent Ole Gram Mortensen forsker især i energi-, konkurrence- og miljøretlige emner i grænseområdet mellem privat og offentlig ret. Han har offentliggjort sin afhandling

samt enkelte artikler og har derudover præsenteret en række papers på internationale konferencer, workshops m.v.

Professor, lic.jur. Hans Viggo Godsk Pedersen

Cand.jur. 1975 (Københavns Universitet), lic.jur.1985 (Aarhus Universitet) med afhandlingen Om ejerpantebreve og skadesløsbreve - med særlig vægt på alskyldserklæringer og indtrædelsesret. Fra 1. januar 1998 har han været ansat ved SDU, Odense Universitet, først som forskningsprofessor og fra 1. januar 1999 som professor. Hans Viggo Godsk Pedersen forsker især i finansierings- og kreditretlige emner. Udover artikler i forskellige faglige tidsskrifter har han blandt andet udgivet bøgerne Om ejerpantebreve og skadesløsbreve (1990), Kaution (4. udgave 1996), Bankgarantier (1995) og Familie- og arveret (4. udg. 1997). Hans Viggo Godsk Pedersen er koordinator i en arbejdsgruppe, der udvælger og kommenterer stoffet i rubrikken Aktuel ErhvervsJura, som kvartalsvis bringes i Revision & Regnskabsvæsen.

Ph.D.-studerende, cand.jur. Jan Timmermann Pedersen

Cand.jur. 1995 (Aarhus Universitet). Siden september 1995 ansat ved SDU, Odense Universitet. Jan Timmermann Pedersen arbejder for tiden på færdiggørelse af en Ph.D.-afhandling, som omhandler de dommerskabte ugyldighedsgrunde i dansk, tysk og EU-ret.

Lektor Susanne Pedersen, Ph.D.

Cand.merc.jur. 1990 (Handelshøjskolen i Århus), Ph.D. 1995 med afhandlingen: Sambeskatning i koncernforhold - en belysning samt en vurdering af det danske sambeskatningsinstitut (Handelshøjskole Syd, Kolding). Lektor i skatteret ved SDU, Kolding siden 1998. Susanne Pedersen forsker og underviser i skatteret. Susanne Pedersens særlige interesseområde er selskabsbeskatning, herunder beskatning af koncerner. Ud over sin Ph.D.-afhandling og tidsskriftsartikler udgiver hun sammen med Mogens Hansen, Jens Møller og Øjvind Hulgaard: Skattevejledning - eksempler og oversigter (1997 og 1998) samt Skattevejledning - opgavesamling med tilhørende vejledende løsninger (1997/1998). Skattevejledningerne ajourføres årligt.

Ph.D.-studerende, cand.merc.jur. Michael Steinicke

Cand.merc.jur. 1998 (Aalborg Universitet). Siden august 1998 ansat ved SDU, Odense Universitet, hvor Michael Steinicke arbejder på en Ph.D.-afhandling om varernes frie bevægelighed i forbindelse med offentlige indkøb. Har offentliggjort artikler om EU-retlige emner.

4. Igangværende forskning

Medarbejderne ved det juridiske forskningsmiljø ved Syddansk Universitet arbejder for tiden med en lang række projekter. Som eksempler herpå kan nævnes følgende, idet det dog bemærkes, at nogle projekter ligger inden for flere områder:

Kredit-, børns- og værdipapirhandelsret

- Sikring af kreditfaciliteter.
- National og grænseoverskridende realkreditfinansiering.
- Check- og vekselret.
- Garantier.
- Forholdet mellem bank og kunde.
- Anvendelse af traditionelle formueretlige regler på børshandel.
- Regulering af majoritetsovertagelse og tilbudspligt i komparativt perspektiv.

International handelsret og EU-markedsret

- Lovvalg og værneting i internationale kontraktforhold.
- Finansiering af internationale aftaler og internationale betalinger.
- Afsætningskanaler med særligt henblik på mindre og mellemstore danske virksomheders udbud af varer og tjenesteydelser på fremmede markeder omfattende partsrelationer og forholdet til aftagerne.
- Nationale og EU-retlige konkurrencebegrænsninger.
- Dommerskabe ugyldighedsgrunde i komparativt perspektiv i såvel forvaltningsretlige som forfatningsretlige problemstillinger.
- EU-konkurrenceret og fri bevægelighed i forbindelse med naturlige monopoler.
- Samspil og konflikter mellem varernes frie bevægelighed og reglerne om offentlige udbud.

Skatteret

- Beskatning af værdi af eget arbejde.
- Bod og bøder samt konfiskation i skatteretlig belysning.
- Transfer pricing problemer.
- Beskatning af fikserede vederlag.
- Skatteforbehold og omgørelse som reguleringsfaktorer i relation til opgørelsen af den skattepligtige indkomst.
- Ansættelsessystemets tidsmæssige dimension.
- Igangværende arbejder i skatteretlig belysning.
- Sambeskatning af koncernforbundne selskaber.

Samspillet mellem privat- og offentligretlig regulering

- Regulering af elforsyningssektoren.
- Anvendelse af privatretlige standarder som offentligretligt instrument på naturgasområdet.
- Anvendelse af markedsbaserede miljøstyringsprincipper i et »Law and Economic« perspektiv.

Andre projekter

- Analyse af de retsregler der i bred forstand kan siges at regulere vareomsætningen.
- Analyse af de regelsæt der regulerer de enkelte selskabers funktion.
- Miljømæssige reguleringsprincipper i forbindelse med efterforskning efter og udvinding af kulbrinter i Nordsøen.

Tilladelses- og dispensationsbestemmelser - som skatteretligt fænomen

af

Ole Bjørn

1. Indledning

Tilladelses- og dispensationsbestemmelser spiller en betydelig rolle i skatteretten.

Sådanne bestemmelser forekommer i stort set alle de væsentligste skattelove. Nævnes kan afskrivningsloven, aktieavancebeskatningsloven, ejendomsavancebeskatningsloven, fusionsskatteoven, fondsbeskatningsloven, husdyrbesætningsbeskatningsloven, kursgevinstloven, ligningsloven, personbeskatningsloven, realrenteafgiftsloven, selskabsskatteoven, skattekontrolloven, skattestyrelsesloven, varelagerloven samt vurderingsloven.

I dag formuleres disse bestemmelser som hovedregel således, at det fremgår, at »skatteministeren kan tillade«, hvorefter ministeren ved den såkaldte sagsudlægningsbekendtgørelse, jf. senest bekendtgørelse nr. 336 af 10. juni 1998, som ændret ved bekendtgørelse nr. 362 af 19. juni 1998 og bekendtgørelse nr. 968 af 16. december 1998, overfører kompetencen til den myndighed, som han ønsker skal vurdere den pågældende sagstype. Jævnligt angiver selve tilladelsesbestemmelsen de nærmere vilkår, som er forudsætningen for, at dispensationen eller tilladelsen skal gives, jf. f.eks. forslaget af 3. marts 1999 om ændring af skattestyrelsesloven og andre love § 37 C.

I andre tilfælde er kompetencen direkte ved loven tillagt en bestemt myndighed, typisk Ligningsrådet, og bestemmelserne kan også være formulerede således, at det direkte er gjort til en betingelse for opnåelse af en bestemt retsstilling, at tilladelse opnås hos det udpegede organ, jf. f.eks. fusionsskatteovens § 15 stk. 1 om fusion mellem selskaber, der er hjemmehørende her i landet og et selskab, der er hjemmehørende i udlandet.

Selv om disse lovregler sædvanligvis formuleres som tilladelsesbestemmelser, har en række af disse regler karakter af at være dispensationer fra den i øvrigt i lovgivningen gældende retstilstand. Sønningen mellem dispensations- og tilladelsesbestemmelser er imidlertid uskarp. Medens betegnelsen dispensation sædvanligvis anvendes om tilfælde, hvor det forudsættes, at lovens hovedregel kun undtagelsesvis brydes, anvendes betegnelsen tilladelse sædvanligvis om situationer, hvor det er forudsat, at tilladelse sædvanligvis eller dog jævnligt opnås således, at den pågældende myndigheds opgave snarere er at påse, at lovens betingelser er

opfyldte. I hvert fald i dag formuleres stort set alle bestemmelser som tilladelsesbestemmelser, uanset at det fremgår af lovens forarbejder, at tilladelse kun undtagelsesvis skal meddeles, jf. f.eks. selskabsskattelovens § 10 stk. 3 om tilladelse til kvartalsskævt regnskabsår, hvor det af forarbejderne klart fremgår, at bestemmelsen skal administreres snævert, hvilket i reglen er formuleret på den måde, at særlige forhold skal tilsige, at tilladelse meddeles. I den anden ende af spektret befinder sig bestemmelserne i fusionsskattelovens § 15 a om spaltning og § 15 c om tilførelse af aktiver, hvor det er forudsat, at tilladelse skal meddeles, hvor lovens betingelser er opfyldte, medmindre der foreligger skatteunddragelse eller skatteundgåelse, se nærmere cirkulære nr. 105 af 4.7.1997.

Virkningerne, af at dispensation eller tilladelse opnås, vil typisk fremgå af bestemmelsen. I visse situationer vil den manglende tilladelse bevirke, at en bestemt retsstilling overhovedet ikke lader sig etablere, f.eks. hvis tilladelse til kvartalsskævt regnskabsår ikke opnås. I andre tilfælde vil manglende dispensation eller tilladelse bevirke, at en særlig gunstig skatteretlig stilling ikke opnås således, at den manglende tilladelse bevirker, at et beløb er skattepligtig i stedet for skattefrit, at en disposition udløser skatteretlige virkninger, herunder avancebeskatning, medens dispositionen vil være skattefri, såfremt tilladelsen meddeles af myndighederne. I andre tilfælde vil retsvirkningen af den manglende imødekommelse af ønsket om udstedelse af forvaltningsakten være, at retsstillingen undergår visse ændringer, der af den skattepligtige anses for mere bebyrdende, f.eks. personsattelovens § 4 stk. 6 og 7, hvorefter Ligningsrådet kan tillade, at anpartsreglerne i § 4 stk. 1 nr. 12 og 13 ikke finder anvendelse.

I det følgende skal der fremsættes nogle bemærkninger om anvendelsen af sådanne tilladelses- eller dispensationsbestemmelser i skattelovgivningen.

2. Betænkkeligheder ved dispensations- og tilladelseslovgivningen

Den grundlæggende holdning til en sådan lovgivning er formentlig negativ. Det naturlige udgangspunkt må være, at skatteyderne er i stand til at aflæse deres retsstilling i loven. I betragtning af den byrde, som indkomstbeskatningen udgør, forekommer det for de fleste at være et næsten ufravigeligt krav.

De retssikkerhedsmæssige betænkkeligheder ved at fastlæggelsen af skatteydernes og virksomhedernes retsstilling er overladt til administrationen er navnlig, at en sådan lovgivning indebærer, at det element i retssikkerheden, som forudsigeligheden udgør, går tabt, når fastlæggelsen af retsstillingen i det konkrete tilfælde afhænger af, om den relevante myndighed meddeler tilladelse eller dispensation. Kun den, der er i stand til at klarificere den underliggende administrative praksis, kan på forhånd fastlægge sin retsstilling. Dette vanskeliggøres i mange tilfælde af, at den administrative praksis, der nærmere fastlægger, hvornår dispensation eller tilladelse meddeles, og hvornår den ikke er opnåelig, kun i begrænset udstrækning er offentligt tilgængelig. Det beror i vid udstrækning på den administrerende myndighed selv, i hvilken udstrækning praksis offentliggøres. Dertil kommer, at

sådan lovgivning sædvanligvis vil indebære, at der tilføres det pågældende område et større eller mindre element af skøn, afhængig af, hvor explicit lovbestemmelsen formulerer betingelserne for, at dispensation eller tilladelse kan opnås. Når eksempelvis personskattelovens § 4 stk. 7 indeholder en regel om, at Ligningsrådet kan tillade, at reglen i personskattelovens § 4 stk. 1 nr. 13 ikke skal anvendes for indkomst ved udlejning af aktiver, som er anskaffede inden 19. maj 1993, når det efter rådets skøn må anses for godtgjort, at udlejningen indgår i et generationsskifte, eller særlige omstændigheder i øvrigt taler derfor, er det et eksempel på en bestemmelse, der overlader rådet en vidtgående skønsmæssig kompetence, idet det helt overlades til den administrative myndighed nærmere at fastlægge, hvornår der foreligger sådanne særlige omstændigheder, ligesom begrebet generationsskifte næppe overhovedet lader sig fastlægge blot nogenlunde entydigt. Ikke mindst i betragtning af skattebyrdens tyngde her i landet virker det som udgangspunkt ikke tilforladeligt, at det overlades et administrativt organ at fastlægge, hvornår denne byrde skal være større eller mindre.

Det kan naturligvis også med rette påpeges, at det sædvanligvis er en alvorlig mangel ved sådanne regler, at klagesystemet er ufuldkomment eller ikke eksisterende. Af sagsudlægningsbekendtgørelsen, der er nævnt ovenfor, fremgår det dog, at stort set alle afgørelser kan indbringes for een højere instans. Dette gælder imidlertid ikke, hvor det er Told- og Skattestyrelsen eller Ligningsrådet, der er indehaver af kompetencen, idet disse myndigheders afgørelse som hovedregel ikke kan indbringes for anden administrativ myndighed. Afgørelserne kan vel indbringes for domstolene, men det er almindeligt anerkendt i den forvaltningsretlige teori, at prøvelsesintensiteten i sådanne sager er begrænset for så vidt angår den rene skønudøvelse, dvs. det forvaltende organs afvejning af lovlige kriterier overfor hinanden således, at der ikke foreligger situationer, der kan indeholde krænkelse af lighedsgrundsætningen eller i øvrigt repræsenterer varetagelse af ulovlige hensyn. Der foreligger dog i skatteretten enkelte eksempler på, at domstolene har tilsidesat afgørelser, der er truffet i henhold til myndighedernes tilladelses- eller dispensationshjemmel, jf. Vestre Landsrets afgørelse i TfS 1989 nr. 262, der underkendte Ligningsrådets nægtelse af sambeskatning. Afgørelsen er dog formentlig navnlig begrundet i, at Ligningsrådet i det såkaldte sambeskatningscirkulære udtømmende havde angivet, hvilke betingelser og vilkår der skulle foreligge opfyldte for, at sambeskatning kunne opnås således, at rådet ikke i enkeltstående tilfælde kunne administrere i strid med sådanne offentliggjorte retningslinier.

Det vil i hvert fald i det skatteretlige system være en hovedindvending, at det øverste - i det forvaltningsretlige hierarki - uafhængige klageorgan, nemlig Landsskatteretten, ingen kompetence har til at efterprøve forvaltningsmyndighedens afgørelse i henhold til dispensations- eller tilladelseslovgivningen. En afvigelse herfra er foreslået folkettinget for så vidt angår visse af fusionsskattelovens regler i L 87, der blev vedtaget den 18. marts 1999 om forslag til lovændring af forskellige skatte- og afgiftslove, toldloven, lov om fonde og visse foreninger samt lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v.

3. Udviklingen i hovedtræk

Tilladelses- eller dispensationslovgivning er ikke et fænomen af nyere dato. Centrale tilladelsesbestemmelser som Ligningslovens § 16 A og også § 16 B går tilbage til lov nr. 160 af 31.5.1961. Omvendt er der dog næppe tvivl om, at anvendelsen af denne lovgivningsteknik har været i kraftig tiltagen, ikke mindst i de senere år, hvorimod tilladelsesbestemmelser var stort set ukendte før Anden Verdenskrig. Man kan således fastslå, at behovet for sådanne bestemmelser er vokset i takt med den udbygning af skattelovgivningen, som tog sin begyndelse med den midlertidige ligningslov i 1939 og afskrivningsloven, der i sin oprindelige formulering så dagens lys i 1957. Også den oprindelige afskrivningslov indeholdt en dispensationsbestemmelse vedrørende ændring af afskrivninger efter selvangivelsesfristens udløb i § 30 stk. 3. Der synes således at være tale om parallelle forløb. Jo mere omfattende reguleringerne i skattelovgivningen bliver, jo mere vokser behovet for den yderligere nuancering, der ligger i, at de detaljerede regler i en vis udstrækning alligevel skal kunne fraviges. Det synes også at kunne fastslås, at tilladelses- og dispensationslovgivning navnlig er aktuel på erhvervsskatterettens område, medens den spiller en ganske underordnet rolle i forbindelse med beskatningen af lønmodtagere.

4. Kompetencen til at meddele tilladelse eller dispensation

Som nævnt ovenfor var der tidligere ikke noget fast mønster for, hvilken af de i betragtning kommende skattemyndigheder, der var bærer af dispensationsbeføjelsen. Hovedreglen har været den, at enten tillagde man skatteministeren kompetencen, der herefter blev uddelegeret, eller også blev kompetencen henlagt til Ligningsrådet, der også i et vist omfang har videredelegeret kompetencen til de lokale eller regionale skattemyndigheder. I de senere år ses der dog en klar tendens til, at kompetencen tillægges skatteministeren. Ved den ovennævnte L 87 er der i meget betydelig udstrækning overført kompetencer fra Ligningsrådet til skatteministeren således, at disse kompetencer vil blive uddelegeret til navnlig de regionale told- og skattestyrelser. Noget helt ensartet mønster er der dog fortsat ikke tale om, idet Ligningsrådet i § 5 stk. 6 og § 6 stk. 3 er gjort til dispensationsmyndighed i forbindelse med afskrivningssystemet for aktiver til udlejning.

5. Årsagerne til væksten i denne type bestemmelser

Forklaringerne, på at sådanne bestemmelser flourerer i de senere års skattelovgivning, er mange.

En af årsagerne er utvivlsomt det pres på lovgivningen, som er opstået som følge af skattetænkning og skattearbitrage. Skattelovgivningen har i de senere år ofret meget betydelige anstrengelser på at sætte ind overfor, hvad flertal i folketinget

mener er uønsket adfærd fra borgernes side. Sådanne lovgivningsinitiativer, der ofte tilsigter at ramme omgængelsituationer, må ofte gøres bredt virkende for at opnå hensigten. Bredt formulerede regler kræver imidlertid ofte, at man forsyner reglen med en undtagelsesregel for at hindre, at også dispositioner, der anses for samfundsmæssigt acceptable eller ligefrem ønskelige, rammes, hvilket typisk opnås gennem en dispensations- eller tilladelsesbestemmelse.

Ofte vil det i en lovtæst være vanskeligt præcist at beskrive de situationer, der efter folketingets opfattelse ikke bør rammes af et indgreb, medmindre lovtæksten skal være endog meget omstændelig. Alternativet til en sådan ordrigdom i selve lovtæksten vil ofte være en undtagelsesregel, der formuleres som en dispensationssituation.

Megen ny skattelovgivning etableres under en høj grad af usikkerhed. På lovgivningstidspunktet foreligger der ofte ikke den fuldt tilstrækkelige viden om det område, der lovgivningsmæssigt skal reguleres. For at bøde på en sådan usikkerhed vil det være en fristelse at indsætte en dispensationsbestemmelse, der medfører, at man kan afbøde uønskede virkninger af den under usikkerhed etablerede lovgivning. Er usikkerheden særlig høj, måske fordi der er tale om komplicerede erhvervs-mæssige transaktioner, er det fristende at udforme lovgivningen som en egentlig tilladelseslovgivning således, at alle transaktioner skal forelægges myndighederne, der herefter antages at være i stand til at skille klinten fra hveden.

Mange tilfælde af en sådan lovgivning er formentlig også et udslag af, at der jævnligt hersker et betydeligt tidspres i forbindelse med etablering af lovmæssig regulering, der ønskes af et flertal i folketinget. Ofte levnes administrationen kun kort tid, i visse tilfælde kun timer, til at udforme en sådan regel, der nødvendigvis må være præget af upræcighed og usikkerhed, hvor disse mangler forsøges afbødes ved indsættelse af bevillings-, dispensations- eller tilladelsesbestemmelser.

Man kan derfor formentlig med rette hævde, at sådanne bestemmelser i vid udstrækning er forbundet med selve karakteren af den skatteretlige lovgivningsproces således, som den har udviklet sig i de seneste ti-år.

6. Strukturen i og fordelene ved en sådan lovgivning

Som nævnt ovenfor er den typiske grundholdning, ikke mindst i advokat- og revisorkredse, overfor tilladelses- og dispensationslovgivningen negativ.

Spørgsmålet er, om det er med rette. Det er i hvert fald min opfattelse, at en sådan lovgivning også har nogle gode sider, som der synes at være en tilbøjelighed til at overse.

I de tilfælde, hvor lovgivningen er udformet således, at den ønskede transaktion kun kan gennemføres, når der forud for dens gennemførelse er opnået tilladelse hertil, hvad der gælder store dele af transaktionstyperne i fusionsskatte-loven, kan man fremhæve, at en sådan lovgivning har klare analoge træk med instituttet bindende forhåndsbesked. Kernen i den bindende forhåndsbesked er ligesom ved tilladelseslovgivning, at der på forhånd sker en klarlæggelse af retsstillingen

således, at dispositionen kan gennemføres med fuld sikkerhed for, hvad de retlige virkninger heraf vil være. Myndighederne fastlægger på begæring skatteretlige virkninger af transaktionen efter anmodning således, at skatteyderens eller hans rådgiveres ansvar afgrænses til, at de alene har ansvaret for, at de oplysninger, der meddeles myndighederne, er korrekte. Viser det sig, at der er begået en fejltagelse således, at tilladelse på det foreliggende grundlag ikke burde have været givet, er det myndighedens og ikke skatteyderens problem, ligesom myndighederne har ansvaret for, at der er tilvejebragt sådanne oplysninger, at det fornødne grundlag for at træffe afgørelse i sagen, foreligger.

Man kan således tilnærmelsesvis sige, at denne form for lovgivning er en art tunget bindende forhåndsbesked, der oven i købet er gebyrfri.

Selv om udsagnet halter, synes der derfor at være et vist paradoks i at fremhæve instituttet bindende forhåndsbesked som et instrument til styrkelse af borgerens retssikkerhed, medens det modsatte synes at være udgangspunktet for diskussionen omkring tilladelseslovgivning som skatteretligt fænomen.

Hvis man forestillede sig, at størstedelen af den egentlige tilladelseslovgivning blev fjernet og objektiveret således, at betingelserne for at opnå den ønskede retsposition, direkte var angivet i loven, ville det formentlig medføre, at man i talrige tilfælde ville indhente bindende forhåndsbesked hos Ligningsrådet for at sikre sig mod uønskede overraskelser. Det ville i hvert fald være tilfældet, såfremt man ikke var i stand til at formulere betingelserne meget præcist.

Oftentimes vil de transaktioner, der kræver tilladelse, være af betydelig økonomisk rækkevidde for de involverede parter. Risikoen for uønskede økonomiske virkninger, der er forbundet hermed, vil ofte være at en sådan karakter, at det kun er forsvarligt at gennemføre transaktionen under opnåelse af maksimal skatteretlig sikkerhed.

Man skal også holde sig for øje, at de transaktioner, der kun kan gennemføres med tilladelse, vil være dispositioner, der i givet fald vil blive udtaget i den efterfølgende ligningsmæssige kontrol. Der foreligger således i virkeligheden en art forhåndsligning, idet der inden dispositionen gennemføres, foretages en prøvelse af, om lovens betingelser for at opnå den ønskede retsstilling, foreligger. Er dette tilfældet, vil der efterfølgende i ligningen typisk alene foregå en undersøgelse af, om den disposition, der faktisk er gennemført, svarer til den, der er opnået tilladelse til. Dette sikres i vid udstrækning ved, at dokumenter, der underskrives i forbindelse med dispensationens gennemførelse, indsendes til den godkendende myndighed til foretagelse af denne kontrol.

Alternativet til tilladelseslovgivning vil således typisk være, at den undersøgelse, der foregår i forbindelse med opnåelse af tilladelsen, vil blive foretaget efterfølgende i det almindelige selskabsligningssystem. Er der et eller andet galt, vil de fleste formentlig foretrække at få dette meddelt på forhånd, fremfor at skulle mødes med måske betydelige økonomiske krav, hvis en ligningsmæssig gennemgang viste, at noget var galt.

Tilladelseslovgivningen indebærer således for samfundet den fordel, at ligningen af disse ofte komplicerede transaktioner gøres total, medens skatteyderne og deres

rådgivere sikrer sig mod ubehagelige overraskelser. Der synes således at være god »procesøkonomi« i hvert fald mange af de situationer, der kræver forhåndstilladelse.

Langt størstedelen af tilladelses- eller dispensationslovgivningen indeholder et centralistisk element, idet det i hvert fald som udgangspunkt er de centrale eller regionale skattemyndigheder, der meddeler tilladelsen eller dispensationen. Virkningen er ofte, at det kommunale ligningssystem friholdes for en række arbejdsopgaver, der ville blive oplevet som særdeles arbejdskrævende, ikke mindst fordi en decentralisering af ligningen på disse områder ville indebære, at den fornødne rutine og sikkerhed ikke ville blive opnået, når der i den enkelte mindre kommune kun ville være tale om ganske få sager om året. En sådan lovgivning indebærer derfor et klart element af øget retssikkerhed fra samfundets side og fremmer en ensartet og effektiv behandling af sådanne sager.

Som ovenfor nævnt er det i sig selv en fordel, at eventuelle konflikter tages på forhånd, dvs. i forbindelse med meddelelsen af tilladelsen eller dispensationen, fremfor at konflikten afdækkes under den egentlige ligning. Man skal heller ikke overse, at en betydelig del af den skattelovgivning, der er forsynet med dispensations- eller tilladelsesbestemmelser, er overordentlig kompliceret således, at risikoen for fejl og misfortolkninger er ikke uvæsentlig. For rådgiverne, navnlig advokater og revisorer, indebærer en sådan lovgivning, at der rådgives under fuld sikkerhed således, at risikoen for ansvarssager væsentligt mindskes. Meget ofte sendes der tilladelses- eller dispensationssager til myndighederne, der klarificerer forhold, hvis konsekvenser ikke har været fuldt erkendt af rådgiverne. Ofte vil administrationen kunne bidrage med oplysninger om, under hvilke ændringer en tilladelse kan opnås således, at sagen »rettes til«, hvorefter transaktionen i denne lidt ændrede version kan foregå uden problemer. Jeg tror, at mange advokater og revisorer i en stille eftertænkningens stund vil erkende, at den dialog, som de i en konkret sag har haft med et af de fagkontorer i Told- og Skattestyrelsen, som har ansvaret for fusionsskattelovens sagsområder, har afværget mange efterfølgende bekymringer, uanset at det måske som udgangspunkt har været oplevet som et irritationsmoment, at transaktionen skulle forhåndsgodkendes. Der er næppe tvivl om, at megen dispensations- og tilladelseslovgivning er konfliktforebyggende, hvilket ikke er noget ringe kvalitet.

På de områder, hvor tilladelses- eller dispensationssager ekspederes i større omfang, vil myndighederne ofte udvikle en overordentlig høj ekspertise på området, der sikrer den nødvendige baggrund for, at rimelige og hensigtsmæssige lovjusteringer senere kan gennemføres. Denne ændring vil eventuelt kunne gennemføres som en objektivisering af reglerne, der er muliggjort på grund af de erfaringer, som er indhøstede i forbindelse med sagsekspeditionen under den tidligere tilsvarende dispensations- eller tilladelseslovgivning. Det af folketinget den 18. marts 1999 vedtagne forslag om ændring af forskellige skatte- og afgiftslove, toldloven, lov om fonde og visse foreninger samt lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v., der er nævnt ovenfor, rummer adskillige eksempler herpå, for eksempel de

ændrede regler i selskabsskattelovens § 10, der blandt andet ophæver det tidligere tilladelsessystem vedrørende kvartalskævt regnskabsår.

Denne lov er et eksempel på en i sig selv ønskværdig udvikling på de områder, hvor dispensations- eller tilladelseslovgivningen har været eller er nødvendig. Sådanne bestemmelser bør med jævne mellemrum tages op til vurdering af, om det i lyset af de indvundne erfaringer ikke er muligt at objektivere bestemmelsen totalt eller dog delvis. Er dette ikke eller kun delvis gørligt, bør man i lyset af de indvundne erfaringer overveje, om det er hensigtsmæssigt at justere på lovens regler. Er en tilladelses- eller dispensationsbestemmelse fortsat nødvendig, bør det overvejes, om det er forsvarligt at delegere beføjelserne nedad i systemet således, at de centrale myndigheder friholdes for andet end de principielle sager, der lokalt eller regionalt må give anledning til særlig tvivl.

7. Afslutning

Etablering af tilladelses- eller dispensationslovgivning bør nøje overvejes. Det vil altid være at foretrække, såfremt borgernes og virksomhedernes retsstilling umiddelbart kan aflæses af loven, og tilladelses- og dispensationslovgivning bør derfor kun etableres, når det er klart, at det ikke med den fornødne omhu er muligt at beskrive undtagelsesbestemmelser tilstrækkeligt præcist i selve lovteksten.

Som jeg har forsøgt at skildre ovenfor, rummer en sådan lovgivning også en række klare fordele.

Uanset bestræbelserne for at undgå en sådan lovgivning eller senere objektivere en sådan lovgivning, er det min opfattelse, at vi står overfor et permanent fænomen. Alternativet til sådanne bestemmelser er ikke altid, som nogen synes tilbøjelige til at mene, at reglerne skrives ind i selve loven, men at undtagelsesbestemmelser ikke findes således, at retsstillingen i en række situationer bliver unødigt restriktiv. Alternativet til disse bestemmelser er ofte vage og upræcise lovbestemmelser, der efterlader såvel myndighederne som borgere og virksomheder i betydelig tvivl om, hvordan en given sag skal kvalificeres således, at risikoen for konflikter er betydelig.

Dispansations- og tilladelsesbestemmelser må vi leve med.

Majoritetsovertagelse og tilbudspligt - også et spørgsmål om oplysningspligt

af

Nis Jul Clausen

1. Indledning

I forbindelse med erhvervelse af en kontrollerende aktiepost i et selskab med aktier noteret på en fondsbørs har man i Danmark og nu også i de fleste andre europæiske lande pålagt den nye majoritetsaktionær tilbudspligt.¹ Tilbudspligten følger i dag af værdipapirhandelsloven (Vphl) § 31, stk. 1, og indebærer, at den nye aktionær efter at have opnået den fornødne kontrollerende aktiepost skal fremsætte et tilbud over for de resterende aktionærer om at købe deres aktier. Tilbuddet skal være på identiske betingelser, hvilket betyder, at tilbudsprisen som udgangspunkt mindst skal svare til den højeste pris, hvortil den nye aktionær har købt de berørte aktier inden for de seneste 6 måneder, jf. takeover-bekendtgørelsen (nr. 333 af 23. april 1996) § 5.

Som begrundelse for det danske krav om tilbudspligt har man primært henvist til selskabsretlige grundprincipper om minoritetsbeskyttelse og lige behandling af aktionærene. For det første er det blevet anført, at »[d]er skabes ofte markant ændrede vilkår og udsigter i et selskab, hvor overdragelsen af aktierne medfører ændringer i indflydelsen på selskabet«,² og derfor skal de tilbageværende aktionærer gennem tilbudspligten sikres en særlig exit-mulighed. For det andet har aktionærene »i denne situation krav på ligelig behandling. Derfor skal minoritetsaktionærene også sikres mulighed for at kunne afhænde deres aktier på »identiske betingelser«.³ Det betyder, at minoritetsaktionærene skal tilbydes en pris, som svarer til den pris, som erhververen har betalt for majoritetsposten, inklusiv en eventuel præmie for selve kontrollen.

Men de hensyn, som er blevet anført til støtte for tilbudspligt - markant ændrede forhold og lige behandling - kan ligeledes ud fra et bredere børsretligt/markeds-mæssigt synspunkt anføres til støtte for, at der i forbindelse med erhvervelse af

¹ Om den gældende regulering i en række lande, se *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, Udredning om overtagelsestilbud - En analyse af reguleringen i 11 europæiske lande og USA (1998) netpublikation <http://www/ftnet.dk>. Se tillige *samme*, UfR 1998 B 406.

² Jf. bemærkningerne til værdipapirhandelsloven § 31, FT 1995/96 Tillæg A, s. 1996 sp. 2.

³ Jf. FT 1995/96 Tillæg A, s. 1996 sp. 2.

større aktieposter pålægges den nye aktionær en særlig informationspligt. Aktionærerne er i dag pålagt en vis oplysningsforpligtelse. For storaktionærers besiddelser er der fastlagt oplysningskrav i Vphl § 29, og storaktionærbekendtgørelsen (nr. 328 af 22. april 1996).⁴ For den tilbudspligtige majoritetsaktionærs vedkommende stilles der krav om offentliggørelse af et tilbudsdokument, jf. Vphl § 32, stk. 1, og takeover-bekendtgørelsen § 4.⁵

De hidtidige overvejelser og debat om den børsretlige regulering af majoritetsovertagelse har i meget høj grad fokuseret på tilbudspligten og kriterierne for dennes indtræden. Herved har den informationspligt, som følger af majoritetsovertagelse, fået en mindre central rolle. Udviklingen med hensyn til kriterierne for tilbudspligtens indtræden omtales kort under 2. Hovedvægten i nærværende artikel vil blive lagt på at redegøre nærmere for omfanget af storaktionærernes og majoritetsaktionærernes oplysningspligt i forbindelse med erhvervelse af aktier i et børsnoteret selskab, jf. nedenfor under 3-5. Afslutningsvist vil det under 6 specielt i lyset af reguleringen i andre lande blive belyst, hvilke muligheder der er for at opstille supplerende krav til aktionærernes oplysningspligt i forbindelse med erhvervelse af større aktieposter.

Om end »bad cases« som bekendt »make bad laws« kan det ikke benægtes, at problemstillingen omkring aktionærernes oplysningspligt er blevet aktualiseret i forbindelse med Thorsen-selskabernes forsøg på at købe betydelige aktieposter i de børsnoterede selskaber Gefion og Norden. Denne sag, som nu primært vedrører centrale aftaleretlige og strafferetlige problemstillinger, startede oprindeligt som et børsretligt problem, idet Københavns Fondsbørs ønskede nærmere oplysninger om, hvem der stod bag Thorsen-selskaberne, og hvad hensigten med de store erhvervelser var.

2. Reguleringen af tilbudspligt

2.1. Børsetiske regler § 7

Reglerne om tilbudspligt i forbindelse med overdragelse af en kontrollerende aktiepost fremgik oprindeligt af de børsetiske regler udstedt af Københavns Fondsbørs. Efter de børsetiske regler § 7 indtrådte tilbudspligten »i forbindelse med

⁴ Herudover har storaktionærerne pligt til at give oplysninger om forhold i visse aktionæraftaler, jf. takeover-bekendtgørelsen § 1, som dog ikke behandles nærmere i nærværende sammenhæng.

⁵ Når der uden at der foreligger tilbudspligt i øvrigt offentligt fremsættes tilbud om at købe aktier i et børsnoteret selskab, skal der ligeledes udarbejdes et tilbudsdokument, jf. Vphl § 32, stk. 2. Kravene til tilbudsdokumentets indhold ved sådanne frivillige tilbud svarer i alt væsentligt til kravene for pligtmæssige tilbud, jf. takeover-bekendtgørelsen § 4, stk. 2, og vil ikke blive behandlet nærmere i nærværende sammenhæng.

dispositioner, der direkte eller indirekte resulterer i overdragelsen af en aktiepost, som retligt eller faktisk giver kontrol over et børsnoteret selskab».⁶

Tilbudspilgten indtrådte således ikke alene ved erhvervelse af mere end 50% af stemmerettighederne, men også mindre erhvervelser - faktisk kontrol - udløste tilbudspilgt. Efter Københavns Fondsbørs' praksis indtrådte der normalt tilbudspilgt ved erhvervelse af aktier svarende til 35-40% af stemmerne, dog således at afgørelsen beroede på en konkret vurdering af sammensætning af aktionærkredsen, den aktuelle spredning af aktierne m.v.⁷

Højesteret har ved dom afsagt den 4. februar 1999 underkendt en afgørelse fra Københavns Fondsbørs, hvor Fondsbørsen ikke havde statueret faktisk kontrol efter de børsetiske reglers § 7.⁸ Selskabet A indgik aftale med et andet selskab B om køb af en del af B's aktiepost i selskabet C, der var et tidligere rederi. Efter købet besad A en aktiepost i C svarende til ca. 35% af stemmerne, mens B beholdt ca. 40% af aktierne. Det indgik som led i aktiehandlen, at A havde option på at købe den resterende del af B's aktiebeholdning inden for 5 måneder, og at A, såfremt købsretten ikke blev udnyttet, derefter omvendt havde pligt til inden for en måned at købe disse aktier, såfremt B krævede det. A's hensigt med aktieerhvervelsen var at ændre C's profil fra et investeringsselskab til et egentligt rederi med henblik på færgedrift. Der skulle kort tid efter købet tages stilling til en iværksættelse af dette projekt. I forbindelse med aktiehandlen tilkendegav B, at det på den forestående ekstraordinære generalforsamling den 24. april 1992, hvor der skulle vælges ny bestyrelse, ikke ville besætte bestyrelsesposter i C, og såvel på den ekstraordinære som på den efterfølgende ordinære generalforsamling den 22. maj 1992 undlod B at gøre brug af sin stemmeret. M, der var mindretalsaktionær i C, anmodede Københavns Fondsbørs om at bekræfte, at A havde pligt til at fremsætte et indløsningsstilbud til minoritetsak-

⁶ Kravet var oprindeligt fastlagt i regel 4, men blev i 1991 overført til § 7 i de børsetiske regler. De børsetiske reglers krav om tilbudspilgt var inspireret af EF-Kommissionens Henstilling om europæiske etiske regler vedrørende handel med værdipapirer, jf. EFT 1977 L 212/37. Henstillingens tredje generelle princip vedrørte ligestilling af aktionærerne. Med henvisning hertil var det i den 17. supplerende regel anført, at det ville være ønskeligt, at der i forbindelse med overførslen af kontrollen - retlig som faktisk kontrol - over et selskab blev givet aktionærerne mulighed for at afstå deres aktier på samme betingelser, med mindre de nyder anden tilsvarende beskyttelse. Det seneste forslag af 10. november 1997 til det trettende selskabsdirektiv om overtagelsestilbud anvender ligeledes tilbudspilgt som udgangspunkt for aktionærbeskyttelsen i forbindelse med majoritetsovertagelse, jf. EFT 1997 C 378/10. Om kravet om tilbudspilgt i det seneste direktivforslag, se *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, Takeover bids - The Danish, Norwegian, and Swedish Regulation to be challenged by the 13th Company Law Directive (1998) s. 17ff og 34ff.

⁷ En række afgørelser vedrørende rækkevidden af de børsetiske regler § 7 om tilbudspilgt er offentliggjort i Københavns Fondsbørs, Afgørelser og Udtalelser 1992-1995. I en mere principiel udtalelse refereret i Afgørelser og Udtalelser 1993 nr. 9.6 anførtes, at det var Fondsbørsens opfattelse, at ved en erhvervelse af 35% af kapitalen og stemmerne i et børsnoteret selskab ville der være formodning for, at der forelå en majoritetsoverdragelse. Om tidligere praksis, se nærmere *Nis Jul Clausen*, Revision og Regnskab, 1995/8 s. 16ff og *Erik Werlauff & Per Schaumburg-Müller*, UFR 1994 B 298ff, UFR 1995 B 214 samt UFR 1995 B 122ff.

⁸ Fondsbørsens afgørelse er gengivet i Afgørelser og Udtalelser 1992 nr. 9.5.

tionærerne, hvilket Fondsbørsen afslog. Højesteret fandt det under de foreliggende omstændigheder ubetænkeligt at lægge til grund, at aktiehandlen indebar, at A kunne vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i C, og dermed gav A faktisk kontrol over selskabet. A havde derfor pligt til at fremsætte indløsningstilbud, og M fik medhold i, at Fondsbørsens afgørelse var rigtig.

2.2. Værdipapirhandelsloven § 31

I forbindelse med Børsreform II og værdipapirhandelslovens vedtagelse med udgangen af 1995 blev der foretaget væsentlige ændringer i reglerne om tilbudspligt. For det første blev reglerne overført fra de børsetiske regler til Vphl § 31. Baggrunden herfor var, at man ikke ønskede, at regler med så vidtrækkende, herunder civilretlige konsekvenser skulle fastsættes i børsetiske regler udstedt af Københavns Fondsbørs. Overførelsen skulle sikre, at der var en klar og civilretligt sanktioneret forpligtelse for den nye majoritetsaktionær til at fremsætte et tilbud.⁹

Desuden blev kriterierne for tilbudspligtens indtræden ændret ganske væsentligt. Efter Vphl § 31 indtræder tilbudspligten nu, når erhververen,

- kommer til at besidde flertallet af stemmerettighederne i selskabet,
- får ret til at udnævne eller afsætte et flertal af selskabets bestyrelsesmedlemmer,
- får ret til at udøve en bestemmende indflydelse over selskabet på grundlag af vedtægter eller aftale med dette i øvrigt, eller
- på grundlag af aftale med andre aktionærer kommer til at råde over flertallet af stemmerettighederne i selskabet.

Man overførte herved de fire såkaldte de jure kriterier fra den selskabs- og regnskabsretlige koncerndefinition til tilbudspligtreglerne. Derimod blev det femte kriterium for koncernforhold om bestemmende indflydelse i øvrigt - de facto kriteriet - ikke overført til tilbudspligtreglen.¹⁰

⁹ Det var såvel under den tidligere regel 4 som efter § 7 i de børsetiske regler, hvis overtrædelse var belagt med bødestraf, tvivlsomt, om den enkelte aktionær gennem et civil søgsmål kunne gennemtvinge tilbudspligten, jf. kendelse fra Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn refereret i Årsberetningen 1993 s. 86, hvorefter der ikke fandtes hjemmel for at give pålæg i forbindelse med manglende iagttagelse af regel 4. Nærmere om begrundelsen for overførelsen til loven, se FT 1995/1996, Tillæg A, s. 1995 sp. 1. Dette spørgsmål er ikke afklaret ved den ovenfor under 2.1. refererede Højesteretsdom, som desuden rejser spørgsmålet, om der i forhold til Københavns Fondsbørs kan rejses erstatningskrav med henvisning til den oprindelige - nu underkendte - afgørelse.

¹⁰ I lovbemærkningerne, jf. FT 1995/96 Tillæg A, s. 1996 sp.1, blev der blandt andet henvist til, at begrebet faktisk kontrol var vanskeligt at afgrænse, og at de nye kriterier var velkendte begreber, som selskabsdeltagerne var vant til at benytte ved afgrænsningen af, hvornår et selskab ifølge aktieselskabs- og årsregnskabslovens definitioner er et moderselskab. Denne meget væsentlige ændring og indskrænkning for anvendelsesområdet for tilbudspligten må

Konsekvensen af denne ændring af kriterierne har været, at der som alt overvejende hovedregel først indtræder tilbudspligt ved overtagelse af mere end 50% af stemmerne. Den foreliggende praksis, som i det væsentligste vedrører Statens salg af aktier i Teledanmark til Ameritech, bekræfter dette.¹¹

2.3. Lovforslag L 150/1998

Begrænsningen af tilbudspligten til normalt kun at indtræde ved erhvervelse af mere end 50% af stemmerne har været en medvirkende årsag til, at økonomiministeren den 17. december 1998 ved lovforslag nr. L 150 har foreslået indsat et yderligere kriterium for tilbudspligtens indtræden i § 31, stk. 1. Ifølge forslaget vil der indtræde tilbudspligt, såfremt erhververen

- kommer til at kunne udøve bestemmende indflydelse over selskabet og kommer til at besidde mere end 1/3 af stemmerettighederne.

Af bemærkningerne til lovforslaget¹² fremgår det, at man med tilføjelsen af et femte kriterium ønsker at tilrettelægge aktionærbeskyttelsen således, at der er bedre overensstemmelse mellem værdipapirhandelslovens bestemmelser og koncerndefinitionerne i aktieselskabs- og årsregnskabsloven. Desuden fremhæves det, at der er behov for at supplere de fire de jure kriterier med et mere skønsmæssigt kriterium.

Selv om det nye kriterium, der betegnes som »faktisk bestemmende indflydelse«, tager udgangspunkt i selskabslovens koncerndefinition, er det ikke fuldt det samme kriterium. For det første er det således, at tilbudspligt efter forslaget aldrig vil kunne indtræde, hvis erhververen ejer 1/3 eller mindre af stemmerettighederne i selskabet. For det andet er det efter selskabs- og regnskabslovgivningen afgørende, at man rent faktisk »udøver bestemmende indflydelse«. I forslaget er det afgørende »kommer til at kunne udøve bestemmende indflydelse« (egen understregning). Det

anses for meget ringe belyst gennem lovbemærkningerne, som ved en umiddelbar læsning nærmest synes at angive, at det er den fulde koncerndefinition, der overføres til tilbudspligtreglerne. Desuden synes den hidtidige praksis ikke at vise, at det har været specielt vanskeligt at afgrænse.

¹¹ Fondsbørsens afgørelse i Teledanmark-sagen er omtalt i Afgørelser og Udtalelser 1998 nr. 2.1. Se tillige *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff*, UfR 1998 B 3 og 194. Afgørelsen er indbragt for Fondsrådet, som dog endnu ved udgangen af marts 1999 ikke har truffet afgørelse i sagen. I den såkaldte Stinnes-sag, hvor det tyske selskab Stinnes opkøbte aktier i det svenske selskab Bilspedition noteret på Københavns Fondsbørs og Stockholms Fondsbørs, fastslog Fondsbørsen, at en aktiepost svarende til 49,856% ikke udløste tilbudspligt. Afgørelsen er omtalt i Afgørelser og Udtalelser 1997 nr. 2.4. Kritisk over for den del af Fondsbørsens afgørelse, hvorefter man, efter at Stinnes oprindeligt havde meddelt en besiddelse på ca. 51% af stemmerne, accepterede en ny meddelelse på lige under 50%, se *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 1999 s. 84 og *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff*, UfR 1998 B 194.

¹² Jf. FT 1998/99, Tillæg A, L150 s. 9 sp. 2.

er således den blotte mulighed for at kunne udøve indflydelse, der udløser tilbudspligt. Det er ikke et krav, at den bestemmende indflydelse rent faktisk har manifesteret sig, eksempelvis i forbindelse med stemmeafgivning på generalforsamlingen, ved valg til ledelsen eller på anden måde.

I lovbemærkningerne¹³ fremhæves det, at ved afgørelsen af om der foreligger faktisk bestemmende indflydelse efter det nye femte kriterium, må der lægges vægt på, om erhververen har mulighed for at have indflydelse på sammensætningen af bestyrelsen eller dennes flertal, samt på sammensætningen af selskabets øvrige aktionærer. Men herudover gives der ikke i lovbemærkningerne konkret vejledning om, hvor man normalt kan forvente, at tilbudspligten vil indtræde, såfremt der erhverves mere end 1/3 af stemmerne, men mindre end 50%.

Af hensyn til de involverede parter og mulighederne for planlægning ville det have været en styrke, såfremt man i det mindste i lovbemærkningerne havde overvejet, om der kunne angives nogle tilfælde, hvor der var formodning for, at der forelå den fornødne kontrol og hermed tilbudspligt.¹⁴ Det er ikke givet, at man ved en vedtagelse af forslaget vil vende tilbage til den tidligere praksis fra Københavns Fondsbørs, hvorefter der normalt indtrådte tilbudspligt ved erhvervelse af 40% af stemmerne, men hvor man i hvert fald i en enkelt mere principiel udtalelse har tilkendegivet, at der er formodning for faktisk kontrol allerede ved 35% af stemmerne, se nærmere ovenfor under 2.1. I en rådgivningssituation bør man dog under alle omstændigheder være opmærksom på, at med det foreslåede kriterium er der mulighed for at pålægge tilbudspligt helt ned til en erhvervelse på mere end 1/3 af stemmerettighederne.¹⁵

3. Aktionærernes oplysningspligt

Når man i en børsretlig sammenhæng taler om oplysningspligt, tænkes der primært på de udstedende selskabers oplysningspligt. Denne omfatter pligt til at offentlig-

¹³ Jf. FT 1998/99, Tillæg A, L150 s. 9, sp. 2.

¹⁴ Til fordel for opstilling af formodningsregler i forbindelse med fastlæggelse af kriterierne for tilbudspligtens indtræden, se *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, UFR 1998 B 407ff, hvor der ligeledes gives et overblik over kriterierne for tilbudspligtens indtræden i en række europæiske lande.

¹⁵ For at begrænse den usikkerhed, som et skønsmæssigt kriterium kan give anledning til, er det i lovbemærkningerne, FT 1998/99 Tillæg A, L150 s. 9 sp. 2, anført, at såfremt en erhverver måtte være i tvivl om, hvorvidt en erhvervelse medfører pligt til at afgive købstilbud, kan spørgsmålet på forhånd og efter omstændighederne forelægges Fondsbørsen. Selvom det er Fondsbørsen, der skal påse regleres overholdelse, jf. Vphl § 31, stk. 1, har en eventuel tilkendegivelse fra Fondsbørsens side ikke karakter af en bindende forhåndsbesked, som kendes inden for skatteretten. Fondsbørsens afgørelse vil kunne indbringes for Fondsrådet, jf. Vphl § 88, stk. 2, som også har mulighed for at dispensere fra reglen om tilbudspligt, jf. Vphl § 31, stk. 3.

gøre et prospekt i forbindelse med børsnotering og børsmission,¹⁶ samt en løbende oplysningspligt omfattende pligten til straks at offentliggøre væsentlige, kursrelevante forhold og pligten til at offentliggøre regnskabsmæssige oplysninger.¹⁷ Men som disse udstederrelaterede oplysninger må også visse oplysninger om ejerstrukturen i de børsnoterede selskaber anses for relevante i forbindelse med prisfastsættelsen af børsnoterede værdipapirer. Dette er baggrunden for den særlige oplysningspligt, som påhviler storaktionærerne i børsnoterede selskaber, jf. Vphl § 29, og en ny majoritetsaktionær, jf. § 32, stk. 1.

4. Storaktionærernes oplysningspligt

4.1. Værdipapirhandelsloven § 29

Det selskabs- og børsretlige udgangspunkt er, at aktionærerne ikke har pligt til at give sig til kende over for selskabet eller over for offentligheden. Dette gælder dog ikke, såfremt der er tale om storaktionærer, og det uanset om der er tale om børsnoterede eller noterede selskaber.¹⁸

For de børsnoterede selskabers vedkommende findes kravene til storaktionærernes oplysningspligt vedrørende aktiebesiddelser som nævnt i Vphl § 29 og storaktionærbekendtgørelsen.¹⁹ I medfør heraf skal en aktionær straks²⁰ give meddelelse til Københavns Fondsbørs og selskabet om sin aktiebesiddelse, når denne udgør 5% eller mere af aktiekapitalens stemmerettigheder, eller aktiernes pålydende værdi udgør mindst 5% af selskabets aktiekapital. Procentdelen beregnes i forhold til selskabets samlede aktiekapital - noterede såvel som unoterede aktieklasser - og selskabets eventuelle beholdning af egne aktier skal ikke fragå ved beregningen.²¹ Efterfølgende ændringer i besiddelsen, hvor grænser med 5%'s

¹⁶ Jf. Vphl § 23, hvorefter prospektet blandt andet skal give investorerne og deres investeringsrådgivere mulighed for at danne sig et velbegrunderet skøn over udstederens aktiver og passiver, finansielle stilling, resultater og udsigter samt over de rettigheder, der er knyttet til værdipapirerne.

¹⁷ Den kontinuerlige og regnskabsmæssige oplysningspligt er fastlagt i henholdsvis Vphl § 27, stk. 1 og stk. 2.

¹⁸ For de unoterede selskabers vedkommende, se aktieselskabsloven §§ 28 a-d.

¹⁹ De danske regler om storaktionærernes pligt til at offentliggøre aktiebesiddelser er baseret på EU's storaktionær- eller transparensdirektiv, jf. 88/627 EFT nr. L 348/62 af 17. december 1988. Direktivet gælder dog kun for børsnoterede selskaber, og også på en række andre punkter er de danske regler betydeligt mere vidtgående end krævet efter direktivet.

²⁰ Straks må forstås strengt - typisk handelsdagen, jf. storaktionærbekendtgørelsen § 2, stk. 5.

²¹ For de udstedende selskabers besiddelse og handel med egne aktier gælder der tillige en særlig oplysningspligt, som udløses ved erhvervelse af 2% af kapitalen og ved senere forskydninger på 2% i forhold til en tidligere meddelelse, jf. Vphl § 28.

mellemrum fra 10 til 100% - det vil sige de faste grænser på 10%, 15%, 20%, 25% osv. - samt når 1/3 og 2/3 af stemmerne/kapitalen passerer, udløser ligeledes oplysningspligt. Endelig skal der gives meddelelse, såfremt en aktionær ikke længere besidder 5%. Storaktionæroplysningsforpligtelsen gælder for såvel danske som udenlandske aktionærer.

4.2. Opgørelse af besiddelse

Af særlig betydning i nærværende relation, hvor der sættes fokus på information om og gennemsigtighed i ejerstrukturen, er, hvorledes en aktionærs besiddelse opgøres, idet det af storaktionærmeddelelsen skal fremgå, på hvilket grundlag opgørelsen er sket.

Ved opgørelse af en aktionærs aktiebesiddelse skal der ikke alene medregnes aktier, som den pågældende selv ejer. Som følge af at stemmeretten er afgørende for indflydelsen på selskabets forhold, skal aktier, hvis stemmeret den pågældende direkte eller indirekte råder over, ligeledes i en række tilfælde tælles med. De nærmere regler for opgørelse af aktiebesiddelsen findes i storaktionærbekendtgørelsen § 1, nr. 1-10. Til en aktionærs aktiebesiddelse skal blandt andet medregnes:

- aktier, den pågældende selv ejer, herunder som udgangspunkt også aktier, som en tredemand har fået stemmeretsfuldmagt til, jf. aktieselskabsloven § 66,
- aktier, hvis stemmeret andre råder over i eget navn, men for den pågældendes regning. Denne - kommissionslignende - bestemmelse indebærer blandt andet, at en storaktionær ikke kan skjule sig bag en nominee eller andet fantasinavn, men skal offentliggøre sin samlede aktiebesiddelse og identitet, jf. storaktionærbekendtgørelsen § 2, stk. 2,
- aktier, hvis stemmeret tilkommer en virksomhed, som en fysisk eller juridisk person kontrollerer ved at have en forbindelse med som nævnt i aktieselskabsloven § 2, stk. 2, jf. stk. 4 og 5. Den koncernbegrundende kontrol, som medfører, at aktierne skal medregnes, kan ikke alene bestå i relation til aktie- og anpartsselskaber, men også i forhold til andre virksomhedsformer,
- aktier, hvis stemmeret tilkommer andre, med hvem den pågældende har indgået en skriftlig aftale, som forpligter parterne til ved samordnet brug af deres stemmeret at føre en langsigtet, fælles politik om forvaltningen af selskabet. Bestemmelsens hovedområde er de såkaldte stemmebindingsaftaler, hvor de deltagende aktionærer har forpligtet sig til fælles stemmeafgivning på selskabets generalforsamling, herunder ved valg til bestyrelsen. Derimod er aktionæraftaler, som alene indeholder bestemmelser om forkøbsret, samtykke eller anden regulering af aktionærernes mulighed for at disponere over eller omsætte

aktierne, ikke omfattet.²² Det er desuden en forudsætning for, at de andre aftaleparters aktier skal tælles med, at aktionæraftalen har en vis længere varighed. Meddelelse om en aktiebesiddelse, der er udløst på grund af en aktionæraftale, skal gives af en af aftalens parter på alles vegne. Meddelelsen skal angive navn, bopæl, aktiebesiddelse m.v. for de personer, som hver for sig ejer aktier svarende til mindst 5% af stemmerne eller kapitalen, jf. storaktionærbekendtgørelsen § 2, stk. 3. Derimod skal identitet og aktiebesiddelse ikke oplyses for parter i en aktionæraftale, som har under 5% af stemmerne/kapitalen,

- aktier, som den pågældende har stillet til sikkerhed, medmindre panthaver råder over stemmeretten og erklærer at have til hensigt at udøve den,
- aktier, som den pågældende har i pant, og hvor denne erklærer at have til hensigt at udøve stemmeretten. Ved pantsætning af aktier er udgangspunktet, at pantsætter bevarer stemmeretten, medmindre andet er særskilt aftalt.²³ Er stemmeretten ved pantsætningsaftalen ikke overført til panthaver, skal de pantsatte aktier således altid medregnes hos pantsætter. Selvom panthaver ifølge pantsætningsaftale har ret til at udøve stemmeretten, skal stemmerettighederne som udgangspunkt dog også medregnes hos pantsætter. Kun såfremt panthaver erklærer at have til hensigt at udøve stemmeretten, overgår de pantsatte aktier fra pantsætters til panthavers opgørelse,²⁴
- aktier, hvis stemmeret den pågældende eller andre nævnt i de ovennævnte numre har ret til at erhverve på eget initiativ efter en skriftlig aftale. I praksis vil det normalt være således, at køberetten eller optionen ikke alene vedrører stemmeretten, men hele aktien. Indtil køberetten/optionen udnyttes, skal aktierne ikke alene medregnes hos den person, som har ret til at erhverve stemmeretten, men ligeledes hos den aktuelle aktieejer, jf. storaktionærbekendtgørelsen § 2, stk. 4,
- aktier, som er deponeret hos den pågældende, når denne frit kan udøve stemmeretten. Deponerede aktier, der ikke tillige er pantsatte, medregnes således hos depositaren, forudsat at den pågældende kan udøve stemmeretten til aktierne

²² Sådanne aktionæraftaler kan derimod udløse oplysningspligt efter takeover-bekendtgørelsen § 1.

²³ Jf. UfR 1967. 766 HD (kommenteret UfR 1969 B 120).

²⁴ For at panthaver skal medregne de pantsatte aktier, er det ikke nødvendigt, at panthaver rent faktisk har udnyttet stemmeretten eller truffet foranstaltninger med henblik på at give møde på selskabets generalforsamling. Det forekommer ofte, at en pantsætningsaftale bestemmer, at stemmeretten indtil videre tilkommer pantsætter, men at panthaver - eventuelt under nærmere omstændigheder, for eksempel ved misligholdelse - kan tiltage sig stemmeretten. Meddeler panthaver i forbindelse med aktuel misligholdelse, at stemmeretten overtages, vil aktierne herefter skulle medregnes i panthavers og ikke i pantsætters besiddelse. Følgen kan være, at panthaver/pantsætter må offentliggøre en storaktionærmeddelelse.

efter forgodtbefindende og uden instruks fra den aktionær, som har deponeret aktierne.

Af den storaktionærmeddelelse, som aktionæren skal offentliggøre, skal det fremgå, på hvilket grundlag opgørelsen er sket, jf. storaktionærbekendtgørelsen § 2, stk. 2 if. Oplysningerne kan enten gives i verbal form - på grundlag af aktionæraftale, pantsætningsaftale m.v. - eller ved angivelse af den eller de relevante opgørelsesbestemmelser i bekendtgørelsen - på grundlag af § 1, nr. 4, § 1, nr. 7, osv. Men herudover har en storaktionær ikke pligt til at redegøre nærmere for baggrunden eller hensigten med den pågældende aktieerhvervelse/-afhændelse.

4.3. Konsekvens

Med en strikt håndhævelse af de indholdsmæssige krav til storaktionærmeddelelserne vil man således sikre markedet væsentlige oplysninger om, hvem der reelt råder over stemmeretten til den pågældende aktiepost. I Thorsen-sagen eksempelvis, ville en overholdelse af storaktionærreglerne fra begyndelsen blandt andet have betydet, at man allerede i slutningen af december 1998 ville have været bekendt med, at forsikringselskabet Codan trods »salget« af aktierne til CVI Holding fortsat besad stemmeretten til 35,42 % af aktiekapitalen i Norden, jf. storaktionærbekendtgørelsen § 1, nr. 10. Nu kom den rigtige meddelelse efter flere forsøg først den 8. januar 1999, efter at Fondsbørsen havde påtalt forholdet.²⁵

De gældende regler om storaktionærernes oplysningspligt giver dog ikke hjemmel til at kræve oplysninger om, hvem der reelt er ejer eller har indflydelse på det selskab, som er storaktionær. Oplysninger om finansielle forhold af betydning for aktieerhvervelsen kan ej heller kræves oplyst.

5. Majoritetsaktionærernes oplysningspligt

5.1. Kravets introduktion

Et væsentligt element i reguleringen af majoritetsovertagelse er som nævnt kravet om, at den nye majoritetsaktionær skal offentliggøre et tilbudsdokument. Et formelt krav herom blev dog først indført i den danske regulering i forbindelse med Børsreform II.²⁶ Herved adskiller den danske udvikling sig fra andre lande, hvor man, uanset om der har været tilbudspligt, har lagt afgørende vægt på, at offentlige

²⁵ Påtalen er gengivet i Københavns Fondsbørs' Månedssrapport nr. 320, januar 1999 s. 18. Hidtil synes praksis dog kun i begrænset omfang at have håndhævet de detaljerede krav til storaktionærmeddelelsens indhold.

²⁶ Selvom de tidligere børsretlige regler § 7 ikke indeholdt krav om et tilbudsdokument, blev der dog i praksis altid offentliggjort et mere eller mindre fyldestgørende tilbudsdokument.

tilbud om at købe aktier udløste pligt til at udarbejde og offentliggøre et fyldestgørende beslutningsgrundlag/tilbudsdokument.^{27 28}

5.2. Tilbudsdokumentet

Efter Vphl § 32, stk. 1 skal erhververen i forbindelse med en majoritetsovertagelse udarbejde og offentliggøre et tilbudsdokument, som skal indeholde oplysninger om tilbuddets økonomiske og andre vilkår, herunder en acceptfrist, samt andre oplysninger, som må anses for fornødne for, at aktionærerne kan danne sig et velbegrunderet skøn over tilbuddet. De nærmere krav til tilbudsdokumentets indhold fremgår af takeover-bekendtgørelsen § 4, hvorefter dokumentet som minimum skal angive:

- navn, adresse og reg. nr. på det børsnoterede selskab, som tilbuddet omfatter,
- navn og adresse på tilbudsgiveren, eller såfremt tilbudsgiveren er et selskab, dette selskabs navn, adresse og organisationsform samt oversigt over hvilke personer eller selskaber, der eventuelt handler i forening med tilbudsgiveren,
- navn og adresse på det selskab, der på tilbudsgiverens vegne forestår effektueringen af tilbuddet,
- oplysning om hvor stor en del af stemmerettighederne eller omfanget af den bestemmende indflydelse, som tilbudsgiveren allerede har erhvervet eller rådet over på anden vis,
- den udbudte kurs,
- oplysninger om, hvorledes den kontante betaling erlægges, eller, såfremt der tilbydes aktier i et andet selskab, hvorledes ombytningsforholdet fastsættes, eller kombinationen af kontant betaling og ombytning af aktier,
- er modydelsen aktier, skal det fremgå fra hvilken dato, disse aktier giver ret til udbytte, og fra hvornår stemmerettighederne kan udøves,

²⁷ Se eksempelvis Sverige, hvor man hidtil ikke har haft tilbudspligt, men siden 1970'erne stillet krav om vidtgående information, herunder offentliggørelse af et egentligt tilbudsprospekt. Se nærmere *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, Udredning om overtagelsestilbud - En analyse af reguleringen i 11 europæiske lande og USA (1998) s. 58ff og sammenfattende for reguleringen i de af udredningen omfattede lande s. 33ff.

²⁸ At man i en dansk sammenhæng ikke prioriterer information højt, synes yderligere at blive bekræftet af, at Fondsrådet endnu ikke gennem en ændring af takeover-bekendtgørelsen har udnyttet bemyndigelsen i Vphl § 32, stk. 3, hvorefter der kan fastsættes nærmere bestemmelser om ledelsens forpligtelse til at redegøre for indholdet af et overtagelsestilbud. Bemyndigelsen blev indsat ved lov nr. 414 af 26. juni 1998, som trådte i kraft 1. juli 1998.

- eventuelle betingelser knyttet til tilbuddet, herunder under hvilke omstændigheder tilbudet kan tilbagekaldes,
- tilbudsperioden, der skal udgøre minimum 4 uger og maksimum 10 uger,
- hvilke handlinger aktionæren skal foretage for at acceptere tilbuddet,
- en redegørelse for tilbudsgiverens fremtidsplaner for selskabet, herunder beskæftigelse, anvendelse af selskabets formue, fastsat børsnotering af selskabets aktiver, ændring af vedtægterne samt eventuel omstrukturering af de virksomheder, selskabet kontrollerer,
- eventuelle aftaler med andre vedrørende udøvelse af stemmerettighederne, der er knyttet til selskabets aktier, for så vidt tilbudsgiveren er part i sådanne aftaler eller har kendskab hertil.

5.3. Konsekvens

Selvom kravet om et tilbudsdokument og indholdet heraf som nævnt primært er begrundet ud fra ønsket om at give selskabets aktionærer et fyldestgørende grundlag for en beslutning om salg af aktierne, er oplysningskravene i § 4 dog så omfattende, at de også generelt har betydning for gennemsigtigheden i ejerstrukturen og de øvrige markedsdeltageres prisfastsættelse af selskabets aktier. Specielt tilbudsgiverens redegørelse om fremtidsplanerne for selskabet vil kunne få betydning for prisfastsættelsen også i fremtiden. Tilbudsdokumentet har herved som prospekter et dobbelt sigte, dels at danne grundlag for en beslutning om et konkret salg (køb) af aktier, dels generelt at indgå som element i vurderingen og prisfastsættelsen af selskabets aktier.

Vedtages det fremsatte lovforslag - L 150 omtalt ovenfor under 2 - vil det i sig selv øge (majoritets-)aktionærernes informationspligt, idet det indebærer en sænkning af grænsen for tilbudspligtens indtræden og hermed pligten til at udarbejde og offentliggøre et tilbudsdokument.

Ønsker man en yderligere information af markedet i forbindelse med majoritetsovertagelse, kunne det især overvejes i takeover-bekendtgørelsen § 4 at stille krav om, at tilbudsgiveren i tilbudsdokumentet skal redegøre nærmere for finansieringen af de hidtidige erhvervelser og selve tilbuddet. I følge det seneste forslag til trettende selskabsdirektiv om overtagelsestilbud skal tilbudsdokumentet indeholde oplysninger om »tilbudsgiverens finansiering af sin transaktion«, jf. art. 6, stk. 3.²⁹

²⁹ Det seneste direktivforslag er fra 10. november 1997, jf. EFT 1997 C 378/10 og omtales nærmere af *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, Udredning om overtagelsestilbud - En analyse af reguleringen i 11 europæiske lande og USA (1998) s. 41ff.

6. Behov for yderligere oplysninger fra aktionærerne?

6.1. Gennemsigtighed i ejerstruktur

Som det fremgår af det forudgående, sikrer de gældende regler om stor- og majoritetsaktionærernes oplysningspligt, hvis de håndhæves fuldt ud, en vis gennemsigtighed i ejerstrukturen i børsnoterede selskaber og andre forhold, som kan være af betydning for markedet i forbindelse med fremkomsten af nye større aktionærer. Inden for de givne lovgivningsmæssige rammer vil der ved mindre tilføjelser til de gældende bekendtgørelser kunne sikres yderligere information. Men spørgsmålet er, om der herudover er behov for oplysninger fra aktionærerne.

Selvom den med L 150 foreslåede nedsættelse af tilbudspligtsgrænsen i sig selv gennem kravet om tilbudsdokument vil øge informationen på ejersiden, kan det overvejes, om der ikke er behov for at stille særlige oplysningskrav til visse større aktionærer. Såfremt en aktionær eksempelvis ejer mere end 20% af stemmerne i et selskab, vil den pågældende aktionærs eventuelle planer om yderligere aktieopkøb eller planer med hensyn til det pågældende selskabs fremtidige udvikling kunne være af væsentlig betydning for markedets prisfastsættelse på aktierne. For den siddende ledelse kan sådanne oplysninger, ganske som de kendte storaktionærmeddelelser, ligeledes være væsentlige.³⁰

I en række lande stiller man ved henvisning hertil krav om, at større aktionærer, hvis aktiebesiddelse - endnu - ikke er tilstrækkelig til at udløse tilbudspligt, skal give særlige oplysninger i forbindelse med aktiebesiddelser. I England følger særlige informationskrav af Rules Governing Substantial Acquisitions of Shares, der regulerer visse aktieerhvervelser mellem 15 og 30%.³¹ Efter fransk ret skal en erhverver af en aktiepost svarende til mellem 1/5 og 1/3 af stemmerne blandt andet oplyse, hvorvidt den pågældende har til hensigt inden for de kommende 12 måneder at opkøbe yderligere aktier i det pågældende selskab.³²

6.2. Håndhævelse

Afslutningsvis skal det dog fremhæves, at effektiviteten af oplysningsforpligtelser for såvel udstederne som aktionærerne i høj grad må ses i sammenhæng med, om det er mulighed for og vilje til at håndhæve reglerne.

³⁰ Det skal bemærkes, at storaktionærmeddelelserne udover at sikre markedet information om ejerstrukturen, også beskytter ledelsen og selskabets øvrige aktionærer mod de såkaldte »creeping takeovers«, hvor en ny majoritetsaktionær i hemmelighed opkøber så mange aktier, at han opnår kontrollen over selskabet.

³¹ Se tillige *The City Code on Takeovers and Mergers*, hvorefter tilbudspligten udløses ved erhvervelse af 30% af stemmerne, jf. Rule 9.1. Om den engelske regulering, se eksempelvis *Maurice Buton & Sarah Bolton (eds.), A Practitioner's guide to the City Code on Takeovers and Mergers* (1999).

³² Jf. Reglement No. 89-03 af 28. september 1989, der ligeledes fastsætter tilbudspligtsgrænsen til 1/3 af stemmerne. Om den franske regulering, se *Thierry Schoen, The French Stock Exchange* (1995).

Københavns Fondsbørs, som i første omgang påser reglernes overholdelse, synes i stigende grad at bringe de eksisterende umiddelbare håndhævelsesmuligheder i anvendelse. Fondsbørsen har i dag mulighed for at påtale overtrædelser af reglerne, og påtaler kan offentliggøres. Mere generel usikkerhed omkring kursfastsættelsen kan ligeledes begrunde, at et selskabs aktier placeres på Fondsbørsens observationsliste. Herudover har Fondsbørsen mulighed for at pålægge udstederne en afgift i forbindelse med tilsidesættelse af oplysningsforpligtelsen, jf. Vpbl § 18, stk. 3.³³ Derimod kan der ikke anvendes afgifter i forhold til aktionærene. Over for aktionærene kunne man tillige overveje, om der ikke i grovere tilfælde, for eksempel i forbindelse med nægtelse af at fremsætte et tilbud, skulle være muligheden for helt eller delvis suspension af den nye majoritetsaktionærs stemmeret. Et sådant retshåndhævelsesskridt, som blandt andet findes i Norge,³⁴ har den fordel, at det også er effektivt over for udenlandske aktionærer i danske selskaber, idet de ved en suspension af stemmeretten afskæres fra at stemme på selskabets generalforsamling her i Danmark.

Såfremt man, som antydtes af Fondsbørsen i forbindelse med Thorsen-sagen, ønsker at sikre større »dybde« i gennemsigtigheden i ejerstrukturen, det vil sige oplysninger om, hvem der reelt er ejer af eller på anden måde står bag en ny større aktionær, bør mulighederne for en effektiv håndhævelse af sådanne krav ligeledes inddrages.

³³ Som indført ved lov nr. 414 af 26. juni 1998. Afgiften kan udgøre op til tre gange selskabets årlige noteringsafgift, dog ikke under 25.000 kr. og ikke over 1 mio. kr., jf. Københavns Fondsbørs' Udstederforpligtelser § 49. Fondsbørsen har i et enkelt tilfælde pålagt en udsteder en afgift på 50.000 kr. for en række overtrædelser af oplysningsforpligtelsen, jf. Afgørelser og Udtalelser 1998 nr. 1.37.

³⁴ Se nærmere lov om verdipapirhandel 19 juni 1997 nr. 79 § 4-19. Desuden kan Oslo Børs i visse tilfælde foranstalte tvangssalg af en ny majoritetsaktionærs aktiebesiddelse, således at denne bringes ned under 40% af stemmerne, som er grænsen for tilbudspligtens indtræden, jf. § 4-20.

Aktieselskabsloven i 25 år

- selskabsrettens udvikling og udvidelse

af

Leif Heiselberg

Den 1. januar 1974 trådte den da nye aktieselskabslov i kraft og det er denne artikels emne at benytte dette »jubilæum« til at kaste et blik på den udvikling, der siden da har været. Når der her og i det følgende tales om aktieselskabsloven, indbefatter dette - hvis ikke andet er nævnt - også anpartsselskabsloven. Dette skal dog forstås relativt, idet de gennem årene gennemførte ændringer specielt for denne lov ikke er omtalte.

Det er i det følgende *hovedsynspunktet*, at udviklingen er sket på to måder. *Dels* har der været tale om, at der er sket en *knopskydning* med efterfølgende udskillelse af et retsområde; *dels* har der været tale om *indre udvikling og tilpasning* af regelsystemet. Sluttelig vil det blive forsøgt at give en antydning af fremtidige udviklingsområder, i det omfang der er belæg for en påvisning. Der er ikke tale om nogen retshistorisk undersøgelse, men alene fremhævelse af træk, der efter min mening har været karakteristiske. Antallet af ændringer har været enormt (relativt), og det er derfor i sagens natur nødvendigt at udelade dele, som andre måtte finde interessante eller måske endda afgørende.

Loven afløste 1930-loven, som kort tid efter sin vedtagelse fandtes utilstrækkelig, men som følge af 2. verdenskrig påbegyndtes reformarbejdet først efter denne. En ren dansk kommission afgav betænkning i 1964¹ efter at have arbejdet sideløbende med en fællesnordisk kommission fra 1961. Sidstnævnte kommission afgav betænkning i 1969.² Dennes forslag til ny lovgivning blev med de næsten nødvendige småændringer i folketinget grundlag for den vedtagne lov.

Da det samtidig i forbindelse med drøftelserne i forbindelse med Danmarks indtræden i EF blev klart, at der forestod store ændringer i det indtil da kendte selskabssystem, blev der desuden vedtaget lovgivning om anpartsselskaber, som kunne holdes fri af de forestående ændringer, i hvert fald i det væsentlige. Denne lovgivning kan nærmest betegnes som en discount-model af hovedloven, og denne tilstand varede ved til 1996.

¹ Betænkning 362/1964 om revision af aktieselskabslovgivningen.

² Betænkning 540/1969 om fællesnordisk aktieselskabslovgivning.

Allerede inden lovens vedtagelse forelå *1. selskabsretsdirektiv* (publicitetsdirektivet),³ som i øvrigt blev indarbejdet i den tidligere lov. Direktivet blev - næsten som en selvfølge - indarbejdet i loven og således gennemført ved vedtagelsen. Der indførtes herved navnlig offentlighed vedrørende selskabsdokumenterne på grundlag af disses registrering i et offentligt register, vedrørende medlemmer af selskabsorganerne, specielle angivelser på breve og bestillingssedler samt de særlige regler om, hvornår et selskab forpligtes overfor tredjemand.

Oprindelig var der efter loven mulighed for, at *insolvente* selskaber udover at kunne erklæres konkurs⁴ tillige kunne likvideres efter §§ 128-131 som insolvente. Da der ved *konkursreformen af 1977* blev tilsigtet en friere og mere forretningsmæssig afvikling af sådanne selskaber, blev den insolvente likvidation afskaffet fra den 1. april 1978 at regne. Der er her tale om et område af den oprindelige selskabslovgivning, der fjernes herfra og henføres til konkurslovgivningen, selv om det ikke synes ubestrideligt, at reglerne mere hører hjemme i denne i stedet for sammen med reglerne om selskabers ophør. Vi kan her tale om den *første udskillelse* eller knopskydning.

Allerede samme år blev der fremsat ændringsforslag med henblik på at indarbejde reglerne i *2. og 3. selskabsretsdirektiv*⁵ i loven. Bl.a. fordi der opstod problemer med medarbejderrepræsentationen - ganske vist hovedsagelig af politisk art - kom det til at trække ud i flere år inden disse regler kom på plads.⁶ Dog lykkedes det i 1980 at ændre reglerne om repræsentation således, at der i stedet for den oprindelige regel, der åbnede mulighed for 2 medlemmer, blev indført, at antallet skulle udgøre en tredjedel af den samlede bestyrelse, dog mindst 2. Indholdet af regelkomplekset omtales nedenfor, fordi der forinden var bevægelse i selskabslovgivningen andetsteds.

Det meget vigtige *4. selskabsretlige direktiv*,⁷ der fremkom i 1978, blev indkorporeret i dansk ret i 1981.⁸ De 13 paragraffer i aktieselskabsloven, der indtil da

³ Rådets 1. direktiv af 9. marts 1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltageres som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde.

⁴ Og behandles efter konkursloven af 1872.

⁵ De officielle betegnelser er: Rådets andet direktiv af 13. december 1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltageres som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskaber samt bevarelse af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde. Rådets tredje direktiv af 9. oktober 1978 med hjemmel i traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om fusioner af aktieselskaber.

⁶ Ved lov nr. 282 af 9. juni 1982 med ikrafttræden den 1. januar 1983.

⁷ Titlen er: Rådets fjerde direktiv af 25. juli 1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer.

⁸ Ved lov nr. 284 af 10. juni 1981, der trådte i kraft den 1. februar 1982.

var det retlige grundlag for aktieselskabers årsregnskaber i dansk ret bortfaldt herved. Det var umiddelbart klart, at de nye regnskabsregler var af et sådant omfang - det blev i alt til 68 paragraffer - at aktieselskabsloven ville blive uoverskuelig, hvis de indsattes i denne. Desuden var det klart, at der her som ved den øvrige fælleskabsberørte lovgivning ville komme fortsatte reguleringer, dels ved nye direktiver dels ved ændringer af de allerede udkomne, hvorfor det også derfor ville være hensigtsmæssigt at få dem udskilt. Dette skete ved *årsregnskabsloven*, hvorved der for *anden gang udskiltes* et regelkompleks fra aktieselskabsloven, som fortsatte sit eget selvstændige liv som et - om ikke nyt så indtil da ikke videre synligt - *juridisk fagområde*.⁹ Loven er gentagne gange blevet ændret og suppleret. Således er i 1990 de meget vigtige skemaer for opstilling af balancer og resultatopgørelser blevet udskilt i en særlig bekendtgørelse¹⁰ sammen med detailbestemmelser vedrørende disses anvendelse på selskabernes regnskabsmateriale. Ligeledes kan det bemærkes, at den udvidelse, der gjorde årsregnskabsloven anvendelig også på personselskaber med juridiske personer som deltagere samt visse erhvervsdrivende fonde, har forstærket indtrykket af det hensigtsmæssige i etableringen af et fra aktieselskabsloven adskilt retsområde.

I begyndelsen af 1982 fremsattes det forslag, der førte til indførelsen af reglerne i 2. & 3. direktiv. Der var tale om en ret omfattende ændring og supplerung af de hidtil gældende regler. Det 2. direktiv vedrørte især *beskyttelsen af selskabskapitalen* ved stiftelsen og under den fortsatte drift. Kapitalkravet blev fastsat til 300.000 kr. Der blev ved stiftelse ved apportindskud nu stillet krav om uvildige sagkyndige vurderingsmænd og offentligt tilgængelige vurderingsberetninger, og dette udstræktes til en to-årig periode efter selskabets registrering. Realindskuddet behøvede ikke længere at have sammenhæng med selskabsformålet, men grænsen sattes dog ved arbejds- og tjenesteydelsesforpligtelser og fordringer på stiftere og aktietegnere. Fortegningsretten blev udvidet til at omfatte alle kapitaludvidelser, også udvidelser ved apportindskud. Reglerne om køb af egne aktier blev skærpet, men 10%'s grænsen opretholdtes.

Det 3. direktiv vedrørte *fusion*, hvorom der allerede var regler i aktieselskabslovens kapitel 15. Ændringerne blev så omfattende, at der blev skredet til en fuldstændig omformulering af det nævnte kapitel 15. Der var hovedsageligt tale om en forøgelse af den dokumentationsmængde, der skulle foreligge for selskabsdeltagerne i alle omfattede selskaber, inden beslutningen om fusion kunne tages. Desuden blev det muligt for ejerne af 5 % af kapitalen i det fortsættende selskab at kræve dettes generalforsamling indkaldt til drøftelse for og imod fusion. Endvidere blev

⁹ Dette kan konstateres ved en gennembladning af den i 1998 udkomne »Årsregnskaber. Kommentarer til regnskabslovgivningen« af Hasselager m.fl., hvor henvisningerne til juridisk materiale er legio. Desværre findes der ikke - endnu har man lov at håbe - en juridisk monografi på området.

¹⁰ Nu bekendtgørelse nr. 788 af 29. august 1996 om udarbejdelse, indsendelse og offentliggørelse af årsregnskab m.v. og andre regnskabsmæssige dokumenter i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis titel er meget sigende f.s.v.a. indholdet.

kreditorerne sikret derved, at forfaldne fordringer kunne kræves betalt og sikkerhed stillet for uforfaldne fordringers rigtige betaling. Aktionærlån havde hidtil under visse snævre betingelser kunnet opnås. Dette blev nu forbudt, bortset fra koncerndlån (datterselskab til moderselskab) og lån til arbejdstageres erhvervelse af aktier i arbejdsgiverselskabet og forbundne koncernselskaber. Endelig blev der givet mulighed for udbyttedelingsordninger.

Fra vedtagelsen havde lovens § 1 undtaget *selskaber med velgørende formål* fra lovens regulering (hvilket i øvrigt også var tilfældet med andelsselskaber). Der havde dog været en ganske vist beskeden usikkerhed om den retlige placering af disse selskaber. Imidlertid kom fonde m.v. for alvor i offentlighedens søgelys i slutningen af 1970'erne, og der blev efter et kommissionsarbejde¹¹ gennemført en fondslovgivning i 1984,¹² der for den organisation, der ligger aktieselskabet nærmest - den erhvervsdrivende fond - etablerede en ordning, der i høj grad lignede det for aktieselskaber gældende. Der blev tale om registrering som gyldighedsbetingelse, aflæggelse af årsregnskab, jf. ovenfor, og systematiseret ledelse. Hvis man - måske lidt hårdt trukket op - opfatter organisationsformen som en afart af aktieselskabet, er der her tale om den *tredje udskillelse* af et selskabsretsområde fra aktieselskabsloven, der ligesom regnskabslovgivningen har gennemgået en rivende udvikling og nu er etableret som en selvstændig juridisk disciplin, *fondsret*,¹³ der lovgivningsmæssigt desuden er funderet i fondsbeskatningsloven fra 1987.

1985 bød på ændringer af reglerne om medarbejderrepræsentanternes valg, der tidligere havde været problematiske samt teknisk betonedede regler vedrørende anmeldelse og registrering.

I 1980 var der blevet vedtaget en lov om en *værdipapircentral*, der i sin § 1 bestemte, at bl.a. udstedelse af aktier, der noteredes på Københavns Fondsbørs skulle ske gennem Værdipapircentralen, når der blev truffet bestemmelse herom ved bekendtgørelse. Dette skete i 1988,¹⁴ hvorefter børsnoterede aktier og lignende noterede papirer fra den 5. april 1988 at regne skulle udstedes i form af *fondsaktiver*. Forinden var der sket det, at der i 1985 var fremkommet en rapport »Fondsbørsreform«, som slutning på en længere og større overvejelse vedrørende den fremtidige værdipapirhandel. Dette arbejde resulterede i vedtagelsen i 1986¹⁵ af lov om Københavns Fondsbørs. Samme år blev 3 EF-direktiver gennemført: *Børsoptagel-*

¹¹ Betænkning 970/1982 om fonde.

¹² Lov nr. 286 af 6. juni 1984 om erhvervsdrivende fonde og lov nr. 300 af s.d. om fonde og visse foreninger.

¹³ For et overblik og eventuel dokumentation kan henvises til indholdet og litteraturfortegnelsen i den senest udkomne bog om emnet: *Lyng Andersen: Lærebog i Fondsret*, 1998, samt denne forfatters lovkommentarer.

¹⁴ Ved bekendtgørelse nr. 67 af 10. februar 1988.

¹⁵ Lov nr. 316 af 4. juni 1986.

*sesdirektivet, børsprospektdirektivet og halvårsregnskabsdirektivet.*¹⁶ Selvom der havde været aktiehandel på børsen før, er det berettiget at fastsætte fødselstidspunktet for en egentlig *børsretlig disciplin* til denne periode. I overensstemmelse med hovedsynspunktet er der her tale om den *fjerde knopskydning*, selvom det med nogen ret herimod kan anføres, at der aldrig har været påfaldende mange børsretlige regler i aktieselskabsloven, og at der fortsat - og endda i øget mængde - er sådanne regler i loven. Ikke desto mindre er disciplinen i vidt omfang taget under behandling af selskabsretlige forfattere, og der er fremkommet adskillige monografier fra denne side.¹⁷

Det blev nødvendigt at gennemføre justeringer i aktieselskabsloven som følge af disse nyændringer.¹⁸ For det første blev det fastslået, at udstedelse af aktiebreve udelukkede registrering som fondsaktiver. I øvrigt var der i denne forbindelse indsat regler om aflevering af aktiebreve, hvis selskabet ville anvende det nye system. Dernæst for det andet pålagdes det bestyrelsen at sørge for, at Værdipapircentralen fik nærmere angivne oplysninger til brug ved registreringen af aktieretter dér samt oplysninger om senere ændringer i kapitalforholdene. Som følge af registreringssystemets anvendelse af kontoførende institutter, blev det for det tredje pålagt selskabet at bære omkostningerne ved at få aktier indskrevet og den årlige ekspedition varetaget ved at træffe aftale med et eller flere pengeinstitutter herom. Aktionærerne kunne dog foretage andet valg af institut, hvis selskabet, som skulle betale herfor, ikke blev påført øgede omkostninger derved. Endelig blev for det fjerde Værdipapircentralens sikringsakter gældende,¹⁹ medens de hidtidige regler for aktiebreve forblev uændrede.

I 1987²⁰ skete der ændringer i registreringssystemet, idet Aktieselskabs-Registeret og dets chef Overregistrator blev omskabt og -benævnt til *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, og det blev samtidig fastsat, at klager over registreringsmyndigheden kunne indbringes for en nyetableret klageinstans; ved oprettelsen benævnt »Industriministeriets Erhvervsankenævn«. Ligeledes blev det samme år bestemt, at

¹⁶ Dette skete ved bekendtgørelser alle af 13. november 1986: nr. 812 om Københavns Fondsbørs, nr. 813 om betingelserne for optagelse til officiel notering af værdipapirer på Københavns Fondsbørs og nr. 815 om kravene til det prospekt, der skal offentliggøres, inden værdipapirer kan optages til officiel notering på Københavns Fondsbørs.

¹⁷ Argumentet for knopskydningen er således, at fagfolk opfatter børsretten som en del af aktieselskabsretten. De seneste monografier, til hvis litteraturhenvisninger, der henvises, er *P. Krüger Andersen & Nis Jul Clausen: Introduktion til børsretten*, 1996, *Schaumburg-Müller & Bruun Hansen: Dansk Børsret*, 2. udg., 1996 og *Erik Werlauff: Børsret*, 1997.

¹⁸ Dette skete ved lov nr. 318 af 4. juni 1986.

¹⁹ Efter værdipapircentrallovens kapitel 4 gælder, at registrering medfører beskyttelse mod aftaleerhververe og retsforfølgning, og at aftaler, der tager udgangspunkt i en registreret aftale, ikke kan mødes med indsigelse om dennes gyldighed.

²⁰ Ved lov nr. 851 af 23. december 1987.

antallet af medarbejdere, der kunne kræve medarbejderrepræsentation, nedsattes fra 50 til 35.²¹

I 1988 blev 8. *selskabsretsdirektiv*²² gennemført i dansk ret.²³ Indtil da havde aktieselskabslovens kapitel 11 i 13 paragraffer indeholdt reglerne om selskabsrevisionen, og det ikke meget brugte granskningsinstitut i en enkelt paragraf. Dette kapitel reduceredes nu til kun at vedrøre granskningen, medens der i årsregnskabsloven indsattes et nyt kapitel 8 a om revision. Tilbage i aktieselskabsloven forblev spredte bestemmelser om revisors virksomhed, navnlig af den art, der ikke havde decideret med den egentlige regnskabsrevision at gøre. Vi står her overfor den *femte knopskydning*, idet denne lovgivning sammen med lovgivningen om statsautoriserede og registrerede revisorer og de til denne knyttede bekendtgørelser m.v., kan siges at udgøre et retsområde, som kan betegnes som *revisorret*. De stedfundne ændringer vedrørte især hvilke krav om uddannelse, der kunne stilles til en selskabsrevisor, krav om en offentlig autorisation, regler om god revisorskik og revisors uafhængighed af selskabsledelsen. Også dette retsområde er inde i en rivende udvikling, både hvad angår regelskabelse og teoretisk behandling.²⁴

Dette år bød desuden på en bestemmelse om, at konvertible obligationer kunne registreres i Værdipapircentralen og de heraf følgende specialregler.²⁵

Der blev i 1989 skabt mulighed for, at anmeldere selv kunne foretage registreringer i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens register on line via styrelsens edb-system, og at offentliggørelse kunne ske via styrelsens edb-informationssystem. Disse regler her siden p.gr.a. den voldsomme tekniske udvikling i årenes løb fået øget betydning.²⁶

I 1990 blev det 7. *selskabsretsdirektiv*²⁷ indført i dansk ret.²⁸ Teknisk skete det ved at nyformulere årsregnskabslovens kapitel 8 om *koncernregnskaber*. I samme forbindelse foretoges der adskillige ændringer i aktieselskabsloven. For det første indførtes der en koncerndefinition, der i det væsentlige bragte den på linie med den

²¹ Ved lov nr. 401 af 10. juni 1987.

²² Rådets ottende direktiv af 10. april 1984 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om autorisation af personer, der skal foretage lovpligtig revision.

²³ Lov nr. 815 af 21. december 1988, der trådte i kraft den 1. januar 1989.

²⁴ Der kan f.eks. henvises til *Langsted m.fl.*: Revisoransvar, 4. udg. 1997, der - ganske vist indirekte - beskriver den gode revisors arbejde, og som indeholder fyldige litteraturhenvisninger.

²⁵ Lov nr. 83 af 17. februar 1988.

²⁶ Lov nr. 105 af 15. februar 1989.

²⁷ Rådets syvende direktiv af 13. juni 1983 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om konsoliderede regnskaber. Det kan i denne forbindelse være rimeligt at bemærke, at det 9. selskabsretsdirektiv om koncernret stadig ikke foreligger, jf. senere.

²⁸ Lov nr. 308 af 16. maj 1990 med ikrafttræden den 1. april 1991.

i årsregnskabsloven optagne. For det andet skete der ændringer i reglerne om uddeling af selskabets midler til aktionærerne, og for det tredje afløstes henlæggelse i den lovpligtige reservefond af en almindelig pligt for selskabsledelsen til at foretage de nødvendige konsolideringshenlæggelser. Endelig var der for det fjerde ændringer vedrørende medarbejderrepræsentation og selskabsledelsens aflønning.

Ved lovgivning i 1991²⁹ blev der foretaget adskillige ændringer i aktieselskabsloven igen til dels forårsaget af EF-direktivets implementering i dansk ret.³⁰ For det første blev der lagt oplysningspligt på enhver aktionær, som skulle meddele selskabet, når han besad mindst 5 % af stemmerettighederne subsidiært 5 % af aktiekapitalen samt stigninger på 5 % samt passage af grænserne 1/3 og 2/3 (af hensyn til de deklatoriske vedtægtsændringsgrænser). Disse oplysninger skulle optages i en speciel fortegnelse, der var offentligt tilgængelig. For det andet skulle aftaler mellem en eneaktionær og selskabet foreligge skriftligt, medmindre aftalerne var af ordinær karakter. For det tredje skulle oprettelse af filialer af selskaber hjemmehørende i EF registreres f.s.v.a. en lang række forhold. For det fjerde blev det som konsekvens af skærpelsen af insiderreglerne bestemt, at ledelsen og ledende medarbejdere i børsnoterede selskaber skulle lade deres aktier i selskabet og eventuelle koncernselskaber notere på navn, hvorhos der skulle føres en særlig protokol over disse personers beholdninger. Endelig blev for det femte, kapitalkravet ændret fra 300.000 kr. til nu at udgøre 500.000 kr.

Ingen af de i 1990-91 foretagne ændringer kan betragtes som andet end korrektioner og udvidelse af aktieselskabsloven og den øvrige lovgivning.

I 1992 vedtoges en større ændringslov³¹ til aktieselskabsloven, der trådte i kraft den 1. august 1993, hvorfor der tales om *1993-reformen*. Der var flere grundlæggende forhold, der gjorde sig gældende. For det første forelå der et udvalgsarbejde³², for det andet var der umiddelbart forinden passeret tvivlsomme hændelser i erhvervsli-

²⁹ Der er tale om lov nr. 289 af 8. maj, lov nr. 343 af 6. juni og lov nr. 886 af 21. december 1991.

³⁰ Der er tale om:

- 1) Rådets direktiv af 12. december 1988 om offentliggørelse af oplysninger ved erhvervelse og afhændelse af en betydelig andel i et børsnoteret selskab.
- 2) Rådets ellefte direktiv af 21. december 1989 om offentlighed vedrørende filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler.
- 3) Rådets tolvte direktiv af 21. december 1989 på selskabsrettens område om enkeltmandsselskaber med begrænset ansvar.
- 4) Rådets direktiv af 13. november 1989 om samordning af retsforskrifter vedrørende insiderhandel.

³¹ Lov nr. 1060 af 23. december 1992, der som undertitel hedder: »Forenkling og fremtidstilpasning«. I alt indeholder loven 103 ændringspunkter, hvorfor den da også inden sin ikrafttræden foranledigede, at der blev udstedt en lovbekendtgørelse af aktieselskabsloven.

³² Betænkning 1229/1992 om forenkling og fremtidstilpasning af selskabslovene.

vet,³³ og for det tredje skulle *6. selskabsretlige direktiv*³⁴ implementeres i dansk ret. Der er også her tale om forhold, der holder sig *inden for aktieselskabslovens grænser*, som de var på dette tidspunkt. I forbindelse med selskabsstiftelse blev een stifter tilstrækkelig; omkostningsberegningen, apportindskudsreglerne ved en samlet virksomhed, indsendelsesreglerne og reglerne om indbetaling ændredes. Der indførtes indløsningret for hovedaktionærer med større ejerandel end 9/10 og pligt til indløsning på minoritetens krav. Rettede emissioner ved apportindskud muliggjordes. Det blev nu muligt med lovhjemmel at udstede warrants; og konvertible gældsbreve kunne - som i øvrigt også warrants - udstedes af bestyrelsen efter bemyndigelse. Forinden nye medlemmer kunne indvælges i bestyrelsen, skulle der gives oplysning om ledelseshverv i andre danske selskaber. I børsnoterede selskaber begrænsedes formandens mulighed for at udføre hverv for selskabet, og der fastsattes ligeledes for disse selskaber mindstekrav, til hvad bestyrelsens forretningsorden skulle indeholde. I selskaber i almindelighed skærpedes bestyrelsens ansvar for et forsvarligt kapitalberedskab. Fristerne for notering eller anmeldelse til selskabet af nyerhvervede aktieandele for at opnå stemmeret forenkledes. Der indførtes skriftlig spørgsmålsret for aktionærer i børsnoterede selskaber. Muligheden for at gennemføre vedtægtsændringer med 9/10's majoritet forøgedes betydeligt kombineret med en indløsningsret for overstemte aktionærer. Tvangsopløsningsreglerne blev konkretiseret.³⁵ Der åbnedes en nemmere adgang til at omdanne andelsselskaber til aktieselskaber, og sluttelig etableredes muligheden for spalte et aktieselskab således at dets aktiver og passiver som helhed blev fordelt på flere eksisterende eller nystiftede aktieselskaber.

Firmaloven fra 1889 blev i 1994 afløst af *erhvervsvirksomhedsloven*.³⁶ Dens omtale i denne sammenhæng beror på, at den for erhvervsdrivende selskaber med begrænset ansvarlige deltagere indførte registreringspligt med heraf følgende offentliggørelse af det registrerede, pålagde regnskabspligt i overensstemmelse med årsregnskabslovens regler med visse modifikationer, indførte revision af selskabsregnskabet samt indførte likvidations- og ophørsregler. Loven, der desuden definerede de gængse selskabstyper, søgte herunder at afgrænse disse over for aktieselskabet. Der er ingen tvivl om, at denne lovgivning var en vigtig nyskabelse i dansk selskabsret, hvor udtrykket: Selskab med begrænset ansvar (S.m.b.a.) allerede har vundet indpas. Selvom der egentlig ikke er tale om selskabsformer, der

³³ Der tænkes her på: Nordisk Fjer, Akkumulator Invest og Hafnia.

³⁴ Rådets sjette direktiv af 17. december 1982 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om spaltning af aktieselskaber.

³⁵ Desværre havde lovens § 117 fået en mindre egnet udformning, hvorfor den blev nyaffattet ved lov nr. 1094 af 22. december 1993 med ikrafttræden den 1. januar 1994.

³⁶ Lov nr. 123 af 18. februar 1994.

tidligere har været omfattet af aktieselskabsloven, må det i denne sammenhæng være rimeligt at tale om en *ny udvidelse*, der så bliver *den sjette*.³⁷

Samme år blev der indført mulighed³⁸ for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kunne lade et selskab, der stod foran eller var under tvangsopløsning, *undersøge* af en *selskabs- eller regnskabskyndig*, der tillige skulle opstille et selskabsregnskab. Vedkommende skulle afsluttende udarbejde en redegørelse for årsagen til tvangsopløsningsbetingelsernes tilstedeværelse, der kunne danne grundlag for yderligere efterforskning, hvis dette skulle skønnes nødvendigt. Årsagen til denne regels indførelse var de da begyndende selskabstømningssagers fremkomst.

Det offentlige har i nyere tid i stadig større omfang deltaget i aktieselskaber, der til dels udførte offentlige eller halvoffentlige funktioner.³⁹ I 1995 fremkom nu en lovgivning,⁴⁰ der definerede *statslige aktieselskaber* samt fastsatte nærmere regler for deres virksomhed i det omfang disse fandtes at måtte adskille sig fra aktieselskabslovens almindelige regler. Det siger sig selv, at en udformning af en selskabstype med speciel regulering klart må være en udvidelse, der således bliver *den syvende knopskydning*.⁴¹

Det bestemtes i aktieselskabslovens § 2 a, at et statsligt selskab foreligger, når den danske stat har samme forbindelse hertil som et moderselskab har til et datterselskab, jf. lovens koncernregel. Der tilsigtedes mindst samme åbenhed og tilsyn i sådanne selskaber som i børsnoterede selskaber, hvorfor bestyrelsen pålagdes pligt til indsendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og til speciel udformning af forretningsordener og generalforsamlingsindkaldelser m.v. Samtidig skete der ændringer i årsregnskabsloven vedrørende finansieringsanalyser og halvårsrapporters indhold. Ved lovgivning det følgende år blev der indført yderligere regler.⁴² I årsregnskabsloven indførtes nye krav til årsberetninger, oplysninger om datterselskabsrevisorer samt skærpede krav til revisors uddannelse, valg og generalforsamlingsdeltagelse. I aktieselskabsloven indsattes regler om storaktionærfortegnelser, beholdning af egne aktier, pligt for bestyrelsen til at udarbejde interne regler til

³⁷ Der kan henvises til *Erik Hørlyck: Erhvervsdrivende virksomheder*, 1994, og *Jytte Heje Mikkelsen: Erhvervsdrivende virksomheder - en lovkommentar*, 1995 samt de i disse værker værende litteraturhenvisninger.

³⁸ Dette skete ved lov nr. 442 af 1. juni 1994.

³⁹ Der foreligger en af *Erik Werlauff* affattet: *Statsselskaber; redegørelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Indenrigsministeriet, om statslige aktieselskaber, 1992.

⁴⁰ Lov nr. 365 af 14. Juni 1995.

⁴¹ Der findes i Werlauffs kommenterede Aktieselskabslov, 1999, på side 114-115 en oversigt over hidtil fremkomne afhandlinger og artikler om dette emne. En større monografi findes endnu ikke.

⁴² Dette skete ved lov nr. 377 af 22. maj 1996, der i sin undertitel angav: »2. fase af lovgivningen vedrørende statslige selskaber«, men som i øvrigt tilsigtede »forenkling af regnskabsaflæggelse samt frister« samt »elektronisk dataudveksling«.

sikring af specielle bestemmelser overholdelse samt regler om generalforsamlingers åbenhed.

Ved den netop omhandlede lovgivning skete der også ændringer i ophørsreglerne. En egentlig nyskabelse var endvidere introduktionen af *partnerselskabet* (kommanditaktieselskab) og indførelsen af regler, der lettede omdannelsen fra aktieselskab til partnerselskab og omvendt. Samme år blev vedtagelsen af værgemålsloven årsag til konsekvensændringer.

I 1995 gennemførtes *Børsreform II* ved vedtagelsen af værdipapirhandelsloven og fondsmæglerloven.⁴³ Det blev i den anledning nødvendigt at gennemføre mindre konsekvensændringer i aktieselskabsloven,⁴⁴ hvorved bemærkes, at der i børslovgivningen indeholdtes en lang række regler, der regulerede de børsnoterede selskabers og deres deltageres dispositioner i forbindelse med værdipapiriomsætningen. Dette kan imidlertid henvises til den nu næsten fast cementerede børsretsdisciplin.

Den *ottende knopskydning* skete ved vedtagelsen af den nye *anpartsselskabslov* i 1996.⁴⁵ Indtil da havde loven som nævnt indledningsvis været en genspejling af aktieselskabsloven i den forstand, at de regler, der dér kunne anvendes, blev gentaget og i øvrigt ændret i samme takt. Nu blev reglerne fastsat specielt designet til det mindre foretagendes behov, og der blev i et - indtil da - uhørt omfang åbnet mulighed for at fravige reglerne ved vedtægtsbestemmelser herom. Den særlig anvendte lovgivningsteknik har medført, at det nu kunne være vanskeligt at fastslå en deklatorisk regels indhold, men der må formodes - og håbes - at der er tale om et overgangsfænomen.⁴⁶ En nærmere omtale af den nye lovs regler falder uden for rammerne hér.⁴⁷

Den seneste lovgivning vedrørende aktieselskabsloven indfører regler, hvorefter et aktieselskab kan undlade at udstede aktiebreve, hvis dets aktier er optaget til handel på en *autoriseret markedsplads*. Desuden kan det nu i vedtægterne bestemmes, at det overlades til en valgt aktiebogsfører at varetage indførsler i

⁴³ Lov nr. 1071 af 20. december 1995 om fondsmæglerelskaber og lov nr. 1072 af s.d. om værdipapirhandel m.v.

⁴⁴ Ændringerne fandtes i værdipapirhandelslovens § 117, som blev sat i kraft den 1. maj 1996 ved bekendtgørelse nr. 334 af 30. april 1996.

⁴⁵ Lov nr. 378 af 22. maj 1996 om anpartsselskaber.

⁴⁶ Hvis en regel, der tidligere fandtes i anpartsselskabsloven, ikke er gentaget i den nye lov, der som en naturlig ting ophævede den gamle lov, er det så udtryk for, at reglen er ophævet - og derfor ikke eksisterende - eller kan det tænkes, at den fortsætter sit liv som deklatorisk?

⁴⁷ Der kan henvises til *Friis Hansen: Anpartsselskaber efter loven af 1996, 1998, og Ida Rosenberg m.fl.: Anpartsselskabsloven af 1996 kommenteret, 1997*. Navnlig sidstnævnte værk er et godt bevis på, at der foreligger en ny selskabsretsdisciplin, idet bogen fremtræder som en 1. udgave og ikke en videreførelse af de tidligere udgaver af samme kommentar.

aktiebogen.⁴⁸ Endelig åbnes der mulighed for, at aktiekapitalen udover i danske kroner kan angives i *euro* eller med tilladelse i en anden *fremmed mønt*.⁴⁹

Konkluderende kan det fastslås, at der har været tale om *knopskydning i 8 tilfælde*, hvor der efterfølgende er sket en udvikling, der gør det berettiget at tale om skabelse af nye - eller i hvert fald ændrede - selskabsretlige discipliner. Selv om der måske ikke er enighed om dette synspunkt helt eller delvist, vil dog ingen sikkert nægte, at det område, der før normalt blev betegnet som aktie- & anpartsselskabsret, nu er så komplekst, at en samlet fremstilling bliver enten uoverskuelig eller intetsigende, og at der derfor alligevel må ske en opdeling på flere emnekredse.

Den næste udvidelse, der står for døren, må blive *koncernretten*, hvor der stadig ventes på det 9. *selskabsretsdirektiv*, der kun foreligger i udkast. Det er forlængst fastslået, at der foreligger et selvstændigt retsområde.⁵⁰ Spørgsmålet bliver blot, om det bliver inden for eller uden for aktieselskabslovens rammer.

Derefter kunne *likvidation*, hvor det 14. *selskabsretsdirektiv* også lader vente på sig, tænkes udskilt, navnlig hvis det giver anledning til lovgivning f.s.v.a. andre selskabsformer. En anden mulighed kunne være *internationale fusioner*, hvor der arbejdes med udkast til det 10. *selskabsretsdirektiv*. Endelig verserer færdiggørelsen af det 5. *selskabsretsdirektiv om selskabsstrukturer*.

Mange muligheder er tænkelige, men må indtil videre blive på det hypotetiske plan. Det kunne f.eks. tænkes, at der blev udstedt forordninger om *det europæiske aktieselskab*, og at dette ville medføre en væsentlig mindsket betydning for det danske aktieselskab. Kort og godt. Man kan forestille sig meget, men nogen egentlig viden findes endnu ikke, hvad der i øvrigt sjældent er tilfældet med fremtiden.

⁴⁸ Lov nr. 1007 af 23. december 1998.

⁴⁹ Lov nr. 1056 af 23. december 1998.

⁵⁰ Der henvises til P. Krüger Andersens disputats »Studier i dansk koncernret«, 1997. Desuden foreligger Søren Friis Hansens Ph.D.-afhandling »Europæisk Koncernret. Bør koncernretten reformeres og kodificeres?«, 1996. Endelig har Erik Werlauff udgivet »Koncernretten. Juridiske grundprincipper for danske og internationale koncerner«, 1996.

Varemærker og parallelimport

af

Bent Iversen

Med jævne mellemrum bringer dagspressen beretninger om, at der mellem erhvervsvirksomheder er opstået uoverensstemmelser, der har baggrund i, at en af parterne har *parallelimporteret* og markedsført produkter inden for et område, som en anden virksomhed påberåber sig en eneret til at betjene.

Disse konflikter kalder ofte på de store overskrifter, hvor der ikke er sparet på beskyldninger om f.eks. »ulovlig import«, »uredelig markedsføring« og lignende om den virksomhed, der ad andre kanaler end de »autoriserede« har indført produkterne og gjort dem til genstand for videresalg.

Når henses til de omsætningstal, der vil være på spil i mange af disse sager, kan det ikke undre, at både producent og den autoriserede importør kan have vanskeligt ved at styre aggressionerne. Derimod kan det virke overraskende, at erhvervsvirksomheder fra stater, der er deltagere i Det Europæiske Fællesskab, ofte reagerer, som om de tilsyneladende opfatter det som et udgangspunkt, at enhver form for parallelimport er ulovlig.

Udgangspunktet er imidlertid det stik modsatte, nemlig at den, der kan opspore en producents »ægte« produkter i udlandet, lovligt kan videresælge dem i hjemlandet uden forinden at have opnået producentens indforståelse hermed. Motivet for at gå uden om producenten vil oftest være, at parallelimportøren kan købe produkterne i en anden del af verden og herefter som »free rider« omkostningsfrit kan drage nytte af de reklame- og markedsføringsforanstaltninger, som *andre* har bekostet for at skabe interesse for produkterne.

Det kan ikke have undgået virksomhedernes opmærksomhed, at Det Europæiske Fællesskabs konkurrenceregler bl.a. bygger på det overordnede princip, at de grænser for den frie vareudveksling, som det har været EF-Traktatens erklærede mål at nedbryde, ikke må genetableres gennem virksomhedernes kunstige opdeling af markedet med heraf følgende mulighed for bl.a. prisdifferentiering.

Der har været gjort mange snedige forsøg på at besværliggøre parallelimportørens muligheder for at drive en lønsom virksomhed - men i det omfang sådanne foranstaltninger er kommet for dagens lys, har konkurrencemyndighederne (Kommissionen og Fællesskabets domstole) skredet hårdt ind og bremset en sådan adfærd.¹

¹ Se om denne praksis - og om de mulige betænkeligheder herved - bl.a. *Bent Iversen: Formidlingsaftaler & EF-konkurrenceretten* s. 108-53.

En af de måder, hvorpå en producent har søgt at hindre en parallelimportør i at afsætte de produkter, som er importeret uden om producenten, har været at påberåbe sig, at et for producenten i importlandet registreret *varemærke* skulle være til hinder for parallelimportørens afsætning af produkterne.

EF-Domstolen har i flere tilfælde berørt spørgsmålet om, hvorvidt indehaveren af en varemærkeret vedrørende *lægemidler*, der er beskyttet både i producentlandet og i en medlemsstat, hvortil lægemidlerne er blevet parallelimporteret, under henvisning til EF-Traktatens art. 36 kan bremse parallelimportørens videre dispositioner over produkterne. Herom handler bemærkningerne i det følgende, idet der i overensstemmelse med de fortolkningsmæssige betragtninger, Domstolen har anlagt, gøres en sondring mellem, om produktet er blevet markedsført første gang i en medlemsstat, eller om dette er sket i et tredjeland, dvs. i et land uden for Fællesskabet, se nærmere nedenfor om begreberne regional ctr. global komsumption.

1. Regional konsumtion

1.1. Indledning

Efter EF-Domstolens afgørelse i *Ideal-Standard*-sagen (IHT Internationale Heiztechnik GmbH og Uwe Danziger mod Ideal-Standard GmbH og Wabco Standard GmbH)(C-9/93) var der med en vis interesse set frem til, om den styrkelse af *varemærkerettigheders* stilling, som tilsyneladende blev indvarslet med denne afgørelse, ville blive bekræftet, når det gjaldt andre aspekter af brugen af varemærker end det, afgørelsen umiddelbart tog stilling til. Interessen samlede sig ligeledes om, hvorvidt en ny fællesskabsbaseret regulering af varemærker ville medføre ændringer i forhold til Domstolens hidtidige praksis.

I den pågældende sag udtalte EF-Domstolen, at i tilfælde, hvor der sker en *overdragelse* af et varemærke - begrænset til ét eller enkelte af de lande, hvor det er registreret - til en virksomhed, som ikke har nogen økonomisk forbindelse med overdrageren, vil EF-Traktatens art. 30 og 36 ikke ramme en national lovgivning, som giver overdrageren mulighed for at modsætte sig, at erhververen indfører produkter under det pågældende mærke i det land, hvor overdrageren fortsat er indehaver af varemærket.²

Denne domskonklusion kan umiddelbart virke uforståelig, medmindre der knyttes nogle bemærkninger dels til varemærkerettens *funktion* dels til de *retlige principper*, der ligger til grund for konklusionen.

Inden for varemærkeområdet er den kommercielle ejendomsrets »særlige genstand« navnlig at sikre indehaveren en *eneret* til at udnytte mærket med henblik på *den første afsætning af et produkt* og således beskytte ham mod de konkurrenter, som måtte ønske at (mis)bruge mærkets stilling og omdømme ved at sælge produkter, der ulovligt (fordi mærket i denne fase tilhører en anden) er forsynet med

² Afgørelsen er kommenteret af *Jesper Rasmussen*: UfR 1994B. 447-53.

mærket.³ Varemærket skal gøre det muligt for forbrugeren eller den endelige bruger at konstatere mærkevarens oprindelse og derved skille den ud fra andre varer med en anden oprindelse (»oprindelsesægthed«).

Indtil implementeringen af EF's første direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (varemærkedirektivet)(Rådets direktiv 89/104/EØF (21. 12.1989, EFT L 40/1) har national ret i forening med EF-Traktatens art. 30 og 36 udgjort det retlige grundlag for princippet om *konsumtion* af varemærkeretten i fællesskabsretten.⁴ Dette princip går ud på, at indehaveren af en varemærkeret, der er beskyttet af en medlemsstats lovgivning, ikke kan påberåbe sig denne lovgivning for at modsætte sig indførsel eller markedsføring af et produkt, der af den pågældende selv eller med hans samtykke er markedsført i en anden medlemsstat.⁵

Art. 30 indeholder et forbud mod alle kvantitative indførselsrestriktioner samt alle foranstaltninger med tilsvarende virkning.

Jf. *Verband Sozialer Wettbewerb mod Clinique Laboratoires* (C-315/92) og senere *Meyhui mod Schott Zwiesel Glaswerke* (C-51/93).

I præmis 15 i *Keck og Mithouard* (C 267 og 268/91) er tankegangen bag art. 30 udtrykt således: »Traktatens art. 30 indeholder et forbud mod hindringer for de frie varebevægelser, der følger af regler om, hvilke betingelser varer skal opfylde (f.eks. med hensyn til benævnelse, form, dimensioner, vægt, sammensætning, præsentation, mærkning og emballage), og dét uanset om sådanne regler anvendes uden forskel på alle varer, når en sådan anvendelse ikke kan begrundes ud fra et alment hensyn, der går forud for hensynene til de frie varebevægelser«. Det fremhæves endvidere, at anvendelsen kan anses retfærdiggjort, »såfremt bestemmelserne er uomgængeligt nødvendige bl.a. af hensyn til forbrugerbeskyttelse eller god markedsføringskik. Sådanne bestemmelser kan imidlertid kun accepteres, når de står i rimeligt forhold til det mål, der følges, og dette mål ikke kan nås ved foranstaltninger, der i mindre omfang begrænser samhandelen i Fællesskabet«.

Art. 36, 1. pkt., rummer en *modifikation* af forbudet, i det omfang restriktionen er begrundet i hensynet til beskyttelse af bl.a. industriel og kommerciel ejendomsret. Formålet med art. 36, 1. pkt., er ikke at forbeholde medlemsstaterne en enekompetence på visse områder, men derimod at åbne mulighed for, at der i nationale lovgivninger gøres undtagelse fra princippet om de frie varebevægelser. Sådanne nationale foranstaltninger må dog hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbe-

³ Denne funktion af varemærket er fastslået adskillige gange i EF-Domstolens praksis, jf. f.eks. præmis 33 og 34 i *Ideal-Standard*. Se også straks nedenfor om varemærkedirektivet.

⁴ Direktivet er implementeret som lov nr. 341 af 6. juni 1991, varemærkeloven, der trådte i kraft den 1. januar 1992.

⁵ Som nævnt er bemærkningerne i afsnit 1 begrænset til konsumptionsprincippet's anvendelse inden for fællesmarkedet (og, jf. note 9, EØS-området). Om *global* konsumtion se bemærkningerne i afsnit 2.

handling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne, jf. art. 36, 2. pkt.⁶

Set i forhold til princippet om varemærkeindehaverens eneret til at udnytte mærket med henblik på den første afsætning af produktet faldt *Ideal-Standard*-sagen med hensyn til spørgsmålet om, hvilken nærmere forbindelse der skal være mellem to virksomheder, forinden en første markedsføring kan anses at være sket på lovlig vis, ud til overdragerens fordel. Denne skal derfor i medfør af national ret kunne nedlægge forbud mod, at erhververen af varemærket bringer sine egne produkter i handelen under påberåbelse af, at dette skete »af overdrageren selv eller med dennes samtykke«. Domstolen vendte sig med andre ord mod, at erhververen i de medlemsstater, hvor overdrageren fortsat er indehaver af varemærket, skulle kunne opnå rettigheder, der svarer til dem, der tilkommer en indehaver af *varemærkelicens*. Det samtykke, der ligger i en overdragelse af varemærket, er ikke det, der kræves, for at konsumtionsprincippet kan finde anvendelse. Konsumtion indtræder nemlig kun, såfremt rettighedshaveren kan bestemme, hvilke produkter der kan forsynes med mærket og føre kontrol med disse produkters *kvalitet*.

Når der ikke består en økonomisk forbindelse mellem parterne i overdragelsesaftalen, mister varemærkeindehaveren muligheden for at føre en sådan effektiv kvalitetskontrol. Den samme udtrykkelige betoning af, at kvaliteten af et produkt indgår med styrke i produktets oprindelsesægthed, var allerede blevet indvarslet af Domstolen med afgørelsen *SA CNL-Sucal NV mod Hag GF AG (Hag II-sagen)*(C-10/89), der angik et tilfælde, hvor et varemærke var blevet opdelt ved et offentligt indgreb (ekspropriation).⁷ I *Ideal-Standard*-sagen udtaler Domstolen imidlertid, at varemærkets egnethed til at afgive garanti for en vares kvalitet, er den samme, hvad enten opdelingen af mærket beror på en ekspropriation eller på en aftale om overdragelse.

I de sager, der efter *Ideal-Standard* kom frem til Domstolen, skulle det vise sig, om kvalitetssynspunktet også i en eller anden form ville slå igennem under den retstilstand, som var en følge af implementering af varemærkedirektivet, idet det må erkendes, at den retstilstand, der fulgte af *Ideal-Standard*, åbnede mulighed for en *markedsopdeling* inden for Fællesskabets område. Når varerne ikke frit kan passere

⁶ I *Terrapin mod Terranova* (119/75) fandt Domstolen, at en tysk virksomhed kunne nedlægge forbud mod import af et engelsk produkt med et varemærke, der efter tysk ret var forveksleligt med den tyske virksomheds varemærke. I tilslutning hertil fastslog Domstolen i *Renault mod Audi* (C-317/91), at fællesskabsretten principielt ikke begrænser medlemsstaternes kompetence til - med respekt af betingelserne i Traktatens art. 36, 2. pkt. - at fastsætte det nærmere indhold af forvekslelighedsbegrebet

⁷ *HAG II tilsidesatte* altså udtrykkeligt de synspunkter om »fælles oprindelse«, som Domstolen havde anlagt i *van Zuylen Frères mod HAG AG* (192/73)(*HAG I*), hvorefter indehaveren af det belgiske varemærke HAG ikke fandtes at kunne modsætte sig indførsel i Belgien af varer produceret i Tyskland og forsynet med varemærket HAG. Dette varemærke havde oprindelig både i Tyskland og Belgien tilhørt den samme virksomhed. Det belgiske varemærke var imidlertid blevet eksproprieret og solgt til en virksomhed, der var uafhængig af den tyske virksomhed.

landegrænserne inden for Fællesskabet, er der under alle omstændigheder sket et brud på forestillingen om en ultimativ håndhævelse af princippet om varernes fri bevægelighed.

På det tidspunkt, hvor direktivet skulle være implementeret i medlemsstaternes lovgivning, verserede der for EF-Domstolen 6 sager om påståede varemærkeovertrædelser. Tre sager, der af Domstolen blev forenet, hidrørte fra henholdsvis Sø- og Handelsretten (sagerne C-427/93 og C-429/93) og Højesteret (sag C-436/93) i Danmark. Sagerne var præjudicielt forelagt Domstolen i medfør af EF-Traktatens art. 177. Det samme gjaldt en sag (C-232/94), der var forelagt af Oberlandesgericht Köln, medens 3 sager, der af Domstolen blev forenet (C-71/94, C-72/94 og C-73/94), var forelagt af den tyske Bundesgerichtshof. Den af Højesteret forelagte sag var en ankesag (*Bayer mod Paranova*), i hvilken Sø- og Handelsretten som 1. instans fandt, at en ompakning af et lægemiddel ADALAT og en genanbringelse af varemærket var i strid med varemærkeloven, medmindre der - således som Sø- og Handelsretten vurderede det - forelå en kunstig opdeling af markedet, jf. EF-Traktatens art. 36, 2. pkt.

De nævnte sager refererede sig i alt væsentligt til den samme problemstilling, nemlig til retningslinierne for *ompakning* og *ommærkning* af lægemidler, der er bragt i handelen i en medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke. Banen var med andre ord kridtet op til endnu en holmgang mellem lægemiddelproducenter og en parallelimportør. Kun spørgsmålene til Domstolen i de danske sager angik specifikt fortolkningen af det nye varemærkedirektiv, hvorimod retterne i de tyske sager ønskede Domstolens stillingtagen til fortolkningen af EF-Traktatens art. 30 og 36. I samtlige sager kom Domstolen imidlertid ind på fortolkningen af varemærkedirektivet, jf. nærmere nedenfor.

1.2. Varemærkedirektivet

Varemærkedirektivet tilsigter ikke at etablere en fuldstændig tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger, men er begrænset til at angå de nationale bestemmelser, der har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion.⁸ Af størst interesse i nærværende sammenhæng er direktivets art. 5.1 og art. 7.

Bestemmelserne har følgende indhold:

Art. 5.1:

- »Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af
- a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret
 - b) et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, når de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af varemærket, er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af det pågældende tegn, og der som følge heraf i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling, herunder at der er en forbindelse med varemærket«.

⁸ Jf. direktivets 3. betragtning.

Art. 7:

»De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesmarkedet under dette mærke.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt skellig grund berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter af de er markedsført.«⁹

Art. 7.1 svarer indholdsmæssigt til den formulering, Domstolen har benyttet i en række domme, hvori den i forbindelse med fortolkningen af EF-Traktatens art. 30 og 36 har anerkendt princippet om konsumtion af varemærkeretten i fællesskabsretten.

Jf. f.eks. allerede *Centrafarm B.V mod Winthrop B.V.* (16/74) (præmis 8: » ... inden for varemærkeområdet er den kommercielle ejendomsrets specifikke indhold særligt at sikre indehaveren eneret til at udnytte mærket med henblik på den første afsætning af et produkt og således beskytte ham mod de konkurrenter, som måtte ønske at misbruge mærkets stilling og omdømme ved at sælge produkter, der ulovligt er forsynet med dette mærke...«), og fra den nyeste praksis *Ideal-Standard* præmis 33, der fastslår princippet med nøjagtig den samme formulering som i den forannævnte dom.

1.3. Hjemmel for ompakning m.v.

Med sit svar på det første spørgsmål fra Højesteret i sag C-436/93 præciserede Domstolen, at når fællesskabsdirektiver foreskriver en harmonisering af de foranstaltninger, som er nødvendige for at sikre beskyttelsen af de hensyn, der nævnes i Traktatens art. 36, skal enhver national »foranstaltning« (f.eks. et i medfør af national ret nedlagt forbud) bedømmes ud fra direktivbestemmelserne (i denne sammenhæng varemærkedirektivets art. 7, der er affattet i generelle vendinger, og som indeholder en *fuldstændig* regulering af spørgsmålet om konsumtion af varemærkeretten for så vidt angår produkter, der er markedsført inden for Fællesskabet).

Dette princip, hvorefter en direktivudstedelse medfører, at begrundelsen for anvendelse af Traktatens art. 36 *bortfalder*, og at egnede kontrolforanstaltninger m.v. herefter må træffes inden for de rammer, som harmoniseringsdirektivet angiver, er i overensstemmelse med Domstolens faste praksis. Se f.eks. præmis 35 i *Tedeschi mod Denkavit* (5/77), præmis 35 i *van Bennekom* (227/82), præmis 10 i *Oberkreisdirektor for Kreis Borken mod Handelsonderneming Moormann* (190/87) og præmis 31 i *Centre d'insémination de la Crespelle mod Coopérative d'élevage et d'insémination* (C-323/93).

Det tilføjes dog, at direktivet som enhver bestemmelse i den afledte ret skal være i overensstemmelse med Traktaten og derfor skal *fortolkes* på baggrund af Traktatens regler om frie varebevægelser, herunder art. 36. Det vil derfor være Domsto-

⁹ Direktivets art. 7 svarer indholdsmæssigt til § 6 i den danske varemærkelov fra 1991. Efter ratifikationen af Aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde gælder direktivets og lovens princip hele EØS-området.

lens praksis, der er afgørende for fortolkningen af art. 30 og art. 36, idet det i sidste instans er denne, der fortolker bestemmelserne.

Denne følge af rangforholdet mellem Traktaten og direktiv følger ligeledes af Domstolens praksis, jf. f.eks. præmis 26 i *Delhaize mod Promalvin* (C-47/90) og præmis 12 i *Verband Sozialer Wettbewerb mod Clinique Laboratoires* (omtalt foran i afsnit 1.1).

1.4. Rækkevidden af varemærkedirektivets art. 7.1

Med det første spørgsmål til Domstolen i sagerne C-427/93 og C-429/93 ønskede Sø- og Handelsretten belyst, om varemærkedirektivets art. 7.1 er til hinder for, at en varemærkeindehaver, bortset fra tilfælde omfattet af art. 7.2, påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en importør markedsfører et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, også selv om importøren har *ompakket* produktet og *genanbragt* varemærket på det uden varemærkeindehaverens samtykke.

Spørgsmålet havde baggrund i, at selskabet *Paranova*, der forhandler parallelimporterede lægemidler, havde indkøbt større partier af en række lægemidler i medlemsstater, hvor priserne var forholdsvis lave og importeret dem til Danmark, hvor selskabet med fortjeneste solgte dem til priser, der lå under producenterens priser.

Det fremgår af sagen, at Paranovas ompakning af lægemidlerne havde antaget forskellige former, men fælles for samtlige foranstaltninger var, at lægemidlerne var ompakket i nye ydre pakninger med et ensartet præg og bl.a. forsynet med striber i farver, der svarede til farverne på producenterens originale pakninger. På pakningerne var angivet bl.a. de pågældende producenteres varemærker, at produktet var fremstillet af navngivne virksomheder (Paranovas modparter i hovedsagerne), og at det var »importeret og ompakket af Paranova«. Visse pakninger, som var importeret fra Grækenland i form af pakninger med 3 blisterkort med hver 10 tabletter af et særligt præparat, blev ompakket i nye pakninger, som indeholdt 10 blisterkort med hver 10 tabletter. Endvidere ændrede Paranova den betegnelse »Adalat 20 mg«, som producenten benyttede ved salg i Danmark, til »Adalat retard«. I andre tilfælde udtog Paranova - ud over udskiftningen af de ydre emballager - hætteglas og ampuller af de indre bakker og anbragte på hvert glas eller hver ampul en ny selvklæbende mærkat, som tildækkede producentens mærkat. Den nye mærkat indeholdt producentens varemærke, navnet på producenten og ordene »Importeret og ompakket af Paranova«. Glas og ampuller blev herefter nedlagt i de originale bakker og anbragt i den nye ydre emballage. For visse præparaters vedkommende indlagde Paranova indlægssedler affattet på dansk i de nye emballager, ligesom man i et enkelt tilfælde udskiftede den sprøjte, der fandtes i den originale emballage, med en sprøjte, der ikke hidrørte fra producenten.

Paranovas modparter samt den tyske regering gjorde gældende, at direktivets art. 7.1 ikke tillægger parallelimportøren nogen anden ret end retten til at *videresælge* produkterne *i den form, hvori varemærkeindehaveren har markedsført dem i en anden medlemsstat*. Efter denne opfattelse skete der med andre ord ingen konsumtion af den eneret, en varemærkeindehaver har i medfør af direktivets art. 5 til at anbringe varemærket på et produkt. Selv uden for området for undtagelserne i art. 7.2 ville varemærkeindehaveren således kunne forbyde, at varemærket anbringes på ompakkede produkter.

Domstolen afviste denne argumentation og henviste til, at det fulgte af Domstolens udfyldende praksis vedrørende Traktatens art. 36, at varemærkeindehaverens eneret til at anbringe varemærket på et produkt under visse omstændigheder måtte betragtes som konsumeret for derigennem at give en importør adgang til under brug af varemærket at markedsføre produkter, som er bragt i omsætning af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke.

Om den af Domstolen påberåbte praksis se *Hoffmann-La Roche mod Centrafarm* (102/77). I denne sag havde importøren for at ændre antallet af tabletter i pakningerne ompakket disse og herefter forsynet den nye emballage med det originale varemærke. Ifølge præmis 7 i dommen anså Domstolen, at varemærkets garanti for produktets oprindelse er en garanti for, at produktet ikke på et tidligere omsætningstrin har været genstand for et indgreb, som er foretaget uden varemærkeindehaverens tilladelse, og hvorved produktets originale tilstand er berørt. Ifølge præmis 8 fandtes det derfor i medfør af art. 36 1. pkt. begrundet at tilkende indehaveren en ret til at modsætte sig ompakning. En indsigelse fra varemærkeindehaverens side kan imidlertid efter præmis 9 udgøre en *skjult begrænsning af samhandelen* mellem medlemsstaterne, jf. art. 36, 2. pkt.,

- såfremt det godtgøres, at indehaverens benyttelse af varemærket, sammenholdt med det salgssystem, som denne anvender, bidrager til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne,
- såfremt det påvises, at ompakningen ikke kan berøre varens originale tilstand,
- såfremt indehaveren af varemærket underrettes om salget af det ompakkede produkt forud herfor, og
- såfremt det på den nye emballage angives, hvem der har foretaget ompakningen.

I *Centrafarm mod American Home Products* (3/78) solgte varemærkeindehaveren sedativer under navnet »Serenid D« i England og under navnet »Seresta« i Holland. Den kemiske sammensætning var den samme i de to præparater, men smagen var forskellig. Centrafarm opkøbte »Serenid D« tabletter i England, ompakkede dem og solgte dem som »Seresta« tabletter i Holland efter at have fjernet det engelske varemærke og anbragt det i Beneluxlandene brugte varemærke på pakningen. Domstolen fandt, at oprindelsesgarantien kunne blive bragt i fare, hvis parallelimportøren kunne påføre et nyt varemærke, og at en beskyttelse af varemærkeretten derfor var en lovlig foranstaltning i medfør af art. 36. Domstolen overlod det til den nationale ret at afgøre, om det kunne anses bevist, at den praksis, der bestod i anvendelsen af forskellige varemærker for ensartede produkter, fulgtes af indehaveren af det pågældende varemærke med det formål at opdele markederne, jf. art. 36 2. pkt.

Pfizer mod Eurim-Pharm (1/81) rummer en udbygning af *Hoffmann-La Roche*-sagen, idet Domstolen fandt, at varemærkeindehaveren ikke kunne protestere mod, at parallelimportøren havde fjernet den ydre emballage af varen. Den indre pakning, der indeholdt det originale varemærke, var ikke berørt, og den nye ydre emballage angav dels navnet på producenten dels oplysning om, at der var foretaget en ompakning. Af præmisserne fremgår endvidere, at parallelimportøren havde underrettet mærkeindehaveren om parallelimporten og ompakningen.

Hvis man antog, at art. 7.1 ikke kunne gælde i tilfælde, hvor importøren har ompakket produktet m.v., ville dette efter Domstolens opfattelse »indebære en væsentlig ændring af de principper, der følger af Traktatens art. 30 og 36«. Direktivet ville med andre ord være ugyldigt, idet et direktiv kun, når Traktaten indeholder hjemmel herfor, kan begrunde hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet. Eller gen-

givet på anden vis: Forbudet mod kvantitative restriktioner samt foranstaltninger med tilsvarende virkning gælder ikke blot for nationale foranstaltninger, men også for foranstaltninger, f.eks. direktiver, der udgår fra fælleskabsinstitutionerne.¹⁰

1.5. Varemærkedirektivets art. 7.2

Med et spørgsmål, der gik igen i de forelagte sager, ønskede de danske domstole en nærmere præcisering af betingelserne for, at en varemærkeindehaver i medfør af art. 7.2 kan modsætte sig fortsat markedsføring af et af parallelimportøren ompakket produkt, hvorpå indehaverens varemærke er genanbragt. De nationale retsinstanser ønskede særligt belyst, om den praksis, der er udviklet i forbindelse med Traktatens art. 36, er relevant for anvendelsen af direktivets art. 7.2, og ønskede herunder en nærmere uddybning af begreberne »kunstig opdeling af markederne« og »berøring af produktets originale tilstand«.

Domstolen betonedede indledningsvis, at ifølge art. 7.2 vil indehaveren af varemærket kunne modsætte sig fortsat markedsføring, såfremt der foreligger en »skellig grund hertil«, navnlig i tilfælde, hvor vares tilstand er *ændret* eller *forninget*, efter at de er markedsført.¹¹

Dette måtte efter Domstolens opfattelse føre til den konklusion, at direktivets art. 7, ligesom Traktatens art. 36, har til formål at forene de grundlæggende hensyn til beskyttelsen af varemærkerettigheder med de grundlæggende hensyn til de frie varebevægelser inden for det fælles marked, og *at de to bestemmelser, der tilsigter at opnå samme resultat, derfor også skal fortolkes på samme måde*. Heraf fulgte, udtalte Domstolen, at afgørelsen af, om en varemærkeindehaver i medfør af direktivets art. 7.2 kan modsætte sig markedsføring af ompakkede produkter, hvorpå varemærket er genanbragt, skal træffes på grundlag af den praksis, Domstolen har udviklet vedrørende Traktatens art. 36.

Denne praksis tager udgangspunkt i, at princippet om de frie varebevægelser inden for det fælles marked kun kan fraviges i det omfang, dette er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør den pågældende industrielle og kommercielle ejendomsrets *særlige genstand*, jf. omtalen heraf foran i afsnit 1.1 med den foreløbige omtale af indholdet af dette begreb. Inden for rammerne af den ordning med loyal konkurrence, som Traktaten lægger op til, tjener varemærket det formål at befæste en vares kvalitet i kundernes bevidsthed. Betingelsen for, at et varemærke kan have denne funktion, er, at mærket i forhold til hvert produkt, der er forsynet med det, udgør en garanti for, at produktet er blevet fremstillet af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for produktets kvalitet. Derimod ligger det *uden for* varemærkets særlige genstand - og dermed uden for kredsen af de interesser, der skal beskyttes gennem varemærket - at tillade indehaverne at *opdele de nationale markeder* og derved medvirke til at kunne opretholde de prisforskelle, der kan være mellem medlemsstaterne. Sådanne prisforskelle vil ofte manifestere

¹⁰ Jf. f.eks. *Meyhui mod Schott Zwiesel Glaswerke* (C-51/93).

¹¹ Varemærkelovens § 6, stk. 2, bruger udtryksmåden (uden) »rimelig grund«.

sig inden for netop omsætningen af lægemidler, hvilket bl.a. skyldes medlemsstaternes forskellige bestemmelser om fastsættelse af maksimalpriser og grossist- og apotekeravance eller forskellige satser for refusion af lægemiddeludgifter. Eksistensen af sådanne prisforskelle i én medlemsstat kan imidlertid ikke - selv om det drejer sig om forhold, som producenterne er uden indflydelse på - berettige en anden medlemsstats opretholdelse af eller indførelse af foranstaltninger, som er uforenelige med reglerne vedrørende varenes frie bevægelighed, særlig når disse foranstaltninger vedrører den industrielle og kommercielle ejendomsret. En fjernelse af de faktorer, som kan fordreje konkurrencen mellem medlemsstaterne, må i stedet ske gennem *fællesskabsmyndighedernes* harmonisering af nationale foranstaltninger til kontrol af priserne og ved udøvelse af deres beføjelser på konkurrenceområdet.¹²

En beskyttelse af varemærkets egnethed til at være garanti for produktets oprindelse kræver, at forbrugeren eller den endelige bruger kan være sikker på, at en mærkevare, han får tilbudt, ikke i et tidligere omsætningsled har været genstand for et indgreb, som er foretaget af en tredjemand uden varemærkeindehaverens tilladelse, og hvorved varens oprindelige tilstand er berørt.

Domstolen tilslutter sig derfor de synspunkter, som blev anlagt i *Hoffmann-La Roche*-sagen (foran i afsnit 1.4), herunder denne doms opregning af de fire betingelser, hvorunder indehaveren af en varemærkeret kan være afskåret fra at modsætte sig, at en importør markedsfører en vare, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat, når importøren har ompakket varen i en ny emballage, hvorpå varemærket er genanbragt.

Domstolen blev dog ikke stående ved de kriterier, der fulgte af *Hoffmann-La Roche*-sagen, idet den ønskede at præcisere retstilstanden på baggrund af de argumenter, der var fremkommet under behandlingen af såvel de sager, som var forelagt af de danske domstole, som dem, der var forelagt af de tyske retsinstanser. Domstolens fortolkningsbidrag angik de forhold, der er nævnt i de følgende afsnit 1.6, 1.7 og 1.8.

1.6. »Kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne«

Domstolen betoner udtrykkeligt, at brugen af udtrykket »kunstig opdeling af markederne« ikke indebærer, at det påhviler importøren at påvise, at varemærkeindehaveren ved at bringe samme produkt i omsætning i forskellige medlemsstater i forskellige emballager *har haft til hensigt* at opdele markederne mellem medlemsstaterne. Fremhævelsen af, at der skal være tale om en kunstig opdeling som forudsætning for at tilsidesætte varemærkeindehaverens indsigelser, tjener til at understrege, at indehaveren altid vil kunne påberåbe sig sin varemærkeret, når dette er begrundet i nødvendigheden af at sikre varemærkets *hovedfunktion*. Domstolen svarer med denne udtalelse benægtende på Højesterets spørgsmål i C-436/93, om det har betydning for varemærkeindehaverens rettigheder, om han har haft til hensigt at fremkalde eller udnytte en sådan kunstig markedsopdeling.

¹² Jf. *Centrafarm B.V. mod Winthrop B.V.* præmis 16 og 17.

En kunstig opdeling af markederne vil derimod kunne forekomme, når varemærkeindehaveren har markedsført samme produkt i forskellige pakninger i forskellige medlemsstater, og produktet ikke i den tilstand, hvori det af varemærkeindehaveren er markedsført i én medlemsstat, kan importeres og markedsføres af en parallelimportør i en anden medlemsstat. Baggrunden herfor kan være, at der i importstaten gælder regler, der kun tillader pakninger af en bestemt størrelse, eller nationale regler i øvrigt, der er fastsat af hensyn til bl.a. sygeforsikringsregler, ordinationspraksis, anbefalinger fra sygesikringsinstitutter m.v. Domstolen præciserer, at varemærkeindehaveren ikke kan påberåbe sig sådanne regler og derved hindre *ompakning* af produkterne. Varemærkeindehaveren kan heller ikke påtvinge importøren brugen af en bestemt pakningsstørrelse under påberåbelse af, at han i importstaten benytter flere pakningsstørrelser, og at en af disse størrelser også benyttes i eksportstaten. Det vil således kunne anses som en opdeling af markederne, hvis importøren kun kan markedsføre produktet på en begrænset del af markedet herfor.

Importøren vil lovligt kunne udskifte en tillægsartikel, som ikke kan godkendes i importlandet, med en lignende artikel, som har en sådan godkendelse. Derimod kan varemærkeindehaveren modsætte sig en ompakning i en ny ydre emballage, når importøren ved i stedet at anbringe nye mærkater affattet på importlandets sprog på den originale ydre eller indre emballage eller ved at tilføje en ny indlægsseddel affattet på importlandets sprog kan opnå en emballage, der kan markedsføres i importstaten.

1.7. »Berøring af produktets originale tilstand«

Domstolen tilslutter sig i alt væsentligt den allerede i *Hoffmann-La Roche* fastslåede betragtning, at en »berøring af produktets originale tilstand« angår det i emballagen indeholdte produkts *tilstand*. Varemærkeindehaveren kan derfor modsætte sig en »ompakning«, der indebærer risiko for, at *produktet* udsættes for manipulationer eller for en indflydelse, der berører dets originale tilstand, hvorimod berøring af et produkts ydre emballage ikke vil kunne give anledning til indsigelser. Det samme gælder, såfremt blisterkort, flasker, hætteglas, ampuller eller aerosoler blot udtages af den ydre pakning for at blive anbragt i en ny ydre emballage. Domstolen afviser producenterens indvendinger om, at sådanne manipulationer kan berøre produktets originale tilstand derved, at f.eks. blisterkort, som hidrører fra forskellige produktionschargers, kan have forskellige udløbsdatoer, at produkterne kan være oplagret i for lang tid, og at lysfølsomme produkter kan være beskadiget ved udsættelse for lyspåvirkning under ompakningen.

Afvisningen er kategorisk og begrundes - i en nærmest aggressiv form - med, at ikke »enhver hypotetisk risiko for enkeltstående fejl er tilstrækkelig til, at varemærkeindehaveren tillægges ret til at modsætte sig ompakning af produkterne i nye emballager«. Kun en lille mulighed for, at producenterens indsigelse kan tages til følge, foreligger, hvis oplysninger, der er påklæbet den ydre eller indre emballage, eller en ny indlægsseddel savner visse vigtige oplysninger om produktets art, sammensætning m.v., eller hvis en tillægsartikel, som importøren har indlagt i

emballagen, og som er bestemt til brug i forbindelse med benyttelsen eller doseringen af produkter, ikke er i overensstemmelse med den af producenten forudsatte anvendelsesmåde eller dosering. Det skal i så fald afgøres efter national ret, om en sådan uoverensstemmelse er til stede, navnlig ud fra en sammenligning med det produkt, varemærkeindehaveren markedsfører i importlandet. National ret må dog ikke udelukke, at importøren giver visse yderligere oplysninger, når disse ikke strider mod dem, varemærkeindehaveren giver i importlandet.

1.8. »Yderligere krav, som parallelimportøren skal opfylde«

De »yderligere krav«, som Domstolen følte sig foranlediget til at stille som betingelse for at anse varemærkeindehaverens eneret til ompakning og anbringelse af varemærke for konsumeret, fremtræder som et (mindre) supplement til de 4 betingelser, som systematisk var opstillet i *Hoffmann-La Roche mod Centrafarm* (foran i afsnit 1.4).

Der er tale om betingelser, som parallelimportøren normalt uden større vanskelighed vil kunne overholde, herunder et krav om, at produktet efter ompakning m.v. skal fremtræde på en måde, der er egnet til at befæste produktets omdømme, og at parallelimportøren på varemærkeindehaverens anmodning skal overlade ham en prøve af det ompakkede produkt, således at han kan kontrollere, at ompakning m.v. er foretaget på en måde, der ikke berører produktets originale tilstand. Den sidstnævnte betingelse synes dog efter omstændighederne at kunne give anledning til misbrug, f.eks. i form af, at varemærkeindehaveren *forhæler* sin »accept« af, at betingelserne er opfyldt eller anholder bagatelagtige eller påståede, ikke-eksisterende fejl ved ompakningen m.v. Betingelsen forekommer dog generelt at være udtryk for en rimelig hensyntagen til varemærkeindehaverens interesser.

1.9. Konklusion

Præmisserne i den refererede afgørelse efterlader det klare indtryk, at der ikke ved Domstolens fortolkning af de i varemærkedirektivet optagne principper for konsumtion af varemærkeindehaverens eneret er føjet nogen afgørende ny dimension til den retspraksis, der - fortsat med *Hoffmann-La Roche mod Centrafarm* som den ledende afgørelse - har manifesteret sig på grundlag af Domstolens opfattelse af, hvilken betydning Traktatens art. 30 og art. 36 har for medlemsstaternes indretning af deres lovgivning om beskyttelse af varemærkeindehaverens rettigheder.

Varemærkeindehaveren må også efter den seneste dom og Domstolens parallelle stillingtagen i de sager, der samtidigt var forelagt af de tyske retter, være indstillet på at være rollehaver i et spil, der er præget af et *skisma* mellem to fællesskabsbaserede principper, nemlig et princip om beskyttelse af varemærkeretten over for princippet om fri varebevægelighed inden for Fællesskabet. Og i denne tvekamp mellem to principper har en hensyntagen til de frie varebevægelser helt åbenbart overvægtet. Hovedsynspunktet også efter de seneste afgørelser er, at den eneret for varemærkeindehaveren til at udnytte varemærket, der følger af den nationale lovgivning, må vige på alle de områder, der ikke er snævert forbundet med varemærkeret-

tens særlige genstand, dvs. retten til at sætte et produkt i handelen og til under særlige betingelser at skride ind over for en proces, hvorved produktets originale tilstand berøres.

Den fremhævelse af en hensyntagen til en mærkevares *kvalitet*, som var baggrunden for, at varemærkeindehaveren i *Hag II* og *Ideal-Standard* med støtte i national lovgivning kunne modsætte sig import af produkter forsynet med sit eget varemærke, havde sin begrundelse i, at produktet hidrørte fra en anden virksomhed, som varemærkeindehaveren ikke kunne kontrollere. I andre situationer og i hvert fald i de tilfælde af parallelimport, der er beskrevet i det foregående, hidrører produktet fra varemærkeindehaveren selv. Den herfor gældende lovgivning må efter Domstolens opfattelse ikke række videre end til at beskytte varemærkeindehaveren mod foranstaltninger, der angriber produktets originale tilstand.

Som Domstolens opfattelse er gengivet ovenfor, har parallelimportøren imidlertid vide muligheder for at drive sin virksomhed. »Normale« foranstaltninger, f.eks. ompakning og ommærkning, som er nødvendige for at bringe det én gang markedsførte og herefter parallelimporterede produkt i handelen, har varemærkeindehaveren tilsyneladende fortsat kun ringe mulighed for at modsætte sig.

Varemærkeindehaveren må erkende, at han er oppe mod kræfter, som parallelimportøren kan legitimere brugen af ikke blot ved en henvisning til EF-Traktatens art. 30 og art. 36 og varemærkedirektivet. Importørens virksomhed understøttes tillige af den omfattende praksis, hvor det på baggrund af den specifikke konkurrenceregulering i Traktatens art. 85.1, der ikke som art. 30 og 36 retter sig mod *statslige* »foranstaltninger« men mod aftaler mellem *virksomheder*, er fastslået som Kommissionens og Domstolens hovedsynspunkt, at parallelimport er en *lovlig forretningsform*, der indgår som et nødvendigt instrument i skabelsen af et indre marked. - *Free rider*-indvendingen, som det vel ret beset under visse forudsætninger kunne synes rimeligt at tage hensyn til i en afbalancering af varemærkeindehaverens og parallelimportørens interesser, har Domstolen med andre ord kun ringe forståelse for!

2. Regional eller global konsumtion?

Det har længe optaget teoretikere og praktikere, om varemærkedirektivet er til hinder for, at en medlemsstat gennemfører en lovgivning, hvorefter der sker konsumtion uden hensyn til, om det med mærket forsynede produkt er markedsført i eller uden for Unionsområdet.¹³ Med den i det foregående anvendte terminologi er problemet med andre ord, om direktivet kan antages at have ændret den bl.a. i

¹³ Se bl.a. *Lars Kjølby*: UfR 1994B. 58- 64 og *Charlotte Friis Bach*: UfR 1996B. 495-502, hvorefter hverken varemærkedirektivet eller forarbejderne hertil tilstrækkeligt tydeligt indikerede en pligt for medlemsstaterne til at afskaffe gældende principper om global konsumtion. I overensstemmelse hermed var bl.a. *Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen*: EU Markedsret (1996) s. 300.

dansk ret indtil den nye varemærkelovs ikrafttræden i 1992 gældende opfattelse, at *den varemærkeretlige konsumtion var global*.

Hverken varemærkeloven eller direktivet tager udtrykkeligt stilling til spørgsmålet, der i det første forslag til varemærkedirektivet (EFT 1980 C 351/1) var løst til fordel for en regel, hvorefter konsumtion skulle indtræde, hvad enten markedsføring skete inden for eller uden for Fællesskabet. Denne henvisning til globalprincippet blev imidlertid ikke gentaget i den endelige direktivtekst.

Ordlyden af direktivets art. 7.1, fastslår med sikkerhed kun, at medlemsstaterne som minimum skal anerkende, at der gælder *regional* konsumtion, dvs. konsumtion, når produktet af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke er markedsført *inden for Fællesskabet* (og EØS-området).¹⁴ Konsekvensen af en sådan begrænsning ville være, at en medlemsstat i sin lovgivning kunne opretholde et princip om konsumtion med heraf følgende sædvanlig beskyttelse af parallelimport, når markedsføring var sket uden for det område, direktivet omfatter. Beskyttelsen af parallelimporten ville tilmed være til stede, hvis blot ét land inden for området i sin lovgivning bestemte sig for en global konsumtion, idet en eksport til dette land ville åbne for varenes videre færd rundt i området i overensstemmelse med grundideerne bag det indre marked.

Et tilløb til afklaring af spørgsmålet blev i dansk retspraksis taget med afgørelsen UfR 1997.486 VLD, hvor landsretten stadfæstede et af fogedretten nedlagt forbud mod import af et parti T-shirts af mærket *Diesel*, idet det fandtes »sandsynliggjort«, at varemærkelovens § 6, stk. 1, skulle forstås således, at der ikke gjaldt et princip om global konsumtion her i landet. Landsretten tog dog udtrykkeligt det forbehold, at en endelig afklaring af spørgsmålet måtte forudsætte en præjudiciel afgørelse fra EF-Domstolen om, hvorledes den bag varemærkelovens § 6, stk. 1, liggende bestemmelse i varemærkedirektivets art. 7.1 skulle fortolkes.

En sådan afgørelse er nu truffet af Domstolen den 16. juli 1998 (C-355/96)(*Silhouette*-sagen):

Sagen angik forståelsen af den østrigske lovgivning, der indtil gennemførelsen af varemærkedirektivet havde bygget på et princip om global konsumtion. Efter den stedfundne implementering af varemærkedirektivet, der var nødvendiggjort af Østrigs daværende tilhørsforhold til EØS, afspejlede den østrigske lovgivning formelt direktivets art. 7.1, hvorefter en varemærkeindehaver ikke kunne forhindre reimport af varer, som han havde accepteret markedsført inden for EU og EØS. De bemærkninger, der ledsagede implementeringen, udtrykte imidlertid tvivl om, hvorvidt direktivet alene udelukkede angik regional konsumtion, eller om det tillige omfattede global konsumtion.

Den forelagte sag angik et tilfælde, hvor en østrigsk producent af modebriller af varemærket *Silhouette* havde eksporteret et parti umoderne briller til bl.a. det bulgarske marked, hvorfra de trods et af producentens påberåbt forbud herimod blev reeksporteret til Østrig og her markedsført af lavprisforhandlere. Producenten anmodede forgæves forhandlerne om at undlade markedsføring af de reimporterede

¹⁴ Art. 7 er gengivet in extenso foran under 1.2.

briller i Østrig, og efter at hans begæring om forbud mod var blevet afslået af to retsinstanser og herefter var indbragt for Højesteret, fik EF-Domstolen forelagt spørgsmålet til præjudiciel afgørelse.¹⁵

Den østrigske Højesteret rejste et yderligere spørgsmål over for EF-Domstolen, nemlig om varemærkedirektivet i sig selv kunne udgøre en tilstrækkelig hjemmel til, at de østrigske myndigheder kunne iværksætte foreløbige foranstaltninger, dvs. i givet fald nedlægge fogedforbud over for krænkelse af varemærkeretten. Domstolen besvarede dette spørgsmål ved (i præmis 36) generelt at fastslå, at det følger af fast praksis, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor som sådan ikke kan påberåbes over for sådanne personer. Samtidig fastslog Domstolen dog, at det fulgte af den samme praksis, at den nationale domstol ved anvendelsen af nationale forskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og i overensstemmelse med Traktatens art. 189.3.

Såfremt det ikke er muligt ad fortolkningsvejen at nå til det resultat, direktivet angiver, påhviler der principielt medlemsstaten en erstatningspligt for det tab, som den manglende gennemførelse af direktivet måtte påføre den private borger. Dette spørgsmål, der tillige giver anledning til at drøfte, hvorvidt erstatningspligten også kan grunde sig på en manglende gennemførelse af hjemmel til *foreløbige foranstaltninger*, vil ikke blive nærmere forfulgt i denne sammenhæng.

I spørgsmålet om konsumtion fik producenten medhold af Domstolen, der fandt, at varemærkedirektivets art. 7 måtte fortolkes som en udtømmende regulering af spørgsmålet om konsumtion, og at direktivet ikke kunne fortolkes således, at det gav medlemsstaterne mulighed for i deres nationale ret at foreskrive konsumtion af de rettigheder, der er knyttet til varemærket for varer, der er markedsført i tredjelande.

Domstolens svar på de præjudicielt forelagte spørgsmål indeholder en afstandtagen fra et synspunkt, der var gjort gældende af den svenske regering, der var indtrådt i sagen til støtte for lavprisforhandleren.

Ifølge den svenske regering indeholdt varemærkedirektivets art. 7 kun hjemmel for en regional konsumtion, hvorimod det var overladt til medlemsstaterne individuelt at afgøre, om de ville anvende et princip om global konsumtion. Hvis art. 7 tillige skulle tage stilling til det særlige spørgsmål om udebliven af konsumtion i tilfælde, hvor varen er markedsført i et tredjeland, skulle ifølge den svenske opfattelse direktivet ikke - således som det var sket - have været vedtaget med hjemmel i Traktatens art. 100A men i stedet som regulerende handelsforholdet til tredjelande rettelig være vedtaget med hjemmel i art. 113.

Domstolen afviste imidlertid dette synspunkt ved (i præmis 29) at konstatere, at art. 7 ikke havde til formål at regulere forbindelserne mellem medlemsstaterne og tredjelande, men at fastlægge de rettigheder, der tilkommer indehavere af varemærker i Fællesskabet.

Med andre ord: En markedsføring inden for Fællesskabet indebærer, at der ikke immaterielretligt kan lægges hindringer i vejen for parallelimport. Derimod er beskyttelsen bevaret ved markedsføring i et tredjeland. - Domstolens hensyntagen

¹⁵ Sagen er indgående omtalt af *Signe Kristine Salling & Malene Jais* i EU-ret & Menneskeret 1998 s. 164-69.

til parallelimporten har trods alt visse - set med varemærkeindehaverens øjne -
»retfærdige « begrænsninger!

Det civilretlige forbrugerbegreb

af

Nina Dietz Legind

Civilretligt opererer man i dansk ret med ét forbrugerbegreb. Baggrunden for at definere en forbruger er det traditionelle ønske om at gøre dele af en lovgivning beskyttelsespræceptiv for en nærmere afgrænset gruppe. Om en person skal anses for at være forbruger kan ikke besvares generelt, men kun i relation til en bestemt aftale. Ved afgørelsen af, om en aftale er indgået af en beskyttelsesværdig forbruger, er det afgørende kriterium, hvorvidt denne hovedsageligt handler uden for sit erhverv, jf. eksempelvis købeloven § 4 a, stk. 1. Aftagerens forståelse for en evt. problemstilling i forbindelse med indgåelse af aftalen indgår således ikke i vurderingen af, om vedkommende er beskyttelsesværdig. Dette indebærer bl.a., at mindre erhvervsdrivende ikke er omfattet af beskyttelsesreglerne, selvom sådanne i visse relationer må antages at have et beskyttelsesbehov, der svarer til den gennemsnitlige forbrugers. I litteraturen er denne svaghed da også påpeget, jf. f.eks. *Erik Werlauff* i *Bank og kunde - et reformbehov*. I denne artikel skal det derfor søges nærmere belyst, om kriteriet og anvendelsen af ét forbrugerbegreb på ofte meget forskellige situationer er hensigtsmæssigt.

1. Civilretlig forbrugerdefinition

1.1. Dannelsen af et forbrugerbegreb

Spørgsmålet om en eventuel fastlæggelse af et forbrugerbegreb møder man f.eks. allerede i betænkning om kvalitetsmærkning (150/1956), der ved forbrugere forstår »de private forbrugere, der indkøber varer og ydelser til tilfredsstillelse af egne behov«. Den øgede fokusering på spørgsmålet om forbrugerbeskyttelse i 1960'erne medførte i 1969, at regeringen nedsatte en stor og meget bredt sammensat forbrugerkommission, der i løbet af 1970'erne afgav flere betænkninger indeholdende forslag vedrørende lovgivningsforanstaltninger til beskyttelse af forbrugere.

Af Forbrugerkommissionens Betænkning III (Betænkning nr. 738/1975 om forbrugerens retsstilling og retsbeskyttelse, p. 11ff) fremgik det blandt andet, at en nøjere fiksering af forbrugerbegrebet ikke havde spillet nogen større rolle for kommissionens drøftelser, men at det havde været fremhævet, at overvejelser om forbrugerens retsstilling og beskyttelse ikke burde begrænses til at angå befolkningsgrupper, hvor social beskyttelse er påkrævet. Forbrugerkommissionen kom til det resultat, at man ikke ville anbefale en lovfæstelse af et bestemt begreb, men at

det ville være mere hensigtsmæssigt at overlade en fortolkning af selve udtrykket forbrugerkøb til domstolene.

Med vedtagelsen af præceptive regler til beskyttelse af forbrugerne i lov om renter ved forsinket betaling m.v. § 7, stk. 1 (lov nr. 638 af 21. december 1977) og i lov om visse forbrugerftaler § 1, stk. 2 (lov nr. 139 af 29. marts 1978) blev en nærmere civilretlig definition af forbrugerbegrebet imidlertid optaget i forbrugerbeskyttelseslovgivningen.¹ Af bemærkningerne til forslaget til lov om visse forbrugerftaler fremgår det, at man har anset det for rigtigst at optage en definition i loven, da dens bestemmelser griber umiddelbart ind i en række retsforhold. Såvel af hensyn til erhvervslivet som forbrugerne må det derfor anses for ønskeligt, at lovens anvendelsesområde søges fastlagt så præcist som muligt.²

I lov om visse forbrugerftaler § 1, stk. 2 betegnedes en forbrugerftale som en aftale en erhvervsdrivende indgår i sit erhverv, når den erhvervsdrivendes ydelse hovedsageligt er bestemt til ikke-erhvervsmæssig anvendelse for den anden part (forbrugeren) og den erhvervsdrivende vidste eller burde vide dette.

1.2. Enhedsbegreb

I forbindelse med indførelsen af forbrugerbegreberne i renteloven og dernæst i lov om visse forbrugerftaler fremkom kreditkøbsbetænkningen (Betænkning nr. 839/1978). Af denne fremgår det s. 34, at den i betænkningen foreslåede definition svarer til definitionerne i § 7, stk. 1 i det fremsatte forslag til renteloven og § 1, stk. 2 i det ligeledes fremsatte forslag til lov om visse forbrugerftaler. Betydningen af en entydig forbrugerdefinition i den civilretlige lovgivning om forbrugerbeskyttelse fremhæves i bemærkningerne til lovforslaget.³

Kort efter fremkom betænkningen om forbrugerkøb (Betænkning nr. 845/1978). Købelovsudvalget anså det ligeledes for ønskeligt, at der lovfæstedes et forbrugerbegreb i den civilretlige lovgivning, der som den foreliggende indeholder regler, der kun skal gælde i forbrugerforhold. Udvalget fremhævede desuden det ønskelige i, at der anvendes samme forbrugerdefinition overalt i den civilretlige lovgivning, således at der i befolkningen kan dannes en klar opfattelse af, i hvilke aftaleforhold de særlige beskyttelsesregler gælder. Udvalget tilsluttede sig præciseringen af begrebet, som var sket i lov om visse forbrugerftaler og renteloven.⁴

Forbrugerbegrebet i lov om omsætning af fast ejendom § 1, stk. 5, nr. 2 (lov nr. 453 af 30. juni 1993) er udformet i overensstemmelse med ovennævnte civilretlige

¹ Proces- og offentligretligt var der på daværende tidspunkt allerede opstillet et forbrugerbegreb i lov om forbrugerklagenævn og i markedsføringsloven.

² FT 1977/78, Tillæg A, sp. 737.

³ FT 1981/82, Tillæg A, sp. 1686: »... finder justitsministeriet det i den forbindelse vigtigt at opnå en entydig forbrugerdefinition i den civilretlige lovgivning om forbrugerbeskyttelse«.

⁴ Kreditkøbsbetænkningen og betænkningen om forbrugerkøb blev med hensyn til forbrugerbegrebet fulgt i kreditkøbsloven § 4 (lov nr. 275 af 9. juni 1982) og i købeloven § 4a (lov nr. 147 af 4. april 1979).

forbrugerbegreb.⁵ Fastlæggelsen af købere omfattet af de beskyttelsespræceptive bestemmelser har umiddelbart ikke givet anledning til debat, hvilket antageligt skyldes forbrugerrettens generelt store vigtighed på tidspunktet for lovenes vedtagelse.

1.3. Unionsretligt forbrugerbegreb

Forbrugerbegrebet defineres bl.a. i Rådets direktiv om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted (85/577/EØF). Af art. 2 fremgår det:

»I dette direktiv forstås ved: - forbruger en fysisk person, der ved en retshandel, som er omfattet af dette direktiv, optræder med et formål, der må anses for at ligge uden for hans erhvervs-mæssige virkefelt«;⁶

Direktiv om forbrugerkredit (87/102/EØF) og ændringsdirektiv (90/88/EØF), der opererer med samme forbrugerbegreb, blev gennemført ved kreditaftaleloven i 1990. På trods af en mindre forskel mellem definitionen i lovforslaget og direktivets definition af en forbrugeraftale, vurderedes definitionen i nyere dansk forbrugerlovgivning, herunder i kreditkøbsloven, imidlertid at kunne opretholdes uændret i kreditaftaleloven. Kreditaftaleloven afløste således kreditkøbsloven med anvendelse af det samme forbrugerbegreb.

Kreditaftalelovens § 1, stk. 1 (1990):

Loven gælder for kreditaftaler, hvor en erhvervsdrivende (kreditgiveren) yder eller giver tilsagn om at yde kredit som led i sit erhverv, når kreditten hovedsagelig er bestemt til ikke-erhvervs-mæssig anvendelse for den anden part (forbrugeren), og kreditgiveren vidste eller burde vide dette.

Ved lov nr. 1098 af 21. december 1994 gennemførtes direktiv om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler (93/13/EØF) i dansk ret ved bl.a. indførelse af et nyt kapitel i aftaleloven med særlige regler om visse forbrugeraftaler.

I de almindelige bemærkninger til lovforslaget (FT 1994/95, tillæg A, side 333) fremgik det at;

»Det danske forbrugeraftalebegreb og direktivets definition i artikel 2 er således rent sprogligt udformet forskelligt. Indholdsmæssigt er der følgende forskelle: 1) Direktivteksten fastsætter ikke, at forbrugeren skal handle hovedsagelig uden for sit erhverv, 2) efter direktivet har det

⁵ Lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom m.v. § 1, stk. 1 (lov nr. 391 af 14. juni 1995) omfatter derimod ikke helt de samme købere, idet køb foretaget af en ikke-erhvervsdrivende forening, f.eks. en sports- eller anden fritidsforening, som regel ikke umiddelbart er omfattet af kap. 1, idet ejendommen ikke er bestemt til »beboelse« for foreningen.

⁶ Forbrugerbegrebet i lov om visse forbrugeraftaler ændredes ikke i forbindelse med gennemførelsen af direktivet.

ikke betydning, om den erhvervsdrivende vidste eller burde vide, at den anden part var forbruger, og 3) kun fysiske personer kan være forbrugere efter direktivet«. ⁷

Efter den danske version lægges der vægt på, at den erhvervsdrivendes ydelse skal være bestemt til »ikke-erhvervmæssig anvendelse«, mens det af direktivet fremgår, at forbrugeren ved aftalen »ikke handler som led i sit erhverv«.

»Efter Justitsministeriets opfattelse er disse krav sammenfaldende i praksis, idet det dog må understreges, at den endelige fortolkning af direktivet hører under EF-Domstolen. Ministerrådet og Kommissionen har i forbindelse med fastlæggelse af den fælles holdning erklæret, at såfremt forbrugeren handler delvis som led i sin erhvervmæssige virksomhed, delvis uden for denne, omfattes forholdet kun af direktivet, såfremt forbrugeren handler hovedsagelig uden for sin erhvervmæssige virksomhed«. ⁸

Herefter var de eneste indholdsmæssige forskelle, at juridiske personer ikke kan være forbrugere efter direktivet, og at det efter direktivet ikke har betydning, om den erhvervsdrivende vidste eller burde vide, at den anden part var forbruger.

Bestemmelsen affattedes i overensstemmelse med ordlyden i direktivet og den ovenfor omtalte erklæring fra Ministerrådet og Kommissionen, men dog således, at bestemmelsen lovteknisk opbyggedes i overensstemmelse med dansk lovgivningstradition. Direktivet, der er et minimumsdirektiv, er endvidere ikke til hinder for, at definitionen udformes således, at både fysiske og juridiske personer kan være forbrugere. ⁹

Med fastsættelsen af en forbrugeraftaledefinition i aftalelovens § 38 a, stk. 2 gennemførtes således direktivets art. 2's bestemmelse om, at det ikke er betingelse for at anse en aftale for en forbrugeraftale, at den erhvervsdrivende vidste eller burde vide, at den anden part var forbruger. Det såkaldte synbarhedskrav udgik således af forbrugeraftaledefinitionen. Udover ændringen vedrørende synbarhedskravet var der ikke med den foreslåede formulering tilsigtet nogen realitetsændring i forhold til det hidtidige danske forbrugeraftalebegreb.

Da forbrugerdefinitionen i direktivet forventedes at blive anvendt i fremtidige direktiver på forbrugerbeskyttelsesområdet og for at bibeholde en ensartet definition i den civile retlige lovgivning, gennemførtes samtidig en ændring af forbrugeraftale-

⁷ Ikke-erhvervsdrivende foreninger er omfattet af det danske forbrugeraftalebegreb. U1988.945 V: En serviceaftale mellem en erhvervsdrivende og et antennelaug om service og vedligeholdelse af laugets fællesantenneanlæg måtte anses for en forbrugeraftale.

⁸ Direktivet er herudover ikke til hinder for, at mindre erhvervsdrivende kan være omfattet af beskyttelsespræceptive bestemmelser.

⁹ Jf. EF-domstolens afgørelse i sagen C-361/89 (Di Pinto) er direktiv om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted (85/577/EØF) ikke til hinder for, at beskyttelsen i henhold til dette ved national lovgivning om dørsalg udstrækkes til også at omfatte erhvervsdrivende, når disse træffer dispositioner med henblik på salg af deres virksomhed.

definitionen i købeloven, kreditaftaleloven, renteloven, lov om visse forbrugeraftaler og lov om omsætning af fast ejendom.

Med lov om visse forbrugerftaler som model blev lovtæksten:

§ 1, stk 2. Ved en forbrugerftale 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.¹⁰

1.4. Materielle indhold

Afgrænsningen af en forbrugerftale sker teknisk ved en beskrivelse af parterne. Af første led fremgår det, at aftalen skal være indgået af en erhvervsdrivende som led i dennes erhverv. En aftale indgået mellem to privatpersoner anses således ikke for en forbrugerftale. Erhvervsdrivende omfatter enhver, som driver privat erhvervsvirksomhed samt virksomhed udøvet af det offentlige, såfremt denne kan sidestilles med privat erhvervsvirksomhed.

Af andet led fremgår det, at den anden part (forbrugeren) hovedsaglig skal handle uden for sit erhverv. Det er det konkrete formål med aftalen, der er afgørende, og hvorvidt en person skal anses for værende forbruger, kan kun besvares i relation til en bestemt aftale.

Indgås en aftale af en part, der handler såvel som led i sit erhverv som uden for sit erhverv, er det afgørende, i hvilket omfang forbrugeren handler uden for sit erhverv. 50/50-formål medfører ikke efter dansk ret, at der foreligger en forbrugerftale.¹¹

Indkøbes en vare med henblik på at indgå i erhvervsmæssig produktion eller videresalg eller til anvendelse i en erhvervsvirksomhed, foreligger der ikke en forbrugerftale.¹² Det er således ikke afgørende, om køberen er sidste led i omsætningskæden.¹³

¹⁰ Selvom ordlyden muliggør en realitetsændring, følger det dog, jf. ovenstående, af justitsministeriets bemærkninger, at det ikke er tilsigtet. Det understregedes dog i den forbindelse, at den endelige fortolkning af direktivet hører under EF-domstolen.

¹¹ I U1986.615 Ø er der taget stilling til spørgsmålet om, hvilken betydning det havde for anvendelsen af lov om renter ved forsinket betaling m.v. § 7, stk. 1, at *en del* af en leverance var bestemt til et videresalg. Da beplantningen i ikke uvæsentligt omfang var sket med salg for øje, kunne en anlægsgartners ydelse ikke anses som hovedsaglig bestemt til ikke-erhvervsmæssig anvendelse.

I U1988.415 V, hvor køber både var lønmodtager og selvstændig, fandtes det ikke godtgjort, at bilen hovedsagelig var bestemt til erhvervsmæssig anvendelse.

¹² U1995.432 H: »At der købes udelukkende med henblik på opnåelse af fortjeneste ved videresalg - hvilket må antages at have været tilfældet med de kærendes køb af ædelstene - hindrer ikke, at der foreligger et forbruger køb, når et videresalg dog ikke kan karakteriseres som erhvervsmæssigt«.

¹³ Det udelukker imidlertid ikke, at erhvervsdrivende indbringer klager for et forbrugerklagenævn. Efter forbrugerklagenævnsløven, kan erhvervsdrivende indbringe klager over køb til benyttelse i erhvervsvirksomhed, når disse ikke indgår i virksomhedens produktion eller er erhvervet med

I forbindelse med bl.a. indførelsen af et forbrugerbegreb i lov om visse forbrugeraftaler blev det fra bl.a. Butikshandelens Fællesråd anført, at loven burde bygge på det samme forbrugerbegreb som forbrugerklagenævnsløven og markedsføringsloven, således at lovens beskyttelse kunne udstrækkes til navnlig også at omfatte mindre erhvervsdrivende. Fra justitsministeriets side var der forståelse for, at mindre erhvervsdrivende undertiden kan have et lignende behov for beskyttelse som privatpersoner. En nøjagtig afgrænsning af anvendelsesområdet ansås imidlertid som værende af væsentlig betydning ved en ufravigelig civilretlig lovgivning, og justitsministeriet anså det ikke for muligt at foretage en holdbar afgrænsning af de erhvervsdrivende, som i givet fald skulle nyde godt af lovens beskyttelse.¹⁴

Spørgsmålet, om en forbrugerbeskyttelse bør udstrækkes til også at omfatte mindre erhvervsdrivende, er ligeledes behandlet i forbindelse med udformningen af bl.a. kreditkøbsloven og købeloven, og begge gange har man ikke ment, at det har været muligt lovteknisk at finde et generelt anvendeligt kriterium, hvor de særlige beskyttelsesregler skulle finde anvendelse.¹⁵

Hvorvidt mindre erhvervsdrivende bør være omfattet af en beskyttelsespræceptiv lov har igen været under overvejelse i det af erhvervsministeren nedsatte udvalg om rådgiveransvar, og det fremgår af betænkning nr. 1362, 1998, p. 117, at navnlig mindre erhvervsdrivende kan fremstå som ukyndige i forhold til den, hos hvem der søges rådgivning, og at der derfor er behov for en hensyntagen hertil. Det har været fremført, hvorvidt man under inspiration fra bl.a. tysk handelsret kan eller bør fastlægge en definition af »mindre erhvervsdrivende«. Udvalget har imidlertid ikke fundet, at en sådan definition kan ske på et tilstrækkeligt operationelt grundlag, og har derfor ikke fundet det hensigtsmæssigt at foreslå en sådan. Anvendelsesområdet i de to mindretals forslag til en lov hhv. en lovbestemmelse tager udgangspunkt i forbrugere, men er ikke begrænset hertil. Mindretalsforslaget til lov om økonomisk rådgivning omfatter eksempelvis forbrugere og andre personer, der ikke har en særlig viden på området, der rådgives om. Baggrunden for at udvide lovens anvendelsesområde til at omfatte personer, der ikke har særlig viden på området, er, at der eksisterer et beskyttelsesbehov i relation til mindre erhvervsdrivende, men at det umiddelbart ikke er uden vanskeligheder at definere begrebet mindre erhvervsdrivende.

henblik på videresalg. Udvidelsen af det procesretlige forbrugerbegreb har imidlertid ikke medført en styrkelse af retsstillingen efter de civilretlige love, idet udvidelsen kun vedrører den processuelle stilling. Afgrænsningen af erhvervsdrivende som »forbrugende erhvervsdrivende« vil ikke blive behandlet nærmere her.

Ovennævnte afgrænsning af forbrugerbegrebet svarer til forbrugerbegrebet i markedsføringsloven § 6, stk. 1.

¹⁴ FT 1977/78, Tillæg A, sp. 737 ff, lov om visse forbrugeraftaler.

¹⁵ FT 1978/79, Tillæg A, sp. 2164 og FT 1981/82, Tillæg A, sp. 1666.

1.5. Retsvirkninger

Visse forbrugerbeskyttelseslove gælder kun for forbrugere. Andre forbrugerbeskyttelseslove gælder både for forbrugere og erhvervsdrivende, og disse love kan fraviges ved aftale i relation til erhvervsdrivende. Lovene er således kun beskyttelsespræceptive til fordel for forbrugerne. Kreditaftaleloven er eksempelvis gældende for erhvervsdrivende mht. enkelte bestemmelser, og er fravigelig i relation til disse.

2. Hensigtsmæssigheden i anvendelsen af et enhedsbegreb

Som det fremgår af ovennævnte, anvendes det civilretlige forbrugerbegreb i så forskellige situationer som ved fastsættelse af morarenter, køb af løsøre og formidling af køb og salg af fast ejendom.

Anvendelsen af et civilretligt *enhedsbegreb* og dermed det faktum, at man på forskellige situationer anvender det *samme kriterium* ved afgørelsen af, hvorvidt en aftalepart er beskyttelsesværdig, kan give anledning til overvejelser om hensigtsmæssigheden heraf. I forbindelse med en vurdering af ovennævnte kan inspiration findes i de offentlig- og procesretlige forbrugerbegreber. Inspiration kan ligeledes findes i de etiske retningslinier om etik i realkreditinstitutter, de etiske retningslinier i pengeinstitutternes rådgivning samt i Københavns Fondsbørs A/S' Børsetiske regler.

2.1. »Mindre erhvervsdrivende«

Baggrunden for ikke at lade mindre erhvervsdrivende være omfattet af samme beskyttelse som forbrugere er som nævnt ovenfor problemer med at finde et generelt holdbart, anvendeligt og tilstrækkeligt operationelt kriterium. Det skyldes således ikke, at man ikke i visse tilfælde anser den mindre erhvervsdrivende som beskyttelsesværdig.¹⁶ Anvendelsen af forbrugerbegrebet skyldes ligeledes, som det fremgår af ovennævnte, det ønskelige i, at der i befolkningen kan dannes en klar opfattelse af, i hvilke aftaleforhold de særlige beskyttelsesregler gælder.

Forbrugerretten er mere omfattende i dag, end da det civilretlige forbrugerbegreb oprindeligt blev fastlagt, og dækker som nævnt både køb af løsøre og fast ejendom. Forbrugerretten som en integreret offentlig- og civilretlig enhed, hvor dels normerne i et vist omfang er harmoniseret, dels samspillet mellem offentligretlige og civilretlige sanktioner i højere grad end tidligere er inddraget, er et godt eksempel

¹⁶ Købelovsudvalget har påpeget, at aftalelovens § 36 om tilsidesættelse af urimelige aftaler i de væsentligste vil kunne imødekomme behovet for beskyttelse af mindre erhvervsdrivende. Det fremgår af FT 1978/79, Tillæg A, sp. 2164, at justitsministeriet ville overveje, om der på anden måde kunne tilvejebringes en beskyttelse af de mindre erhvervsdrivende. I betragtning ville kunne komme initiativer af såvel offentlig- som civilretlig karakter.

Af bemærkningerne til kreditkøbsloven (FT 1981/82, Tillæg A, sp. 1666) fremgår det ligeledes, at en udvidet beskyttelse af de mindre erhvervsdrivende, som køber på kredit, må antages at kunne imødekommes ved anvendelse af aftalelovens § 36.

på forbrugerrettens udbredelse, omend det ikke vedrører forbrugerrettens civilretlige anvendelsesområde.¹⁷

Visse forbrugerlove, eksempelvis kreditaftaleloven, omfatter mht. bestemte bestemmelser både forbrugere og erhvervsdrivende, og kan kun fraviges ved aftale i relation til erhvervsdrivende. Om mindre erhvervsdrivende bør være omfattet af visse beskyttelsespræceptive bestemmelser - hvilket reelt medfører, at der i visse sammenhænge sker en *tilføjelse til det eksisterende begreb* og/eller en *indførelse af et differentieret civilretligt forbrugerbegreb* - kan imidlertid overvejes, idet disse kan fremstå som ukyndige i forhold til den erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv.

I vurderingen af, hvorvidt visse beskyttelsespræceptive bestemmelser bør omfatte mindre erhvervsdrivende, bør bl.a. indgå, i hvilket omfang det er *åbenbart/synligt* for den erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv, at der indgås en aftale med en mindre og ikke en større erhvervsdrivende. Der skal således ved fastlæggelsen af det afgørende kriterium tages højde for, at dette bliver tilstrækkeligt operationelt og anvendeligt. Det bør ligeledes indgå i vurderingen, om der er tale om en *standardydelse* eller en *ydelse, der er tilpasset* forbrugeren/den mindre erhvervsdrivende.

2.1.1. »Standardydelse«

Hensynet til den erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv, kan ved eksempelvis afsætning af en standardvare tale for anvendelsen af et (objektivt) enhedsbegreb. I forbindelse med eksempelvis fastlæggelse af morarente, salg af løsøre og uanmodet henvendelse om tegning af abonnement på tidsskrifter forekommer det hensigtsmæssigt, at der anvendes et objektivt enhedsbegreb, idet den erhvervsdrivende hverken i forbindelse med fastlæggelse af morarente eller afsætning af sit produkt vil tage udgangspunkt i kundens konkrete situation.

2.1.2. »Ikke-standardydelse«

I situationer hvor aftalen ikke vedrører en standardvare men eksempelvis rådgivning i forbindelse med etablering af en bankaftale eller salg af et bankprodukt, forekommer hensynet til den erhvervsdrivende - her en bank - mindre, idet det må formodes, at rådgivningen eller salget konkret tager udgangspunkt i kundens økonomiske situation. Det er således synligt for banken, at aftaleparten er en mindre erhvervsdrivende, der kan forekomme beskyttelsesværdig. Det skal i den forbindelse nævnes, at Bankernes etiske retningslinier for rådgivning,¹⁸ og

¹⁷ Eksempelvis svarer markedsføringslovens § 4 og § 9 til det civilretlige forbrugerbegreb. Forbrugerbegrebet i konkurrencelovens § 8 skal derimod forstås bredt, idet der ikke alene tænkes på den endelige forbruger, men tillige på mellemlid i distributionen. Lovens forbrugerbegreb er således videre end den almindelige forbrugerlovgivnings, jf. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 1, p. 94.

¹⁸ Retningslinierne er udarbejdet efter forhandling mellem Forbrugerombudsmanden, Finansrådet, Forbrugerrådet, Håndværksrådet og Konkurrenceseekretariatet. Retningslinierne præciserer,

Retningslinierne om etik i realkreditinstitutterne¹⁹ allerede omfatter mindre erhvervsdrivende.^{20 21}

En erhvervsdrivendes uanmodede henvendelse til en mindre erhvervsdrivende om tegning af forsikring, er ikke omfattet af forbrugeraftaleloven. Hensynet til den erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv, taler ikke for, at forholdet ikke bør være omfattet af loven, idet tegning af en forsikring bør tage udgangspunkt i kundens individuelle situation. Ved anvendelse af et udvidet begreb, der er tilstrækkeligt operationelt, vil det være synligt for den erhvervsdrivende, at den potentielle forsikringstager er en mindre erhvervsdrivende, der kan forekomme beskyttelsesværdig.²²

3.2. »Kriteriet«

En tilføjelse til det eksisterende og/eller en differentiering af forbrugerbegrebet i visse situationer, vil eventuelt kunne ske med baggrund i, at *den mindre erhvervsdrivende* ofte vil synes *ukyndig* på det pågældende område i forhold til den erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv.

Dispositioner, der er usædvanlige, ikke hyppigt forekommende, eller som står i mindre direkte forbindelse med den mindre erhvervsdrivendes virksomhed, vil ofte medføre, at den mindre erhvervsdrivende ikke vil have den ekspertise og viden, der ellers adskiller ham fra den ikke-erhvervsdrivende. Den mindre erhvervsdrivende vil således befinde sig i forbrugerens rolle. Eksempelvis vil en slagter, bager eller

hvad der er god rådgivning, og hvilke pligter pengeinstituttet har i en rådgivningssituation.

¹⁹ Efter forhandling mellem Forbrugerombudsmanden, Realkreditrådet, Forbrugerrådet, Dansk Handel og Service, Landbrugsrådet, Håndværksrådet, Finansforbundet, Finanstilsynet, Konkurrencesekretariatet og Økonomiministeriet er der udarbejdet retningslinier om etik i realkreditinstitutter.

²⁰ Efter retningslinierne om etik i realkreditinstitutterne er eksempelvis engagementets omfang, omstændighederne hvorunder aftalen er indgået, samt hvorvidt låntager står for den daglige ledelse af virksomheden vejledende for, om der er tale om mindre erhvervsdrivende. Afgrænsningen af anvendelsesområdet er ikke helt præcis. Der er ikke skønnet at være behov for en nærmere afgrænsning, idet samme principper i vidt omfang finder anvendelse over for andre erhvervsdrivende låntagere.

²¹ De etiske retningslinier er ikke formelt bindende, men handlinger i strid hermed må i almindelighed forventes at blive betragtet som stridende mod god markedsføringsetik, jf. markedsføringsloven § 17, se tilhørende note i Karnov. I U1998.643 V »... finder landsretten det ikke godtgjort, at den vejledning, appellanten har modtaget, har opfyldt de krav, der må stilles i en sådan situation, jf. herved også pengeinstitutternes etiske regler«.

²² I U1997.511 Ø indgik en indehaver af en el-installationsvirksomhed efter telefonisk henvendelse til virksomheden fra et investeringsfirma personlig aftale om optionskøb. Landsretten tiltrådte, at henvendelsen var uanmodet og skete med henblik på straks eller senere at aftale køb af optioner til firmaet eller indehaveren personligt. Aftalen fandtes indgået med indehaveren som forbruger.

købmand i forbindelse med finansielle omlægninger eller i forbindelse med køb og salg af fast ejendom ikke være i besiddelse af en ekspertise, der medfører, at de kan betegnes som værende kyndige. De adskiller sig således ikke fra forbrugeren mht. dispositionen, der står i mindre direkte forbindelse med erhvervsvirksomheden.²³

Med baggrund i synbarhedskravet - det subjektive element i det civile retlige forbrugerbegreb, der udgik ved L 1994 1098 - kan tilføjelsen/differentieringen eksempelvis ske med udgangspunkt i, hvorvidt *den erhvervsdrivende vidste eller burde vide*, at den mindre erhvervsdrivende er ukyndig på det pågældende område i forhold til den erhvervsdrivende. Tilføjelsen/differentieringen vedrører forståelsen for problemstillingen og i mindre grad formålet med aftalen. I vurderingen af hvorvidt der er tale om en ukyndig og dermed beskyttelsesværdig, mindre erhvervsdrivende, kan, som nævnt ovenfor, indgå elementer som dispositionens art og karakter samt omfang og omstændighederne, hvorunder aftalen er indgået. Handler den mindre erhvervsdrivende som led i sit erhverv, men uden for sædvanligt forretningsområde, kan det således tale for, at vedkommende evt. kan fremstå som ukyndig på området.²⁴ Umiddelbart er kriteriet både anvendeligt og tilstrækkeligt operationelt, idet det kun vil skulle finde anvendelse i situationer, hvor den erhvervsdrivende vil have et vist kendskab til den mindre erhvervsdrivende.²⁵

Bestemmelserne i værdipapirhandelsloven § 5, stk. 3 og Københavns Fondsbørs A/S' Børsetiske regler om handlers udførelse (best execution) er eksempler på angivelser om, hvordan en virksomhed skal udøves med udgangspunkt i kundens situation. Af værdipapirhandelsloven § 5, stk. 3, nr. 1 fremgår det, at en værdipapirhandler skal udbede sig de oplysninger hos kunderne om deres finansielle stilling, investeringserfaring og målsætninger, som er relevante for gennemførelse af de ønskede tjenesteydelser. Københavns Fondsbørs A/S' Børsetiske regler om handlers

²³ Spørgsmålet om i hvilket omfang det er muligt at drage en parallel til videresalg, der ikke kan karakteriseres som erhvervsmæssigt, skal ikke besvares her men blot påpeges, se U1995.432 H.

Se desuden Jørgen Nørgaards kommentarer i U1995B.409: »Mellem den private anvendelse og den erhvervsmæssige er der en mellemzone. Det ikke-erhvervsmæssige og det erhvervsmæssige er derimod komplementære størrelser i relation til privatpersoner, og afgrænsningen må foretages ved at fastlægge den »positive« størrelse, dvs. hvad der er erhvervsmæssigt«.

²⁴ Ordlyden i forbrugerbegrebet, efter vedtagelsen af L 1098 1994, muliggør en ændret opfattelse af, i hvilket omfang mindre erhvervsdrivende, der handler som led i deres erhverv men uden for sædvanligt forretningsområde, skal være omfattet af visse beskyttelsespræceptive bestemmelser. Som nævnt ovenfor er dette dog ikke tilsigtet.

²⁵ Ved vurderingen kan faktiske elementer, der relaterer til virksomheden, eksempelvis antal ansatte, omsætning og om i hvilket omfang det er ejeren der står for den daglige ledelse af virksomheden, tilsvarende indikere ukyndighed på området. Omvendt bør eller kan elementer som en stor omsætning og mange ansatte indikere, at den erhvervsdrivende ikke er beskyttelsesværdig i samme omfang som forbrugere, idet det må antages, at virksomheden er i stand til at rekvirere passende sagkyndig bistand, se retningslinierne om etik i realkreditinstitutterne, foran i note 20.

udførelse (best execution) anfører, at kundens forhold er afgørende for, hvad der i den konkrete situation er best execution. Udgangspunktet er således ligeledes subjektivt, idet der tages udgangspunkt i kundens situation. Der skelnes ikke mellem professionelle og ikke-professionelle investorer.

I hvert fald hensynet til *den erhvervsdrivende*, der handler som led i sit erhverv, taler for anvendelsen af et kriterium, der ikke giver anledning til tvivlstilfælde. Den erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv, skal konkret kunne vurdere, hvorvidt aftaleparten er omfattet af beskyttelsespræceptive bestemmelser. Den erhvervsdrivendes vurdering af, om der er tale om en ukyndig og dermed beskyttelsesværdig kontrahent, og vilkårligheden i vurderingen bør imidlertid ikke give anledning til problemer, da tilføjelsen til forbrugerbegrebet kun skal omfatte andet end standardydelse. Anvendelsesområdet for et udvidet og/eller differentieret forbrugerbegreb bør bl.a. være afsætning af finansielle produkter, finansiell rådgivning og tegning af forsikring. Hensynet til *den mindre, beskyttelsesværdige erhvervsdrivende* taler for, at der i disse tilfælde anvendes et udvidet og/eller differentieret forbrugerbegreb.

3. Afslutning

Anvendelsen af ét forbrugerbegreb kan medføre uhensigtsmæssige situationer, hvor mindre, beskyttelsesværdige erhvervsdrivende ikke omfattes af beskyttelsespræceptive bestemmelser, såfremt de ved indgåelse af en aftale ikke hovedsagelig handler udenfor deres erhverv. En udvidelse af visse præceptivetsområder kan ske ved en tilføjelse til det eksisterende og/eller indførelsen af et differentieret civilretligt forbrugerbegreb, hvor det afgørende kriterium er den kontraherendes *kyndighed* på området.

Dette kriterium er umiddelbart *anvendeligt og tilstrækkeligt operationelt*, idet udvidelsen skal ske med udgangspunkt i, hvorvidt den mindre erhvervsdrivende er *kyndig, og fremtræder som sådan* i den konkrete situation, og dermed er beskyttelsesværdig.

Det skal i den forbindelse nævnes, at tilføjelsen til forbrugerbegrebet eller indførelsen af et differentieret forbrugerbegreb, vil være »branche-bestemt«, hvorfor den erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv, overvejende kun vil skulle operere med »et begreb«.

Et udvidet/differentieret civilretligt forbrugerbegreb vil umiddelbart ikke skabe usikkerhed for *forbrugeren* om, i hvilket omfang vedkommende er omfattet af beskyttelsespræceptive bestemmelser. Afslutningsvis skal det derfor nævnes, at hensynet til forbrugernes forståelse for problemstillingen forekommer mindre indlysende, idet det ikke vil påvirke forbrugerens retsstilling, om begrebet/visse bestemmelser i visse situationer udvides til også at omfatte mindre erhvervsdrivende.

Elforsyning

- mellem privat- og offentligretlig regulering

af

Bent Ole Gram Mortensen

Elforsyningssektoren i Danmark er som i det øvrige Europa midt i en liberaliseringsfase. Den danske elsektor har i gennem årtier været dels i privat og dels i kommunalt eje. Samtidig er der sket en regulering via en sektorlovgivning, der har afspejlet forskellige politiske hensyn bl.a. på områderne forsyningssikkerhed, miljøbeskyttelse samt forbrugerbeskyttelse - ydelser, der under ét kan karakteriseres ved begrebet »Public Service Obligations« (omtalt som PSO i det følgende).¹ Med liberaliseringen må dette reguleringsregime forventes at undergå betydelige ændringer for i al fald dele af sektoren. Det er artiklens målsætning ved en analyse af udvalgte hidtidige og påtænkte dele af sektorlovgivningen at afdække det reguleringsmæssige krydsfelt mellem privatretten og den offentlige ret, som det kommer til udtryk inden for elforsyningsområdet.

Baggrund for reformarbejdet

Der foregår for tiden et reformarbejde på elområdet med henblik på at tilpasse reguleringsregimet til mere markedsøkonomiske forhold. Presset mod en markedsåbning er kommet dels fra Kommissionen,² der har ønsket at inddrage el-, naturgas- og teleområdet under det indre marked, og dels fra enkelte medlemslande der enten har ønsket en elliberalisering på fællesskabsplan eller direkte er gået foran ved på nationalt plan selv at foretage en liberalisering.³ Grønbogen *Det indre Energimarked*⁴ fra 1988 resulterede i, at Kommissionen fik mandat til at arbejde for et indre energimarked og dermed at inddrage energi som en markedsreguleret vare.

¹ Se nærmere om PSO-begrebet i *Barry M. Mitnick: The Political Economy of Regulation*, New York 1980, Columbia University Press, s. 243ff og *Charles F. Phillips Jr.: The Economics of Regulation: Theory and Practice in the Transportation and Public Utility Industries*, Homewood, 1965, s. 80-83. Se specielt afsnittet »Obligations«, s. 81f.

² Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber eller Europa-Kommissionen vil i det følgende blive omtalt som Kommissionen.

³ Der er på elforsyningsområdet sket liberaliseringer i Finland, Storbritannien og Sverige samt i EØS-landet Norge, der gennem EØS-aftalen (Aftalen om Det europæiske, økonomiske Samarbejdsområde af 02.05.1992) er en del af det indre marked for bl.a. elektricitet.

⁴ KOM(88) 238 endelig udg. af 03.06.1988: *Det indre Energimarked*.

Dette kan ses som en naturlig følge af, at skabelsen af det indre marked i 1986 blev indføjet i EF-traktaten.

Processen er på fællesskabsplan foreløbigt kulmineret med vedtagelsen af Europa-Parlamentets og Rådets⁵ direktiv 96/92/EF af 19.12.1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (i det følgende omtalt som eldirektivet). Eldirektivet pålægger medlemsstaterne med implementeringsfrist per 19.02.1999 at gøre det muligt for en nærmere beskrevet del af aktørerne at handle frit på elmarkedet. Elmarkedet har hidtil i de fleste europæiske lande været begrænset af det naturlige monopol.⁶ Direktivet giver imidlertid medlemsstaterne temmelig vide rammer med hensyn til varettagelse af en række offentlige hensyn herunder miljøbeskyttelse og forsyningsikkerhed. Ligeledes beskæftiger direktivet sig kun i begrænset omfang med prisregulering og slet ikke med ejerforhold. Danmark har ved lov nr. 486 af 12.06.1996 om ændring af lov om elforsyning tilpasset sig de fleste af direktivets krav.

Med henblik på illustration af forholdet mellem privat og offentlig ret vil følgende elementer blive gennemgået nedenfor:

- Prissætningsprincipper
- Struktur/ejerskab
- Systemansvar
- Kvoter
- Grønt elmarked

Prissætningsprincipper

Mens dansk elforsyning som hovedregel (uafhængige producenters adgang til transit- og distributionsnettet) har været baseret på hvile-i-sig-selv princippet,⁷ er tariffen for tredjepartsadgang efter den nugældende elforsyningslov et aftaleretligt

⁵ Rådet for Den Europæiske Union vil i det følgende blive omtalt som Rådet.

⁶ Begrebet naturligt monopol har sammenhæng med de tekniske forudsætninger (eksistensen af et netværk), der kræves, for at ydelserne kan leveres. På en række områder er udgifterne til den nødvendige infrastruktur af en sådan størrelse, at det omkostningsmæssigt kun er rentabelt at have ét netværk, gennem hvilket opgaven kan udføres. Disse områder betegnes sædvanligvis som naturlige monopoler. Se *Finansministeriet: Offentlig eller privat?*, Rapport om privatisering og markedsstyring af offentlige aktiviteter, april 1990, s. 13. Elforsyningssektoren antages at udgøre et sådant naturligt monopol. Se således *Jens Fejø: EU-konkurrenceret*, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, s. 391. Begrebet knytter sig til økonomisk teori. Et naturligt monopol skal derfor ikke nødvendigvis i konkurrenceretlig henseende forstås som et monopol.

⁷ Om hvile-i-sig-selv princippet, se *Birgitte Egelund Olsen: Hvile-i-sig-selv princippet - en miljøretlig analyse af affalds- og elforsyningsområdet*, Ph.D.-afhandling, Aarhus Universitet, januar 1999 og *Bent Ole Gram Mortensen: Elforsyning - Afvejning af hensyn til en sektor på vej mod det indre marked*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 239ff.

spørgsmål. Det fremgår dog af lovens forarbejder,⁸ at tariffen som et minimum skal dække de nødvendige udgifter, der er forbundet med formidling af elektriciteten. Dette er gentaget i bekendtgørelse nr. 231 af 21.04.1998 om adgang til elforsyningsnettet m.v. § 15. Dermed er der indført en minimumstarif for tredjepartsadgang. En maksimumstarif er ikke indført. I øvrigt anfører bekendtgørelsens § 15, at tariffen skal være »rimelig, ikke-diskriminerende og gennemsigtig«. Der er ifølge forarbejderne intet til hinder for, at netejeren opnår et overskud. Lovens § 9d begrænser kun størrelsen af tariffen ved i stk. 4 at fastslå, at elforsyningsvirksomhederne ikke under forhandlingerne må »udnytte deres stilling på en måde, der medfører eller vil kunne medføre skadelige virkninger på konkurrencen«. I denne formulering ligger, at tariffen og øvrige betingelser ikke må være diskriminerende, og at der skal forhandles uden ubegrundet ophold.⁹ Bestemmelsen må imidlertid også sammenholdes med EF-traktatens forbud mod misbrug af dominerende stilling. En prisdifferentiering på netadgang vil formodentlig være i strid med det absolutte forbud i EF-traktatens artikel 86, litra c, medmindre prisforskellen er objektivt begrundet.¹⁰

Ud over selve tariffen for tredjepartsadgangen vil der for den virksomhed, der ønsker at købe elektricitet uden om den lokale eldistributionsvirksomhed, skulle betales et beløb for frigørelse for de forpligtelser, der er nævnt i elforsyningslovens § 9e. Betalingen herfor må efter elforsyningslovens § 9f, stk. 6 ikke være urimelig over for de øvrige forbrugere. Dette må forstås som et krav om, at betalingen for frigørelsen som minimum skal dække de dermed forbundne udgifter. Der er ikke i lovforslaget indlagt et udtrykkeligt rimelighedskrav i forhold til den forbruger, der ønsker at frigøre sig for forpligtelsen. Bekendtgørelse nr. 231 af 21.04.1998 om adgang til elforsyningsnettet gentager i § 23, stk. 5 blot rimelighedskravet over for de øvrige forbrugere. I forbindelse med lovbestemmelsens behandling forud for vedtagelsen skete der en uddybning af, hvilke udgifter der kan indgå i tariffen:

- I henhold til elforsyningslovens § 9c, stk. 1, nr. 3, litra b er elforsyningsvirksomhederne pligtige bl.a. at anlægge særligt miljøvenlige produktionsanlæg (decentral kraftvarme- og produktionsanlæg, der anvender fornyelige brændsler eller vedvarende energi). Ligeledes er elforsyningsvirksomhederne pligtige at aftage elektricitet fra visse produktionsformer - ligeledes decentral kraftvarme-

⁸ Bemærkningerne til lovforslag L 239 af 16.04.1996, s. 7. Bemærkningerne henviser dog til elforsyningslovens § 9, stk. 2, der kræver Elprisudvalgets godkendelse ved indregning af overskud. Som følge heraf vil en netejer nok kunne optjene men ikke kunne opsamle et overskud indvundet på tredjepartsadgang uden Elprisudvalgets godkendelse.

⁹ Bemærkningerne til lovforslag L 239 af 16.04.1996, s. 13.

¹⁰ *Bent Ole Gram Mortensen*: Elforsyning - Afvejning af hensyn til en sektor på vej mod det indre marked, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 98f. I Eltras anmeldelse af transmissionstariffer er der da heller ikke lagt op til en sådan tarifering. Se herom i Elprisudvalgets afgørelse af 02.02.1998 i sagen Eltra - transmissionstariffer og tarifering af udlandsforbindelser, j.nr. 2:4-733.

og produktionsanlæg, der anvender fornyelige brændsler eller vedvarende energi. Udgifter hertil vil tillige kunne indregnes i tariffen for tredjepartsadgang.¹¹ Bekendtgørelse nr. 231 af 21.04.1998 om adgang til elforsyningsnettet § 21, stk. 1 pålægger endvidere den systemansvarlige virksomhed at sikre, at der udføres sådanne ikke-kommercielle forsknings- og udviklingsprojekter, som er nødvendige for udbygningen med miljøvenlige elproduktionsanlæg. Udgifterne hertil kan efter bestemmelsens stk. 3 pålægges samtlige forbrugere og dermed indgå i tariffen.

- Udgifter til anvendelse af naturgas på centrale kraft(varme)værker kan ikke indregnes i tariffen for tredjepartsadgang. Naturgas må antages at være et konkurrencedygtigt brændsel.¹²
- Energirådgivning til slutbrugerne er ikke en offentlig forpligtelse i den forstand, at elforsyningsloven ikke indeholder hjemmel til at pålægge elforsyningsvirksomheder at udføre denne opgave.¹³ Dermed kan udgifter hertil ikke indregnes i tariffen for tredjepartsadgang. Miljø- og energiministeren har dog udtalt til Folketingets Energipolitiske Udvalg, at en eldistributionsvirksomhed i tariffen for tredjepartsadgang bl.a. kan indregne udgifter til energirådgivningsaktiviteter, der kommer forbrugerne generelt til gode.¹⁴ Hvorvidt ministerens forståelse er forenelig med lovtæksten må anses for tvivlsomt. I givet fald må der formodentlig stilles strenge krav til, at det også kommer den virksomhed, der ønsker tredjepartsadgang, til gode.

I den opgørelse af udgifter, der skal finde sted efter elforsyningslovens § 9f, stk. 3, må såvel indtægter som udgifter indgå.¹⁵ Har elforsyningsvirksomheden indtægter ved varetagelse af en offentlig forpligtelse, bør denne via tariffen for tredjepartsadgang komme den virksomhed, der ønsker tredjepartsadgang, til gode. Dette kan give anledning til tvivl. Er anlæg og drift af en vindmøllepark f.eks. udtryk for

¹¹ Se herom i miljø- og energiministerens svar på spørgsmål nr. 3 fra Folketingets Energipolitiske Udvalg i forbindelse med behandlingen af lovforslaget L 239 af 16.04.1996, Forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning.

¹² Se herom i miljø- og energiministerens svar på spørgsmål nr. 16 fra Folketingets Energipolitiske Udvalg i forbindelse med behandlingen af lovforslaget L 239 af 16.04.1996, Forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning.

¹³ Se herom i miljø- og energiministerens svar på spørgsmål nr. 16 fra Folketingets Energipolitiske Udvalg i forbindelse med behandlingen af lovforslaget L 239 af 16.04.1996, Forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning.

¹⁴ Se herom i miljø- og energiministerens svar på spørgsmål nr. 87 fra Folketingets Energipolitiske Udvalg i forbindelse med behandlingen af lovforslaget L 239 af 16.04.1996, Forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning.

¹⁵ Se herom i miljø- og energiministerens svar på spørgsmål nr. 62 fra Folketingets Energipolitiske Udvalg i forbindelse med behandlingen af lovforslaget L 239 af 16.04.1996, Forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning.

varetagelse af en offentlig forpligtelse? Det kan det være, jf. elforsyningslovens § 9e, stk. 1, nr. 3, litra b. Det kan dog tillige være udtryk for en driftsøkonomisk beslutning. I sidstnævnte tilfælde falder dispositionen ind under virksomhedens privatretlige råderet, og et eventuelt overskud skal ikke medregnes ved beregningen af tariffen for tredjepartsadgang. Bevisbyrden for, at en aktivitet, der efter elforsyningslovens § 9e er at betragte som en offentlig forpligtelse, ikke skal betragtes som varetagelse af en offentlig forpligtelse, må dog påhvile elforsyningsvirksomheden. Der må være en formodning for, at en aktivitet omfattet af elforsyningslovens § 9e er udtryk for varetagelse af en offentlig forpligtelse. Elprisudvalget har i et enkelt tilfælde taget stilling til opgørelse af PSO-udgifter i forbindelse med netadgang. Sagen vedrørte Eltra, der den 25.11.1997 havde anmeldt tariffer for offentlige forpligtelser.¹⁶ I beregningen af PSO-udgifter havde Eltra efter ønske fra ELSAM¹⁷ ikke medregnet de elværksejede vindmøller, ligesom de påregnede omkostninger ved de centrale kraftvarmeværkers elleverancer heller ikke indgik. Elprisudvalget tog de anmeldte tariffer til efterretning, men tog med henvisning til den på daværende tidspunkt manglende bekendtgørelse forbehold som følge af regler fastsat heri.

Der synes at være modstrid mellem det udgangspunkt, at størrelsen af tariffen er et aftalespørgsmål, og det forhold, at der samtidig opereres med en offentligretlig fastsat minimumspris og gives retningslinier for, hvilke udgifter der kan indgå i tariffastsættelsen. Konkret vil det formodentlig medføre, at netejer altid vil indregne ovenstående udgifter. En sådan fastsættelse vil ikke kunne kendes urimelig af Elprisudvalget. Reelt vil det eneste forhandlingsspørgsmål blive størrelsen af profitelementet. Med bestemmelserne om, hvilke offentlige forpligtelser, der kan indregnes i tariffen på tredjepartsadgang, har lovgiver givet udtryk for, hvilke kriterier konkurrencemyndighederne kan tillægge vægt ved afgørelsen af, om en given tarif eventuelt er udtryk for et misbrug af dominerende stilling eller en urimelig pris efter elforsyningslovens § 9a. Som sådan ville det ellers være overflødigt at angive, hvad der kan indregnes i prisen på tredjepartsadgang, da denne dels ikke er underlagt hvile-i-sig-selv princippet (som det kommer til udtryk i elforsyningsloven) og dels skal ske på kommercielle vilkår. Udgangspunktet med en privatretlig aftale om tariffen på tredjepartsadgang problematiseres af det forhold, at netejer er i besiddelse af et naturligt monopol eller i konkurrencemæssig

¹⁶ Elprisudvalgets afgørelse af 02.02.1998 i sagen Eltra – opgørelse af offentlige forpligtelser, j.nr. 2:4-733. Ved samme lejlighed blev der bl.a. truffet afgørelse om tarifiering af 400kV-nettet og udlandsforbindelserne. Se herom Elprisudvalgets afgørelse af 02.02.1998 i sagen Eltra – organisatorisk opbygning af systemansvaret, j.nr. 2:4-733. I/S Eltra er den systemansvarlige virksomhed vest for Storebælt.

¹⁷ ELSAM I/S er produktionssamarbejdet vest for Storebælt. Oprindelig var systemansvaret også placeret i ELSAM. Der er ikke i afgørelsen redegjort for, hvorfor ELSAM ikke ønskede at medregne de elværksejede vindmøller.

terminologi en essential facility.¹⁸ En interviewundersøgelse med direktører for eldistributionsvirksomheder har åbenbart, at disse har en forventning om, at nettransportindtægterne vil sikre et uændret dækningsbidrag, uanset at distributionsvirksomhederne eventuelt vil miste kunder til andre elleverandører.¹⁹

Struktur/ejerskab

Elforsyningssektoren er for halvparters vedkommende organiseret som kommunale virksomheder. De øvrige er organiseret i privatretlige former - fortrinsvis forbrugerejede andelsselskaber.²⁰

Distributionsvirksomhederne er overvejende organiseret som kommunale virksomheder eller som private forbrugerejede andelsselskaber. Syvogfyrre distributionsvirksomheder er organiseret som kommunale virksomheder, og enogfyrre er andelsselskaber. To af andelsselskaberne er præget af kommunal indflydelse. Heraf er to kommunale virksomheder og et andelsselskab både produktions- og distributionsvirksomhed. Af andre former for virksomheder findes elleve distributionsvirksomheder organiseret som selvejende institutioner²¹ og en distributionsvirksomhed organiseret som et interessentskab. Der findes kun to distributionsvirksomheder, der er organiseret i aktieselskabsform.²² Transmissions-

¹⁸ Begrebet *essential facility* stammer fra amerikansk antitrust lovgivning og blev introduceret i en Supreme Court afgørelse. Se herom i *Daniel Glasl: Draft Council Directive concerning licences to railway undertakings: A Contribution to the Current Debate*, European Competition Law Review, 1994, s. 307. Begrebet kendetegner indretninger, der dels kontrolleres af en enkelt udbyder, dels ikke kan erstattes af andre løsninger og dels er af samfundsmæssig betydning, se *Jens Fejø: Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer*, Jura- og Økonomiforbundets Forlag, 1997, s. 156f og Konkurrencestyrelsen: *Konkurrenceredegørelsen*, 1997, s. 90ff. Konkurrencestyrelsen benytter udtrykket *væsentlige faciliteter*. For en kort gennemgang af begrebet i forhold til tredjepartsadgang og en afvisning af dets direkte anvendelighed på fællesskabsplan se *Friedrich von Burchard og Lutz Eckert: Natural Gas and EU Energy Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, s. 102ff.

¹⁹ *Michael Moesgaard Andersen, Martin Christensen og Bo Danielsen: Rapport om sammenhængen mellem regulering og organisation af distributionsselskaberne i forhold til deres varetagelse af forbrugerinteresser*, udarbejdet af Andersen Management International A/S for Energistyrelsen, maj 1997, s. 45.

²⁰ For en indføring i den nuværende struktur i sektoren se *Bent Ole Gram Mortensen: Elforsyning - Afvejning af hensyn til en sektor på vej mod det indre marked*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 1998, s. 167ff. Der foregår p.t. overvejelser om strukturændringer såvel på regeringsplan som i sektoren selv.

²¹ I to af de selvejende institutioner har kommunen den bestemmende indflydelse.

²² NES A/S er landets største eldistributionsvirksomhed. Ca. 1/6 af det nationale elsalg forestås af NES A/S. Den bestemmende indflydelse i selskabet ligger i kommunalt regi. I Kolding er elforsyningen også organiseret i et A/S, der dog sammen med to andre forsyningsaktieselskaber (gas og vand) er ejet af en selvejende institution. Se om organisationsformerne i Danske Elværkers Forening: *Elsektorens organisation. Redegørelse for mulighederne for at sikre*

selskaberne er organiseret som henholdsvis et aktieselskab (SEAS Transmission A/S), et interessentskab (I/S Eltra) og et andelsselskab (ELKRAFT, der også er et kraftværkssamarbejde). Kraftværksselskaberne er hovedsageligt organiseret som interessentskaber. Sønderjyllands Højspændingsværk er dog et andelsselskab.²³

Konflikten mellem den privatretlige og den offentligretlige sfære har især givet sig udtryk ved anvendelse af aktieselskabsformen i det tidligere SEAS A/S og det nuværende NESA A/S.

SEAS-sagen, UfR 1997.1358, angik omdannelsen af det tidligere elforsynings-selskab SEAS A/S fra et aktieselskab til et forbrugerejet andelsselskab. Omdannelsen blev aktuel i forbindelse med et forsøg på opkøb af aktierne (såkaldt fjendtlig overtagelse). SEAS A/S og Den Danske Bank A/S købte til sidst aktierne af pågældende fjendtlige investor til kurs 850. Efter en række opkøb til fordel for det med henblik på omdannelsen til andelsselskab oprettede Seas Energi a.m.b.a. og SEAS Holding ApS blev der iværksat tvangsindløsningsprocedure af aktierne i SEAS A/S efter aktieselskabslovens regler til kurs 430. Lovligheden heraf blev ved en retssag bestridt af en af de tvangsindløste aktionærer. Sagsøgers indsigelser var begrundet i selskabsretlige anbringender (især aktieselskabslovens § 63 og § 115, stk. 2). Højesteret indledte med følgende bemærkning:

»Ved rettens stillingtagen til disse anbringender må det indgå i vurderingen, at bestræbelserne på at omdanne SEAS fra et aktieselskab til et forbrugerejet andelsselskab skete med henblik på at imødegå den konstaterede risiko for spekulative aktiekøb i selskabet til skade for de overordnede formål bag elforsyningsloven - formål, som bl.a. har fundet udtryk i lovens bestemmelser om bevilling, forsyningspligt, tilsyn og prisfastsættelse.«

Dermed synes Højesteret tydelig at tilkendegive, at en bestyrelse i et privatretlig selskab ikke kun skal kunne varetage ejernes interesser, således som det kommer til udtryk i aktieselskabsloven, men tillige kan varetage en række offentlige interesser. Dommen skal måske ses på baggrund af, at den investor, der havde forsøgt en fjendtlig overtagelse, havde tilkendegivet at ville realisere SEAS A/S aktiver og ikke søge fornyet bevilling til elproduktion. Dommen viser afvejningen mellem den selskabsretlige regulering og den offentligretlige sektorregulering på området.

Et produktions-selskab organiseret i form af et A.m.b.A. eller et I/S kan på en generalforsamling i princippet godkende salg af produktionsmidlerne og opløse selskabet. Er der ikke i vedtægterne indføjet bestemmelser om, at der ikke kan ske udlodning til ejerne, kan det umiddelbart ske på privatretligt grundlag. Ligeledes

forbrugerejet i danske elselskaber, København 1996, s. 20f. Der foregår for tiden en række fusioner, ligesom en række selskaber er ved at blive omdannet til aktieselskaber. De opgivne tal vil derfor ændre sig hurtigt.

²³ Der findes tillige et vandkraftværk (Gudenåcentralen), der er organiseret som andelsselskab. For en oversigt over elsektorens valg af selskabsform, se Danske Elværkers Forening: *Elsektorens organisation. Redegørelse for mulighederne for at sikre forbrugerejet i danske elselskaber*, København 1996, s. 20f.

kan en kommune sælge ud af sine aktiver eller andele i kraftværker. Udenlandske erfaringer har vist, at kommuner og amtskommuner har en økonomisk interesse i at sælge andele af distributionsvirksomheder. Frederiksborg Amt nåede at sælge sin aktiepost i NESA A/S til svenske Vattenfall, inden NESA-loven trådte i kraft. Regeringen anser salg af især distributionsvirksomheder til private interesser for uheldigt, dels fordi det bryder med regeringens målsætning om en forbrugerejet sektor, og dels fordi en privatretlig monopolsituation dermed kan afløse den hidtidige ordning med bindinger i kraft af det naturlige monopol. NESA-loven (nr. 189 af 12.03.1997 om ændring af lov om elforsyning og lov om kommunal udligning og generelle tilskud til kommuner og amtskommuner) indebærer, at et provenu ved salg af kommunale elforsyningsvirksomheder eller dele heraf skal fratrækkes det kommunale bloktilskud. Loven blev til på baggrund af en tilkendegivelse fra Gentofte Kommune om, at kommunen ville sælge sin aktiepost i NESA A/S.²⁴

Lovens konsekvens har været, at Gentofte Kommune og andre kommuner, der ejer elforsyningsvirksomheder, har indstillet deres overvejelser. Dermed har loven de facto medvirket til at opretholde det såkaldte forbrugereje i dansk elforsyning.

Det er kun kommunale ejere af elforsyningsvirksomheder, som loven er adresseret til. Intet hindrer andre ejere af aktier eller andele af elforsyningsvirksomheder i at sælge disse. Som ovenfor anført er andelsselskaber den selskabsform, der næst efter kommunale virksomheder er bedst repræsenteret i dansk elforsyning. Der eksisterer ingen offentligretlige bestemmelser, der hindrer et andelsselskab i at sælge selve virksomheden, opløse sig selv og dele overskuddet mellem andelshaverne. At et andelsselskab skulle sælge eldistributionsvirksomheden, er dog mindre sandsynligt, end at en kommune skulle gøre det samme. Dels er det formodentlig lettere at skaffe flertal for noget sådant i en kommunalbestyrelse end på en generalforsamling, hvor opløsning typisk vil kræve et særligt kvalificeret flertal, og dels følger mange andelsselskaber standardvedtægterne for andelsselskaber. Efter disses § 17, stk. 3, 2. alternativ bestemmes, at et eventuelt overskud ved selskabets opløsning indbetales til det selskab, der viderefører elforsyningen.²⁵ Den enkelte andelshaver har dermed ikke udsigt til en kontant gevinst ved salg af elforsyningsvirksomheden. Anvendelse af bestemmelsen skyldes ønsket om at opnå fuld skattefrihed efter selskabsskattelovens § 3.

Lov nr. 189 af 12.03.1997 kan siges at være en logisk konsekvens af det kommunalretlige hvile-i-sig-selv princip. Kommunen vil ved et salg rent faktisk tjene på elforsyningsvirksomheden, hvorved provenuet kan benyttes til at nedbringe beskattningen. Elforsyningslovens hvile-i-sig-selv princip medfører, at kommunen vil være afskåret fra frit at kunne disponere over den del af salgssummen, der er oparbejdet efter elforsyningslovens ikrafttræden. Den del skal tilbageføres til

²⁴ Se herom i Det Energipolitiske Udvalg: *Betænkning af 06.02.1997 over forslag til lov om ændring af lov om elforsyning og lov om kommunal udligning og generelle tilskud til kommuner og amtskommuner*, s. 9f.

²⁵ Danske Elværkers Forening: *Betænkning vedrørende vedtægter for andelsselskaber*, 1997, s. 50.

elforbrugerne. Den del af salgssummen, der er oparbejdet før elforsyningslovens ikrafttræden, kan kommunen anvende under ansvar over for de kommunale tilsynsmyndigheder. Det følger af Konkurrenceankenævnets kendelse af 20.02.1996 i sagen 95-93.968, Elforsyning Sønderjylland Syd og Sønderborg Kommune mod Elprisudvalget.

Baggrunden var, at Sønderborg Kommune og Elforsyning Sønderjylland Syd i forbindelse med en fusion havde aftalt, at sidstnævnte skulle købe kommunens andel af Sønderjyllands Højspændingsværk. Kommunen ville bruge provenuet herfor (15,7 mio. DKK) til at indfri en mellemregningskonto med de kommunale værker. Elprisudvalget traf afgørelse om, at hele provenuet skulle tilbageføres til forbrugerne, da dette var indbetalt af disse. Konkurrenceankenævnet antog med henvisning til elforsyningslovens bestemmelser, at den andel af Sønderjyllands Højspændingsværk, der blev oparbejdet efter elforsyningslovens ikrafttræden, skulle tilbageføres til forbrugerne. Den resterende andel var Elprisudvalget ikke efter elforsyningsloven blevet tillagt kompetence til at træffe bestemmelse over, og som følge heraf kunne kommunen under ansvar frit disponere over midlerne, herunder anvende dem til at nedbringe kommunens gæld til de kommunale værker.²⁶

De kommunale tilsynsmyndigheder påser netop overholdelse af det kommunale hvile-i-sig-selv princip. Det er dog vigtigt at gøre sig klart, at princippet i realiteten er et byrdefordelingsprincip. Det forhold, at en kommune sælger en elforsyningsvirksomhed, medfører ikke umiddelbart nogen ændring i den pris, som forbrugerne skal betale for elleverancer. Markedsprisen på en elforsyningsvirksomhed er i princippet også delvis uafhængig af, hvilken indre værdi selskabet måtte have. Købers forventninger til fremtiden og i elforsyningssektoren især ønsket om strategiske investeringer spiller i høj grad ind på markedsprisen. Kommunen kan siges at have optrådt som en privatretlig investor og må derfor som udgang være berettiget til at anvende provenuet som ethvert andet afkast af en kapitalinvestering. Loven kan derfor ikke siges at være en konsekvens af det offentlige hvile-i-sig-selv princip. Ikke desto mindre har loven begrænset kommunernes incitament til at udnytte den privatretlige råden over børsnoterede aktier. Loven virker dermed på linie med en omsættelighedsbegrænsende aftale.²⁷ Det offentligretlige tiltag påvirker dermed den privatretlige kursdannelse.

²⁶ Kendelsen vil næppe have rækkevidde for så vidt angår et salg af aktier. Aktieselskaber kan der investeres i som blotte pengeanbringelser. Elprisudvalget vil næppe kunne pålægge en privat investor en særlig anvendelse af provenuet. Almindelige lighedsgrundsætninger vil afskære Elprisudvalget fra at pålægge en kommune en særlig anvendelse af provenuet ved salg af aktier. Se herom i Kammeradvokatens skrivelse af 21.11.1996 til Energistyrelsen. Skrivelsen er optrykt i Det Enerkipolitiske Udvalg: *Betænkning af 06.02.1997 over forslag til lov om ændring af lov om elforsyning og lov om kommunal udligning og generelle tilskud til kommuner og amtskommuner*, s. 20-23.

²⁷ Om omsættelighedsbegrænsende aftaler, se *Nis Jul Clausen: Børsret. Oplysningsforpligtelse, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993*, s. 153ff.

Systemansvar

Systemansvaret har hidtil været en del af den vertikalt integrerede elsektor. I § 3a i elforsyningsloven som ændret ved lov nr. 486 af 12.06.1996 indførtes begrebet systemansvarlig i dansk elforsyning.²⁸ Funktionen er dog ikke ny. Ethvert elnetværk har behov for en form for operatør, således at spænding og frekvens kan opretholdes, og transmissionsforbindelser med udenlandske net kan drives. Det er således nu kraftværkssamarbejderne (vest for Storebælt Eltra), der varetager systemoperatøropgaverne på transmissionsnettet. Den systemansvarlige er med lovændringen underlagt et særskilt bevillingskrav og pålagt en række forpligtelser.

Efter § 9e, stk. 3 i elforsyningsloven skal den systemansvarlige virksomhed efter miljø- og energiministerens bestemmelse varetage nærmere angivne opgaver til opfyldelse af de hensyn, som alle elforsyningsvirksomheder efter elforsyningslovens § 9e, stk. 1 skal varetage (forsyningssikkerhed, forbrugerbeskyttelse og miljøbeskyttelse). Det er bl.a. den systemansvarliges opgave i praksis at sikre aftageforpligtelsens opfyldelse, jf. lovens § 9f, samt i forbindelse med forhandlinger om tredjepartsadgang at sikre ovennævnte forpligtelsers opretholdelse, jf. § 9d, stk. 5.

Lovens § 5, stk. 3 sikrer hjemmel til, at en systemansvarlig virksomhed mod betaling kan få rådighed over de transmissionsnet over 100 kV, som ejes af bevillingspligtige virksomheder. Det vil omfatte det overordnede transmissionsnet. De to eksisterende kraftværkssamarbejder var tiltænkt rollen som systemansvarlige virksomheder, indtil deres nugældende bevilling udløb.²⁹ Vest for Storebælt har elforsyningssektoren selv med oprettelsen af Eltra ændret på den forudsætning.³⁰ Det fremgår ikke af forarbejderne til lovbestemmelsen, hvor dette systemansvar herefter påtænkes placeret. Ud fra en konkurrencemæssig betragtning er det dog betænkeligt at tillægge en markedsaktør kompetence i forbindelse med udøvelse af offentlige forpligtelser. Den systemansvarliges udøvelse af offentligretlig kompetence i forbindelse med PSO og tredjepartsadgang giver mulighed for en

²⁸ Begrebet dækker over det, der i eldirektivet betegnes som systemoperatør.

²⁹ Se Lovforslag L 239 af 16.04.1996: Forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning, bemærkningerne s. 8.

³⁰ Vest for Storebælt har sektorens egen tilpasning til den kommende konkurrencesituation (oprettelsen af Eltra - se omtalen i *Bent Ole Gram Mortensen: Elforsyning - Afvejning af hensyn til en sektor på vej mod det indre marked*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, kapitel 9) allerede ændret på lovgivers forudsætninger. Eltra har anmeldt sin organisatoriske opbygning til Elprisudvalget bl.a. med henblik på at få fastslået, om der i Eltras organisatoriske opbygning er taget tilstrækkeligt hensyn til elforsyningslovens krav om kommerciel uafhængighed. Se Elprisudvalgets afgørelse af 02.02.1998 i sagen Eltra – organisatorisk opbygning af systemansvaret, j.nr. 2:4-733. Elprisudvalget tog den organisatoriske opbygning til efterretning, men tog forbehold for bestemmelser i den på daværende tidspunkt endnu ikke udfærdigede bekendtgørelse. Denne (bekendtgørelse nr. 231 af 21.04.1998) stiller krav om unbundling på fire områder: Ledelsesmæssigt, regnskabsmæssigt, data- og kommunikationsmæssigt for så vidt angår fremtræden over for offentligheden.

uheldig sammenblanding med aktørens egne privatretlige interesser med konkurrencefordrejning til følge.

De omkostninger, der opstår som følge af varetagelse af PSO, skal opgøres af den systemansvarlige virksomhed. Bestemmelser i elforsyningslovens § 9f, stk. 3 og 4 indfører en ordning, hvorefter de samlede udgifter til PSO via den systemansvarlige fordeles forholdsmæssigt på alle indenlandske slutbrugere.³¹ Det forhold, at slutbrugerne således skal betale for miljøbeskyttelse, må anses for at være i overensstemmelse med det offentligretlige forurenere betaler-princippet. Dermed lovfæstes et princip, der på frivilligt grundlag har været praktiseret inden for den integrerede elforsyningsstruktur. Her er en række PSO-udgifter blevet samlet i puljer i kraftværkssamarbejderne.³² Denne fordeling vil påvirke de enkelte elforsyningsvirksomheders incitament til at afholde udgifter til PSO. Når udgifterne ikke kun belaster egne kunder, men alle indenlandske slutbrugere forholdsmæssigt, vil der ikke være grund til at undgå disse udgifter. Ordningen er således med til at varetage forsynings-sikkerheds- og miljømæssige hensyn. Især i et liberaliseret elmarked, hvor de enkelte aktører må forventes at blive mere omkostningsbevidste, vil denne fordelingsmåde være virksom til opretholdelse af sektorens egen indsats. Ud fra et konkurrencemæssigt hensyn må ordningen dog siges at være betænkelig. Der er skabt en situation, hvor tariffen for tredjepartsadgang indeholder et fast priselement til dækning af udgifter til miljøbeskyttelse og opretholdelse af forsyningsikkerhed. Preiselementet vil blive videreført til forbrugerne uden mulighed for konkurrence på størrelsen heraf.

Kvoter

Anvendelse af kvoter for emission af miljøskadelige stoffer er egentlig udtryk for et planøkonomisk miljøreguleringstiltag. Med henblik på tilpasning til et liberaliseret elmarked kan det anses for hensigtsmæssigt at erstatte kvoteanvendelsen med et mere markedsbaseret system. Kvotesystemet har imidlertid den fordel for regulator, at det giver sikkerhed for størrelsen af den maksimale emission. For at kunne bevare denne fordel, er det intentionen at gøre kvotesystemet markedsbaseret ved at gøre kvoterne omsættelige. Kvoterne tillægges offentligretligt ved en forvaltningsakt, men med omsætteligheden opnår adressaten en vis ejermæssig råderet over den tillagte kvote, hvorved denne falder ind under den privatretlige sfære.

Danmark har i en årrække anvendt kvoter for så vidt angår SO₂, og NO_x-emissioner. Elforsyningsvirksomheder, der er underlagt krav om bevilling efter elforsyningsloven, er således underlagt et kvotesystem om begrænsning af udledning af svovldioxid og kvælstofoxider fra kraftværker. Bestemmelserne findes

³¹ De nærmere regler findes nu i kapitel 9 i bekendtgørelse nr. 231 af 21.04.1998 om adgang til elforsyningsnettet m.v.

³² Se Lovforslag L 239 af 16.04.1996: Forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning, bemærkningerne s. 7.

i bekendtgørelse nr. 885 af 18.12.1991 om begrænsning af udledning af svovldioxid og kvælstofoxider fra kraftværker.³³ Elforsyningsvirksomhederne skal ifølge bekendtgørelsen for deres produktionsanlæg med en kapacitet på over 25 MW indsende en fælles redegørelse »indeholdende de oplysninger, der er nødvendige til vurdering af den fremtidige udvikling i den samlede udledning af svovldioxid og kvælstofoxider...«. Kvoterne er ikke pålagt det enkelte kraftværk, men dansk elforsyning som sådan.³⁴ Derved gives den samlede elforsyningssektor mulighed for at placere investeringerne i røgrænsningsanlæg ud fra en samlet økonomisk overvejelse på et aftaleretligt grundlag.

Der er to åbenbare fordele ved dette kvotesystem. For det første kan branchen selv ud fra økonomiske overvejelser beslutte, hvorledes man konkret vil overholde kvoten. Dette burde alt andet lige gøre den konkrete emissionsbegrænsning så omkostningseffektiv som mulig under de til enhver tid værende forudsætninger. For det andet er myndighederne som anført ovenfor på forhånd sikret en bestemt maksimumemission fra elsektoren. Dette forbedrer myndighedernes mulighed for at sikre en overholdelse af de emissionsbegrænsningsforpligtelser, som Danmark i international sammenhæng har ladet sig underlægge. Kvotesystemet indebærer imidlertid også problemer i forbindelse med indførelsen af en markedsbaseret elsektor. Kvotesystemet fordrer en adressat. Denne har indtil nu eksisteret i form af de to kraftværkssamarbejder (ELKRAFT og ELSAM). I takt med at uafhængige producenter i det liberaliserede marked vinder markedsandele, vil kraftværkssamarbejderne få vanskeligere ved at stå som garant for kvoternes overholdelse. Fjernes kraftværkssamarbejdernes rolle som lastfordeler, eller udhules denne i kraft af et øget antal mindre producenter, der leverer til nettet, vil disse stå uden reel mulighed for at styre den samlede udledning. Dermed forsvinder muligheder for at benytte branchen som adressat. Kvotesystemet for SO₂ og NO_x har dermed mest af alt form af et offentligretligt instrument, der forudsætter en tilnærmelsesvis de facto monopolsituation.

På det »nye« reguleringsområde - CO₂-emissioner - planlægges der en egentlig omsættelighed af kvoterne, der harmonerer bedre med en ikke-monopolsituation. I stedet for at anvende den samlede branche som adressat for en offentligretlig forvaltningsakt tildeles nu hver enkelt aktør en kvote via en tilladelse. Tilladelsen gøres omsættelig, således at elforsyningsvirksomhederne på samme måde som med SO₂- og NO_x-kvoterne på privatretligt grundlag kan foretage en omfordeling ud fra virksomhedsøkonomiske hensyn.

Grønt elmarked

Statsstøtte kombineret med en købsforpligtelse har tidligere været blandt midlerne til at fremme anvendelsen af kraftvarme samt vedvarende og fornybare energikilder.

³³ Bekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i miljøbeskyttelseslovens § 7.

³⁴ Den seneste kvoteafgørelse findes i Energistyrelsens kvoteafgørelse af 16.07.1998 i henhold til bekendtgørelsen om begrænsning af udledning af svovldioxid og kvælstofoxider fra kraftværker.

Ordnningen er blevet økonomisk indbringende for bl.a. vindmølleejere og ejere af jord udpeget til vindmøllebyggeri. Ny teknologi har ofte brug for en art kuvøse for at blive etableret. Med etableringen af et såkaldt grønt marked (el produceret på særlige miljøvenlige måder) synes politikkerne at mene, at de vedvarende energiproducenter i højere grad skal stå på egne ben. Købsforpligtelsen for elektricitet produceret på basis af vedvarende energi fastholdes men nu for en forholdsmæssig og over tid stigende andel af forbruget.

Den offentligretlige kompetence til at fastsætte den købspligtige andels størrelse indebærer et effektivt instrument til at regulere efterspørgslen. Samtidig kan en del af støtten overføres fra statskassen til forbrugerne. Ulempen er, at den købspligtige andel begrænser slutbrugerens mulighed for privatretligt at placere deres elindkøb.

For tiden arbejdes der i Kommissionen med et direktiv om et indre marked for grøn elektricitet.³⁵ Vedtages dette, opstår der formentlig en situation, hvor nationale offentligretlige pålæg om anvendelse af en vis del grøn el kan opfyldes ved grænseoverskridende handel på privatretlig grundlag.

Afsluttende bemærkninger

Med den igangværende liberaliseringproces på elforsyningsområdet vil der fremover ske et stadigt større samspil mellem den private og den offentlige ret. Muligheden for tredjepartsadgang til netværk fordrer således konkurrenceretlige tiltag. Samtidig vil den øgede markedsstyring af sektoren fremme anvendelsen af markedskonforme reguleringsinstrumenter. Dette vil især være relevant på miljøområdet, hvor anvendelsen af miljøaftaler eksempelvis kan være relevant. Netop miljøaftaler mellem en offentlig og en privat aftalepart er et eksempel på samspillet mellem den private og den offentlige ret.³⁶ Der er i Danmark foreløbigt indgået en enkelt miljøaftale på elforsyningsområdet - Aftale af 20.12.1985 mellem energiministeriet og ELSAM, ELKRAFT, Danske Elværkers Forening om øget anvendelse af vedvarende og indenlandske energikilder i elproduktionen.

³⁵ Se Draft proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on access of electricity from renewable energy sources to the internal market in electricity - rev. 3.

³⁶ Se *Ellen Margrethe Basse*: Miljøaftaler - et samspil mellem offentlig ret og privatret i *Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle* (red.): To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig ret og privatret, GadJura 1996, s. 177ff.

Om uberettigede træk på bankgarantier

af

Hans Viggo Godsk Pedersen

Ved kaution og kautionsslignende garantier vil kautionistens/garantens forpligtelse typisk være afhængig af den sikrede fordring. Ofte udtrykkes det på den måde, at kautionen eller garantien er en accessorisk forpligtelse. Afhængigheden kan være generende for kreditor/beneficianten, idet det normalt vil indebære, at det skal bevises, at skyldneren/principalen har misligholdt sin forpligtelse, før kautionisten/garanten er forpligtet til at opfylde sin forpligtelse. Efter omstændighederne kan det medføre, at det er nødvendigt at gennemføre en retssag - eventuelt gennem flere instanser - før kravet skal opfyldes af garanten. Ved kontrakter, hvor modparten har værneting i et andet land, kan fremgangsmåden være endnu mere generende end ved rent nationale aftaler, idet beneficianten efter omstændighederne må gennemføre en sag i et andet land. Dette indebærer samtidig, at kontrakten først på det senere tidspunkt giver den likviditet, som har været tilsigtet. Det er formentlig navnlig dette forhold sammenholdt med, at nogle importører havde lidt tab på nogle mindre seriøse leverandører, der førte til, at bankgarantier, for at tilbudsgiver vedstår sit tilbud (tilbudsgarantier), og opfyldelsesgarantier/arbejdsgarantier som anfordringsgarantier fandt betydelig udbredelse, særlig i den internationale handel. Anfordringsgarantier anvendes imidlertid også for andre end de to nævnte typer garantier og ofte også i rent nationale forhold.¹

Udbetaling på anfordring nødvendiggør, at garantien i et vist omfang betragtes som løsrevet fra det underliggende retsforhold, således at der ikke til udbetaling kræves en bevist misligholdelse af det underliggende retsforhold. Afhængig af retstraditionen indeholder sådanne garantier derfor typisk forskellige bestemmelser sigtende derpå. En adgang til at kunne trække på en bankgaranti, når beneficianten blot finder det hensigtsmæssigt, kan imidlertid ikke alene på det teoretiske plan være betænkeligt, men førte rent faktisk til, at misbrugsproblematikken blev

¹ Set fra pengeinstituttets side er det ikke af særlig betydning, hvilken type garanti, der skal udstedes, når blot udbetalingsbetingelserne er præcise, og når det har tilstrækkelig sikkerhed for regreskravet. Derimod har pengeinstituttet en selvstændig interesse i, at der er præcise udbetalingsbetingelser, således at der ikke kan opstå tvivl om, at betingelserne er til stede, da udbetaling, uden at betingelserne er til stede, ikke giver adgang til regres, jf. herved U 1997.1333 H.

et ganske væsentligt problem.² I det følgende skal forskellige muligheder for at begrænse misbrug diskuteres; i afsnit 1 muligheden for at begrænse i kraft af udbetalingsbetingelserne og i afsnit 2 muligheden for at hindre træk, selv om de formelle garantibetingelser er til stede.

1. Begrænsning af misbrug ved udbetalingsbetingelserne

Den sikreste måde at hindre uberettigede træk på er, at garantiens udbetalingsbetingelser udformes på en sådan måde, at beneficianten ikke ensidigt kan trække på garantien. Det måtte anses for hensigtsmæssigt, hvis de almindeligt anvendte regler indeholdt en sådan beskyttelse. I forhold til kontraktens hovedindhold vil parterne nemlig umiddelbart være mindre opmærksomme på indholdet i en eventuel garanti, idet det ofte (fejlagtigt) betragtes som et lidt underordnet vilkår. I afsnit 1.1 omtales beskyttelsen i nogle internationale regelsæt for garantier, medens beskyttelsen i de danske AB 92 omtales i afsnit 1.2. Endelig omtales nogle muligheder i afsnit 1.3.

1.1. Nogle internationale regelsæt

Som nævnt er en relativt sikker måde, hvorpå uberettigede træk på bankgarantier kan udelukkes, at udforme udbetalingsbetingelserne således, at beneficianten ikke på egen hånd kan trække på den. Et forsøg på at påvirke den internationale anvendelse af bankgarantier i denne retning findes i Det internationale Handelskammers (ICC) publikation nr. 325 fra 1978 om kontraktsgarantier (Uniform Rules for Contract Guarantees). Krav på garantien skal dokumenteres på den måde, hvorpå det er foreskrevet i garantien, eller i mangel af særlige forskrifter på den i artikel 9 nævnte måde. For så vidt angår tilbudsgarantier skal beneficianten afgive erklæring om, at tilbudsgivers tilbud er blevet accepteret, og at tilbudsgiver enten har undladt at underskrive kontrakt eller har undladt at stille en i tilbudet indeholdt opfyldelsesgaranti. Endvidere skal beneficianten afgive en erklæring om samtykke til indbringelse for voldgiftsret eller domstole af tvist om betalte beløb. For opfyldelsesgarantier og tilbagebetalingsgarantier skal kravet dokumenteres ved voldgiftskendelse eller dom, medmindre kravet anerkendes af skyldneren. Endvidere søges misbrug undgået ved indsættelse af visse tidsfrister for at gøre krav gældende. Som det fremgår, indebærer dette regelsæt, at garantierne, bortset fra tilbuds- og tilbagebetalingsgarantier, er betingede garantier. Formentlig fordi leverandørernes forhandlingsposition ikke var tilstrækkelig stærk, eller fordi disse ikke tillagde forholdet særlig vægt, fandt de i publikationen indeholdte regler ikke almindelig udbredelse.

I erkendelse af den manglende udbredelse af reglerne om kontraktsgarantier udsendte Det internationale Handelskammer i 1992 publikation nr. 458 om anfordringsgarantier (Uniform Rules for Demand Guarantees). Man var ved udsendelsen af disse regler opmærksom på misbrugsproblematikken, men måtte (nødven-

² Jf. nærmere herom *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 17ff med henvisninger.

digvis) overlade til de nationale retssystemer at gribe ind over for åbenbart uberettigede træk, jf. herved de indledende bemærkninger til regelsættet. Reglerne giver mulighed for, at der kan fastsættes særlige udbetalingsbetingelser, f.eks. en erklæring fra en uafhængig tredjemand om, at der er misligholdt i den sikrede kontrakt. Men udgangspunktet er, at beneficianten blot skal afgive en erklæring om, at der er misligholdt, og på hvilken måde der er misligholdt.³ Der er altså som udgangspunkt tale om en rent ensidig erklæring. Muligvis kan der dog ligge en vis begrænsning i kravet til beneficiantens erklæring. For det første kan der muligvis være en vis psykisk barriere i kravet om, at det ikke alene skal erklæres, at der er misligholdelse, men også om arten af denne misligholdelse. På den anden side er det formentlig begrænset, hvilken effekt det vil have mod en skruppelløs beneficiant. Dog kan der også på anden måde tænkes at være et værn i kravet. Når det angives på hvilken måde, der er misligholdt, vil der kunne være en (nok yderst begrænset) mulighed for at godtgøre, at det ikke er korrekt. Samtidig vil der være en vis mulighed for at reagere mod træk på garantien, idet kravet med tilhørende bilag skal transmitteres til principalen, således at denne umiddelbart har mulighed for at blive bekendt med, at et krav gøres gældende.⁴

»Draft Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit« udarbejdet af FN's handelsretskommission (UNCITRAL) indeholder en række regler for selvstændige, internationale garantier. Selvstændige garantier defineres i artiklerne 2 og 3 i det væsentlige som sædvanligt anvendte anfordringsgarantier, uanset om de er rene anfordringsgarantier, eller om de er betinget af forevisning af dokumenter, når blot garantien er løsrevet fra det underliggende retsforhold og fra forhold inden for udstederens/garantens sfære.⁵ For garantier, der måtte blive omfattet af reglerne, er det således også op til parterne, om der skal indbygges en form for hindring af åbenbart uberettigede træk. En vis beskyttelse ligger muligvis i, at beneficianten ved et træk på garantien efter artikel 3 skal afgive erklæring om, at trækket ikke »is in bad faith«, og at ingen af de i artikel 19 litra a, b eller c nævnte omstændigheder er til stede. Disse omstændigheder er, at det er åbenbart, at (a) et dokument ikke er ægte eller er forfalsket, (b) kravet ikke kan begrundes i det påberåbte grundlag og de vedlagte dokumenter, eller (c) kravet efter en vurdering af typen og formålet med garantien umuligt kan være berettiget. Som det vil ses, er den umiddelbare beskyttelse mod uberettigede træk på garantier, der er omfattet af konventionens regler, en form for psykisk barriere.

De her nævnte regelsæt er generelle i den forstand, at de ikke er knyttet til bestemte brancher. Inden for nogle brancher har organisationerne udfærdiget standardvilkår, der også indeholder regler om de bankgarantier, der eventuelt skal

³ I øvrigt kan vilkåret også fraviges, således at kravet ikke skal begrundes.

⁴ Der er dog ikke noget krav om, at beløbet først må udbetales, når principalen har haft mulighed for at reagere.

⁵ Som det fremgår af titlen, omfatter reglerne ikke alene almindelige bankgarantier, men også bankgarantier afgivet i rembursform.

stilles. Som et eksempel herpå kan nævnes FIDIC⁶ modelkontrakt for entrepriser.⁷ Skal der stilles en garanti, men er det ikke nærmere aftalt, hvilke vilkår den skal indeholde, skal den stilles i overensstemmelse med en af de i bilaget indeholdte former; enten som en »Surety Bond for Performance« eller som en »Performance Guarantee«. Førstnævnte er primært en form for naturalopfyldelsesgaranti, mens den sidstnævnte er en betinget garanti. Udbetaling på en Performance Guarantee er betinget af, at parterne er enige derom, eller at kravet er fastslået i overensstemmelse med kontraktens voldgiftsprocedure. En garanti efter disse regler hindrer uberettigede træk, men til gengæld tilgodeser den ikke hensynet til en relativt hurtig udbetaling, selv om en udbetaling måtte være berettiget. Det må nok anses for tvivlsomt, om bygherrer generelt vil affinde sig med denne procedure, men der kan næppe siges noget sikkert derom. Til sammenligning kan nævnes, at det offentlige i Danmark meget ofte kræver en ren anfordringsgaranti i forbindelse med bygge- og anlægsvirksomhed, selv om det er mere vidtgående end en garanti efter AB 92.

1.2. Garantier efter reglerne i AB 92

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed⁸ (AB 92) indeholder detaljerede regler om garantistillelse. Ønsker bygherren at trække på en opfyldelsesgaranti, skal dette samtidig meddeles garanten og entreprenøren. Meddelelsen skal indeholde en nøje angivelse af arten og omfanget af den påståede misligholdelse, jf. AB § 6, stk. 7. Ved begæring om Voldgiftsnævnet med henblik på beslutning af, om udbetalingskravet er berettiget inden 10 dage efter, at bygherren har fremsat kravet, kan entreprenøren undgå, at beløbet udbetales uden en vis prøvelse af berettigelsen. På grundlag af begæringen udpeger Voldgiftsnævnet efter reglerne i AB § 46 en eller flere sagkyndige til at træffe beslutning om udbetaling. Modparten vil herefter få en vis kortere frist til at afgive et indlæg, hvorefter de sagkyndige normalt inden for en frist på 15 dage træffer beslutning om, i hvilket omfang der skal ske udbetaling. Omend denne afgørelse ikke er endelig, giver systemet dog en beskyttelse mod uberettigede træk, der normalt må antages at være meget effektiv. I øvrigt kan udbetaling i særlige tilfælde betinges af, at der stilles en garanti for et eventuelt tilbagesøgningskrav, hvorved entreprenøren undgår risikoen for bygherrens eventuelle insolvens.⁹

Det system, som er indeholdt i AB 92, synes at være godt afbalanceret. Ikke alene giver det en god mulighed for at afværge uberettigede træk på garantien. Det

⁶ Fédération internationale des ingénieurs-conseils.

⁷ Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction.

⁸ Reglerne er indeholdt i *Betænkning nr. 1246 fra 1993*.

⁹ Reglerne er nærmere behandlet i *Betænkning nr. 1246-1993* s. 69ff, 151f og 159f, *Hørlyck: Entreprise og licitation*, 5. udgave, s. 63ff og 362ff, *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 178ff samt *Hans Henrik Vagner: Entrepriseret*, 2. udgave, s. 251ff.

giver samtidig en god mulighed for, at berettigede træk kan gennemføres inden for en rimelig tid.

1.3. Individuelle ctr. generelle udbetalingsvilkår

Det er bemærkelsesværdigt, at der er en tendens til, at beneficianterne ikke vil acceptere egentlige betingede garantier. At ICC's Uniform Rules for Contract Guarantees ikke fandt almindelig udbredelse, er netop et eksempel derpå. Anfordringsgarantier synes at blive betragtet som det realistiske alternativ dertil i en eller anden form, der tillader beneficianten at trække på garantien uden medvirken af uafhængige tredjemænd. En mulig undtagelse er dog garantier efter FIDIC's regler for entrepriser. Hvis parterne kunne indskyde en uafhængig tredjemand i udbetalingsproceduren, måtte det være muligt at opnå fyldestgørelse af tilsyneladende berettigede træk inden for en rimelig tid, samtidig med at åbenbart uberettigede udbetalinger kunne undgås. Systemet i AB 92 er et udmærket eksempel derpå.

Når det har været muligt på det nationale plan at gennemføre regler om garantier som i AB 92, hænger det formentlig sammen med flere forhold. Der er netop på dette område i forvejen en detaljeret regulering af forholdet mellem parterne, og i denne regulering er der fastsat regler om Voldgiftsretten. Da tvister mellem parterne i forvejen skal afgøres der, er det ikke noget stort spring at koble en foreløbig afgørelse af uenighed om udbetalingskrav mod garantien dertil.

I generelle garantivilkår vil det være vanskeligere på forhånd at henvise til bestemte branchekyndige organer, der inden for lignende frister vil kunne fremkomme med en foreløbig afgørelse om udbetalingskrav under garantien. I givet fald måtte det formentlig være en voldgiftsret, som i øvrigt skulle afgøre eventuelle tvister mellem parterne, der skulle udpege en person til at træffe beslutning i en foreløbig afgørelse. Allerede af denne årsag vil fremgangsmåden være udelukket, hvor der ikke er tale om en eksisterende voldgiftsret. Fremgangsmåden kan kun være anvendelig, hvis sagen skal behandles ved en permanent voldgiftsret. Selv om det generelt måtte være muligt at arbejde med foreløbige afgørelser fra sagkyndige til afgørelse af udbetalingskrav under garantier, har et sådant system dog så vidt vides ikke fået særlig udbredelse. Dette måtte i øvrigt formentlig forudsætte, at der i kraft af det for den pågældende voldgiftsret gældende regelsæt nødvendigvis måtte forventes en foreløbig afgørelse inden for meget snævre tidsmæssige rammer, ligesom det formentlig ikke måtte være for omkostningstungt. En medvirkende årsag til, at vilkår om foreløbige afgørelser ikke er en bestanddel af generelle garantivilkår, kan være, at det typisk er brancheforeninger af forskellig art, der udfærdiger standardkontrakter for de enkelte områder, og kun i det omfang, garantivilkårene er en del af disse standardkontrakter, vil de have let ved at finde almindelig udbredelse. Ved udfærdigelse af generelle vilkår vil der typisk savnes en bestemt branchevoldgift, der kan henvises til.

I mangel af generelle regler om foreløbige afgørelser fra sagkyndige om udbetaling under garantier, er det vanskeligt at indarbejde lignende regler i individuelle kontrakter. Efter omstændighederne må det dog være muligt at indarbejde i udbe-

talingsvilkårene, at udbetaling skal ske efter en vis kortere frist, medmindre der inden udløbet af denne begæres en foreløbig afgørelse fra en sagkyndig. Udpegning af denne ville kunne være sket på forhånd, eller det kunne være overladt til en bestemt instans at udpege den sagkyndige. Imidlertid kan det ikke udelukkes, at en foreløbig afgørelse ikke altid vil foreligge inden for en rimelig tid, medmindre de sagkyndige er »institualiseret« på en eller anden måde.

2. Hindring af uberettigede træk

Når udbetalingsbetingelserne kun kræver en betalingsanmodning fra beneficianten eventuelt suppleret med dennes nærmere specifikation, afhænger det umiddelbart udelukkende af beneficianten, om der skal ske udbetaling. Er de formelle betingelser til stede, vil garanten misligholde garantiforpligtelsen, hvis der ikke foretages udbetaling. Dette gælder i og for sig, selv om der måtte være en vis udokumenteret mistanke om, at der ikke reelt foreligger en misligholdelse. Men principalen/ordregiveren vil naturligvis have en interesse i at hindre udbetalingen, hvis den efter vedkommendes opfattelse ikke er begrundet. Nogle vil muligvis forsøge at hindre endog berettigede træk.

2.1. Hindring som følge af mangler ved dokumenterne

Er principalen/ordregiveren ikke klar over, at der er fremsat en udbetalingsanmodning, inden den er honoreret, har vedkommende ikke mulighed for at hindre udbetalingen. Det ville derfor være en nærliggende antagelse, at principalen/ordregiveren skulle underrettes om et eventuelt træk, inden der foretages udbetaling. Det antages imidlertid, at der ikke generelt gælder en regel derom, omend det formentlig kan antages for dansk ret.¹⁰ Derimod vil vedkommendes pengeinstitut ofte give underretning, således at principalen/ordregiveren får mulighed for at varetage sine interesser, men det sker ikke altid. Underretningspligt kan være aftalt, hvilket imidlertid næppe er almindeligt, medmindre der er henvist til et regelsæt, hvori en sådan er indeholdt, f.eks. indeholder ICC's Uniform Rules for Demand Guarantees artikel 21 en regel om, at garanten skal transmittere det skriftlige krav og alle dokumenter i relation dertil til principalen/ordregiveren eller instruerende pengeinstitut for videretransmission til principalen/ordregiveren. Selv om der er indeholdt en underretningspligt i aftalen, følger det imidlertid ikke nødvendigvis deraf, at beløbet først kan udbetales, efter at vedkommende har haft mulighed for at varetage sine interesser. Normalt vil det dog være tilfældet, idet garanten først skal udbetale efter have haft en rimelig tid til at undersøge de præsenterede dokumenter, jf. herom nedenfor. Men det vil normalt være principalens/-ordregiverens risiko, hvis meddelelsen forsinkes undervejs. For en meddelelse efter

¹⁰ Jf. *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 124ff og *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 68 og 161.

Uniform Rules for Demand Guarantees følger dette direkte af reglerne i artikel 12 og artikel 14 litra b.

Selv om principalen/ordregiveren modtager underretning om trækket, er mulighederne for at hindre udbetalingen begrænsede. Garanten har en pligt til at foretage en rimelig undersøgelse af, om dokumenterne fremtræder på en sådan måde, at garantibetingelserne er opfyldte, men skal normalt kun koncentrere sig om dokumenternes form. Dette er både indeholdt i Uniform Rules for Demand Guarantees artiklerne 9 og 10 og i FN-garantikonventionen artiklerne 14 og 16. Efter artikel 14 er garanten/udstederen generelt forpligtet til at »act in good faith and exercise reasonable care having due regard to generally accepted standards of international practice of independent guarantees or stand-by letters of credit«. Også artikel 16, der specielt omhandler prøvelsen af de præsenterede dokumenter, henviser til de internationale standarder. Heri ligger, at garanten skal udføre en rimelig kontrol af, om dokumenterne fremtræder på en sådan måde, at garantibetingelserne er opfyldt. Endvidere er mangler ved dokumenterne indeholdt i artikel 19 litra a og b som grundlag for tilbageholdelse af betaling, jf. nærmere nedenfor i afsnit 2.2. Derimod skal garanten/udstederen normalt ikke gå ind i materielle vurderinger af dokumenternes indhold, medmindre særlige forhold giver anledning dertil, f.eks. fordi der er uoverensstemmelse mellem de præsenterede dokumenter.¹¹

Garanten/udstederen skal have en rimelig tid til denne undersøgelse. Det må i øvrigt ses i sammenhæng med, at garanten/udstederen normalt ikke vil kunne foretage regres mod kunden, hvis dokumenterne ikke fremtrådte på en sådan måde, at de var i overensstemmelse med garantibetingelserne, jf. f.eks. U 1997.1333 H og foran i afsnit 1. Der er imidlertid forskellige opfattelser af, hvor lang en rimelig frist er. Formentlig må en frist på op til 3 dage for first demand garantier anses for rimelig, medens den kan være længere ved mere komplicerede tilfælde,¹² men en frist på én dag eller lignende ses også anført.¹³ Efter FN-garantikonventionen skal betaling eller afvisning senest ske 7 åbningdage efter modtagelse af betalingskravet og de eventuelt yderligere krævede dokumenter, medmindre andet er aftalt. Denne frist på 7 dage må anses for ret lempelig i forhold til de øvrige anførte.

Principalen/ordregiveren kan derfor udmærket tænkes at kunne påpege mangler, som garanten ikke har været opmærksom på. Men er der ikke formelle mangler, skal udbetaling som udgangspunkt ske. Det gælder i og for sig også, selv om principalen/ordregiveren fremkommer med indsigelser om, at trækket er uberettiget, til trods for at dokumenterne opfylder garantibetingelserne.

¹¹ Jf. nærmere herom *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 112ff, *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 69 og *samme* i Juridisk Institut, Julebog 1996, s. 162.

¹² Jf. *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 243 og *von Westphalen: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* s. 170ff.

¹³ Jf. *Good: Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees* s. 69.

2.2. Hindring som følge af indsigelser

Det anerkendes imidlertid i et vist omfang, at det kan være berettiget at nægte udbetaling, selv om formalia er til stede. I de forskellige lande gælder der dog forskellige regler derom. Medens engelsk ret tilsyneladende kun vil hindre et træk, hvis der er klart bevis for falsk, forfalskning eller svig og for, at garanten er i ond tro, er de kontinentaleuropæiske systemer lidt mindre restriktive, idet også åbenbart misbrug af garantibetingelserne kan begrunde et forbud mod udbetaling. Dog kræves der et klart bevis for, at trækket er uberettiget, normalt dokumentbevis.¹⁴ Disse forskelligheder er formentlig baggrunden for, at Uniform Rules for Demand Guarantees ikke indeholder regler derom, men tværtimod i de indledende bemærkninger overlader spørgsmålet til de nationale retssystemer.

I dansk ret foreligger der ikke nyere trykte afgørelser om problemet.¹⁵ Ved remburs kan der opstå en lignende problemstilling, hvis de i rembursen betingede dokumenter præsenteres i en formelt korrekt form, men varepartiet desuagtet er mangelfuldt. Nægtelse af honorering anerkendtes ved afgørelsen U 1922.39, der må antages at være begrundet i svig.¹⁶ Selv om det ikke ligger ganske fast, må det antages, at honorering kan nægtes ved falsk, forfalskning og svig samt formentlig ved grovere kontraktsbrud under forudsætning af, at der foreligger et klart bevis for forholdet.¹⁷

Ved bankgarantier gør der sig et nogenlunde tilsvarende troværdighedsproblem gældende, idet der ikke kan nedlægges forbud mod udbetaling i for vidt omfang, uden at tilliden til bankgarantier svækkes. I modsætning til en remburs skal en garanti, der sikrer mod misligholdelse, kun gøres gældende, hvis kontraktsforholdet mellem parterne ikke forløber normalt. Dette kan begrunde en lidt anderledes vurdering af berettigelsen af udbetalingskrav. Når blot der til et forbud kræves et meget klart bevis for, at trækket er uberettiget, kan tilliden til garantier næppe svækkes. Forestiller man sig f.eks., at en tilbudsgaranti gøres gældende, efter at beneficianten har accepteret et andet tilbud - hvilket er forekommet - er det vanskeligt at se, at nedlæggelse af et forbud mod udbetaling kan svække garantiers troværdighed. Dette eksempel må karakteriseres som åbenbart misbrug af udbetalingsbetingelserne, men selv om forholdet er mindre graverende, må nægtelse formentlig kunne ske i dansk ret, under forudsætning af at der foreligger klart bevis for, at trækket er uberettiget.¹⁸

¹⁴ Jf. nærmere herom *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 149ff med henvisninger.

¹⁵ Afgørelsen U 1982.1110 H tager ikke direkte stilling til udbetalingsproblematikken.

¹⁶ Jf. herom *Hardy Rechnagel: Køb og salg mod remburs* s. 151 og *Hvidt: Bankrembourser* s. 125ff.

¹⁷ Jf. foregående note samt *Lars Gorton: Rembursrätt* s. 291ff.

¹⁸ Jf. mere udførligt *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 155ff.

FN-garantikonventionen indeholder i artikel 19 regler om, at udbetaling i en række nærmere angivne tilfælde kan nægtes, og i artikel 20 regler om, at der i de nationale regler kan indeholdes regler om foreløbige retsmidler. Konventionen omfatter ikke alene bankgarantier, således som de opfattes i dansk ret, men også garantier, der er afgivet i form af stand-by letters of credit.

Efter konventionens artikel 19, stk. 1 litra a har garanten/udstederen ret til at holde betalingen tilbage, hvis det er åbenbart, at et dokument ikke er ægte eller er blevet forfalsket. Efter bestemmelsens litra b kan betalingen også holdes tilbage, hvis det er åbenbart, at kravet ikke kan begrundes i det påberåbte grundlag og de vedlagte dokumenter. Betalingen kan tillige holdes tilbage, hvis det efter en vurdering af typen og formålet med garantien er åbenbart, at kravet umuligt kan være berettiget, jf. bestemmelsens litra c.¹⁹ Litra a og litra b omhandler dokumenter, der enten ikke er ægte eller ikke i øvrigt opfylder formalia. Litra b må tillige antages at omfatte det forhold, at formalia i og for sig er opfyldt, men hvor dokumenterne alligevel viser, at kravet ikke er berettiget. I modsætning til disse led er litra c umiddelbart lidt bredere formuleret i sine betingelser.

I artikel 19, stk. 2 opregnes nogle typer af tilfælde, hvor kravet i relation til stk. 1 litra c ikke kan være berettiget. Efter litra a kan det være det forhold, at den omstændighed eller risiko, som garantien blev udstedt for at sikre beneficianten imod, utvivlsomt ikke er indtrådt. Dette led vil f.eks. kunne anvendes, hvis beneficianten trækker på en forudbetalings-/tilbagebetalingsgaranti, men hvor det ligger bevismæssigt fast, at der ikke er foretaget en forudbetaling. I litra b nævnes det forhold, at den underliggende forpligtelse er erklæret ugyldig ved dom eller voldgiftskendelse, medmindre det fremgår af garantien, at sådanne omstændigheder falder inden for den dækkede risiko. I litra c nævnes det forhold, at den underliggende forpligtelse utvivlsomt er blevet fuldt ud opfyldt. Dette led vil f.eks. kunne anvendes, hvis der på en leveringsgaranti fremkommer en udbetalingsanmodning begrundet med ikke-levering, og principalen/ordregiveren kan præstere et sikkert bevis for, at kontrakten er rigtigt opfyldt. Endelig nævnes i litra d det forhold, at opfyldelse klart er blevet forhindret ved beneficiantens »willful misconduct«. Dette led vil f.eks. kunne anvendes, hvis beneficianten trækker på forudbetalings-/tilbagebetalingsgaranti i et tilfælde, hvor den manglende opfyldelse skyldes, at beneficianten ikke har åbnet en aftalt remburs.

Garanten har ikke alene ret til at holde betalingen tilbage i de nævnte tilfælde. Artikel 19, stk. 2 nævner som det sidste eksempel, at garanten/udstederen har udbetalt beløbet i ond tro og gør den dertil knyttede re-garanti eller kontragaranti gældende. Derved bliver garanten/udstederen i forhold til den, der skal bære tabet

¹⁹ Artikel 19 (Exception to payment obligation) har følgende ordlyd i stk. 1:

If it is manifest and clear that:

- (a) Any document is not genuine or has been falsified;
- (b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting documents; or
- (c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment.

ved garantien, typisk ordregiver/principal, forpligtet til at undlade honorering, når et af de nævnte forhold gør sig gældende. Er der impliceret et instruerende pengeinstitut, må sidstnævnte gælde for såvel kontragarantien til garanten som for kontragarantien fra principal/ordregiver til instruerende pengeinstitut. Et instruerende pengeinstitut, der er forpligtet til at honorere en re-garanti/kontragaranti, fordi garanten har udbetalt i god tro, må være berettiget til at gøre en re-garanti/kontragaranti gældende mod ordregiveren/principalen, selv om det forinden er blevet gjort opmærksom på, at trækket var uberettiget.

Eksemplerne i artikel 19, stk. 2 kan ikke antages at være en udtømmende opregning, selv om de må antages at være de oftest forekommende. Andre forhold, man kan forestille sig, der kan gøre et træk uberettiget, vil det imidlertid kunne være vanskeligt at præstere det fornødne bevis for, således at det er »manifest and clear ... that the demand has no conceivable basis«. Herved udelukkes indsigelser, der ikke er klart dokumenterede. Selvfølgelig er det forhold, at kravet er omtvistet, vil normalt ikke give mulighed for at hindre udbetaling, omend det efter omstændighederne kan være en mindre god skik at trække på en garanti under sådanne omstændigheder.

Reglerne i artikel 19 er i vidt omfang udtryk for almindelige principper, således som de også genfindes i dansk ret. Det vil derfor være begrundet at inddrage disse regler ved afgørelse af tvister efter dansk ret.

2.3. Hindring som følge af modfordringer

Da udokumenterede indsigelser mod et træk på en garanti ikke berettiger til at holde betalingen tilbage, må det ligge fast, at principalen/ordregiveren i hvert fald kun har mulighed for at hindre et træk i kraft af en modfordring, hvis denne er erkendt af beneficianten, eller der foreligger et klart bevis, dels for at der består en modfordring, dels for at denne er forfalden. Selvfølgelig er det imidlertid ikke givet, at udbetalingen af denne årsag kan hindres.

Ved afgørelsen U 1997.1470 antoges, at åbning af remburs efter omstændighederne kan indebære et afkald på modregning. I det pågældende tilfælde var der tale om et samhandelsforhold med gensidig vareudveksling mod betaling, hvor kun den ene part skulle åbne remburs ved køb. Bankgarantier i form af opfyldelses- eller arbejdsgarantier har ikke en tilsvarende betalingsfunktion og skal, medmindre der misligholdes i den til grund for garantiens udstedelse liggende aftale, ikke resultere i en betaling. Afgørelsen kan derfor ikke tages til indtægt for en opfattelse af, at udstedelse af en bankgaranti normalt skulle kunne anses for et afkald på en eventuel modregningsadgang. Det må også gælde en garanti, der er udstedt i form af et standby-letter of credit.

I FN-garantikonventionen er indeholdt en bestemmelse om modregning med garantens egne fordringer mod beneficianten, hvor artikel 18 tillader modregning.²⁰ Spørgsmålet om principalens/ordregiverens modfordringer er imidlertid

²⁰ Også i dansk ret kan garanten formentlig modregne med egne fordringer, jf. herved U 1991.160 H, der dog ikke omhandler en ren anfordringsgaranti. Jf. tillige *Godsk Pedersen: Bankgarantier*

ikke nævnt, hvilket kunne tale for, at sådanne ikke kan tages i betragtning. Det vil dog formentlig være en for vidtgående slutning. Træk på en garanti på trods af, at principalen/ordregiveren har likvide modfordringer mod beneficianten, vil efter omstændighederne kunne fremstå som et klart misbrug af garantibetingelserne. Er beneficiantens opgørelse af det tab, der trækkes for på garantien, mindre end den likvide modfordring, virker trækket som et misbrug, medmindre aftalen skulle indeholde et afkald på modregning.²¹ Flere udenlandske forfattere vil da også anerkende modregningsadgang for så vidt angår principalens/ordregiverens beviste og forfaldne fordringer mod beneficianten.²² Under hensyn hertil forekommer det at være berettiget at fradrage modfordringer i det tab, der trækkes på garantien. Skal der ikke gives nærmere begrundelse i betalingsanmodningen, er der ikke umiddelbart grundlag for at vurdere, om der er taget hensyn til en modfordring. I så fald må det formentlig være berettiget at bede beneficianten redegøre for det. Men hævdes modkravet at være fratrukket i tabet, må dette skulle lægges til grund, medmindre der er sikkert bevis for det modsatte.

2.4. Retsmidler mod træk

Kan principalen/ordregiveren præstere bevis for, at et træk på garantien er uberettiget, må garanten have pligt til at undlade udbetaling. Dette må ikke alene antages at være gældende i dansk ret, men formentlig også i de fleste kontinentaleuropæiske lande. FN-garantikonventionen indeholder som foran i afsnit 2.2. nævnt også en regel af dette indhold i artikel 19. Det vil imidlertid bero på en vurdering af de af principalen/ordregiveren fremlagte dokumenter eller erklæringer, om de giver en tilstrækkelig sikkerhed for, at et træk er åbenbart uberettiget. Ofte vil et pengeinstitut ikke gerne være tvunget til at tage stilling til spørgsmålet, men må principielt være forpligtet til det. Muligvis kan pengeinstituttet dog henvise principalen/ordregiveren til at søge fagedforbud mod udbetalingen gennemført, hvorved pengeinstituttet fritages for vurderingen af beviserne. Under forudsætning af, at pengeinstituttet levner principalen/ordregiveren en rimelig tid til det, må fremgangsmåden formentlig accepteres. Specielt ved lidt vanskeligere vurderinger kan pengeinstituttet have en interesse i, at vurderingen ikke er dets egen, men over for beneficianten og principalen/ordregiveren fremstår som en foreløbig retsafgørelse.

s. 94ff. Modregningsadgang i denne relation kritiseres af bl.a. *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 246ff og *von Westphalen: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* s. 176ff.

²¹ Realiteten ved trækket vil være, at beneficianten skaffer sig yderligere likviditet på principalens/ordregiverens bekostning.

²² Jf. f.eks. *Andrews & Millet: Law of Guarantees* s. 424, men modsat *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 298f og s. 338ff. Førstnævnte går for engelsk ret ind for, at der gives hjemmel til, at principalen/ordregiveren kan få foretaget arrest i garantisummen betinget af, at der gøres et krav gældende mod garantien.

Derved kan pengeinstituttets image vanskeligt tage skade som følge af den manglende udbetaling.

Når det bevismæssigt ligger fast, at trækket er uberettiget, må fogedretten kunne nedlægge forbud mod udbetalingen. Typisk må det være nødvendigt, at beviset kan præsteres i form af skriftlige erklæringer fra uafhængige tredjemænd eller ved andre dokumenter, idet der normalt ikke vil kunne føres vidner.

Nedlæggelse af forbud er i overensstemmelse med FN-garantikonventionens artikel 19, stk. 3 og artikel 20, idet der efter disse kan nedlægges forbud mod udbetaling af garantisummen i de tilfælde, der er nævnt i artikel 19, stk. 1, jf. nærmere om disse foran i afsnit 2.2. Forbud kan tillige nedlægges ved brug af garantien til kriminelt formål. Ikke alene et krav, der rent faktisk er blevet rettet mod garantien, men også i tilfælde, hvor der kan forventes et træk på garantien, kan der nedlægges forbud. Derved kan principalen/ordregiveren undgå, at garantisummen udbetales, uden at vedkommende er blevet orienteret om, at der er fremsat en udbetalingsanmodning.

For så vidt angår beløb, der er udbetalt, indeholder artikel 20 følgende mulighed: »Issue a provisional court order to the effect that the proceeds of the undertaking paid to the beneficiary are blocked, taking in account whether in the absence of such an order the principal/applicant would be likely to suffer serious harm«. Dette må antages nogenlunde at svare til foretagelse af arrest, hvilket i dansk ret må kunne foretages, hvis det bevismæssigt ligger fast, at der er foretaget et uberettiget træk.

Med henblik på at skabe ensartethed indeholder konventionen ikke alene regler om, at der kan nedlægges forbud i de nævnte tilfælde. Den afskærer tillige i artikel 20, stk. 3 anvendelse af forbud i andre tilfælde end de nævnte. Nedlæggelse af forbud mod udbetaling, uden at der er et klart bevis for, at trækket er uberettiget, vil derfor være i strid med konventionen. Da der således synes at være en høj grad af overensstemmelse mellem konventionens regler og dansk ret, må det anses for velbegrunderet at fastholde dansk ret i overensstemmelse med konventionens regler. Det vil ikke alene have den fordel, at dansk ret ikke reelt skal ændres ved en eventuel tiltrædelse af konventionen, men også den fordel, at det danske system virker forståeligt og acceptabelt i forhold til omverdenen.

3. Afsluttende bemærkninger

Misbrug af rene anfordringsgarantier kan næppe ganske udelukkes. Tilliden til anfordringsgarantier fordrer, at der ikke kan lægges vilkårlige hindringer i vejen for udbetaling, når et krav gøres gældende. I forskellige lande vurderes det lidt forskelligt, hvilket grundlag der kan berettige til at hindre udbetaling, når der er tale om et misbrug. FN-garantikonventionen indeholder regler om nægtelse af udbetaling, der i og for sig giver et godt grundlag i henseende til de faktiske omstændigheder, der kan begrunde en nægtelse. Men uanset dette vil det kunne være særdeles vanskeligt eller umuligt, inden for de tidsmæssige rammer der er til råd-

dighed, at skaffe et bevis, der på tilstrækkelig måde godtgør, at trækket er uberettiget. Realiteten vil derfor ofte kunne være, at et træk ikke kan hindres, selv om det måtte være uberettiget. Ret beset er det den pris, det koster at betjene sig af et instrument, der giver beneficianten adgang til egenhændigt at foretage et træk uden medvirken af eller mulighed for inddragelse af uafhængige tredjemænd. Ønsker principalen/ordregiveren mere sikkerhed, må det opnås ved fastsættelse af garantiens udbetalingsbetingelser. Navnlig to muligheder kan komme på tale. Sikrest er en garanti, der er betinget af bevist misligholdelse, men en betydelig sikkerhed vil også kunne opnås ved vilkår om, at der kan træffes en foreløbig afgørelse af en uafhængig tredjemand i tilfælde af uenighed. Om principalen/ordregiveren ved forhandlinger om den kontrakt, der skal sikres ved garantien, kan få udformet vilkårene for en garanti på en af disse måder, må i vidt omfang afhænge af vedkommendes forhandlingsposition.

Proportionalitetsprincippet i tysk ret

af

Jan Timmermann Pedersen

I artiklen forsøges bevist, at den tyske forbundsforfatningsdomstol, Bundesverfassungsgericht (BVerfG), benytter flere materielle ugyldighedsgrunde, end der normalt beskrives i den tyske teori. Påstanden i artiklen er, at BVerfG benytter alle de ugyldighedsgrunde, som det er muligt for domstolene at opstille, når domstolene ikke foretager prøvelsen med grundlag i konkrete normer. Påstanden i artiklen er snævert forbundet med en gennemgående tese i den til grund for artiklen liggende afhandling.

1. Baggrund for artiklen

Artiklen bygger på min Ph.D.-afhandling, som forventes færdiggjort i løbet af 1999.

Afhandlingen er en komparativ analyse af de dommerskabte ugyldighedsgrunde til materiel kontrol af akter udstedt på ufuldstændigt retligt grundlag i dansk og tysk ret, samt i EU-retten. I dansk ret behandler afhandlingen især teori og praksis omkring magtfordrejningsgrundsætningen og de dertil knyttede og udviklede ugyldighedsgrunde, i tysk ret er det teori og praksis omkring Grundsatz der Verhältnismässigkeit (proportionalitetsprincippet) der behandles. EU-retten antages principielt at omfatte begge ugyldighedsgrunde.

Afhandlingen er et forsøg på gennem en analyse af de nævnte dommerskabte retsgrundsætninger i forskellige retssystemer at udlede et generelt system omkring domstolskontrollen med *skønnet*. Afhandlingens primære påstand er, at domstolskontrollen med skønnet er undergivet de samme vilkår i alle retssystemer og på alle retlige niveauer, og at en generel model derfor lader sig opbygge.

For en komparativ gennemgang af de omhandlede dommerskabte ugyldighedsgrunde er det nødvendigt, *dels* at skabe mere generelle (grænseoverskridende) beskrivelser for visse begreber, *dels* at konstruere en systematik, som passer på alle de til analysen udvalgte retssystemer.

Af begreber er det især begrebet skøn, som nødvendigvis må kræve en mere generel og præcis definition, end tilfældet er i hvert fald for dansk rets vedkommende. Kravet om et mere generaliseret skønsbegreb hænger især sammen med de forskellige retlige niveauer, hvor begrebet skøn anvendes i de til analysen udvalgte retssystemer. Præciseringen af skønsbegrebet i dansk ret er desuden et af målene

med afhandlingens komparative analyse. En præcisering er nødvendig på grund af skønsbegrebets centrale placering i afhandlingen samt de forskellige opfattelser af begrebet skøn, der kommer til udtryk i dansk og tysk ret.

Af systematiske tiltag i afhandlingen kan nævnes opdelingen i tre kategorier af den materielle domstolskontrol med akter på ufuldstændigt retligt grundlag i medfør af de dommerskabte retsgrundsætninger. Den første kategori er initialgrundlaget, forstået som det grundlag domstolene har for at foretage en kontrol på området uden tilstedeværelsen af et konkret grundlag for kontrol i form af konkrete materielle retskilder. Den anden kategori er de ugyldighedsgrunde, som domstolene har mulighed for at anvende, og de ugyldighedsgrunde som domstolene rent faktisk anvender i de til analysen udvalgte retssystemer. Påstanden i afhandlingen i forbindelse med de omhandlede ugyldighedsgrunde er, at disse ugyldighedsgrunde, til trods for at de ikke har en materiel basis og dermed kun kan siges at have en eller anden form for mere eller mindre formel basis, kan danne grundlag for en selvstændig materiel prøvelse. Den tredje kategori omhandler intensiteten af prøvelsen og forsøger at beskrive forholdet mellem intensiteten i den konkrete domstolsprøvelse og ugyldighedsgrunde. Ved undersøgelsen af intensiteten i domstolsprøvelsen søges klarlagt, hvordan intensiteten kan variere i den prøvelse, der foretages i medfør af de samme ugyldighedsgrunde. Ved at behandle intensiteten og ugyldighedsgrunde uafhængigt opnås blandt andet muligheden for at beskrive det selvstændige indhold af ugyldighedsgrundene. Intensiteten bliver dermed til en selvstændig beskrivelse af det retlige grundlag, domstolene kan anvende i den konkrete situation.¹

Denne artikel fokuserer på den anden kategori, det vil sige en beskrivelse af de materielle ugyldighedsgrunde. Artiklen er begrænset til tysk ret. Artiklen skal derfor ses som et forsøg på at beskrive de ugyldighedsgrunde, som er indeholdt i det overordnede proportionalitetsprincip i tysk ret. Derudover skulle artiklen gerne give et skematisk billede af det generelle indhold af disse ugyldighedsgrunde. Artiklen vil, hvor dette anses for nødvendigt, ganske kort komme ind på grundlaget for proportionalitetsprincippet i tysk ret og berøre den i afhandlingen fremsatte skønsdefinition, samt påpege enkelte elementer i forbindelse med intensiteten af den konkrete prøvelse.

¹ Dette vil ses i gennemgangen af domme med tilknytning til de enkelte ugyldighedsgrunde, hvor en underkendelse i medfør af en af ugyldighedsgrundene typisk kræver en eller anden form for øget intensitet i domstolsprøvelsen. Denne øgede intensitet har ofte (næsten udelukkende) grundlag i en konkret materiel norm. Mange domme omkring det tyske proportionalitetsprincip, hvor der sker underkendelse, er begrundet i strid mellem akten, der skal prøves, og en konkret materiel forfatningsnorm. En sådan konkret norm er eksempelvis Artikel 12 Abs. 1. Grundgesetz (GG) (retten til frit at vælge og udøve erhverv). Uden en sådan konkret norm vil underkendelse være ekstremt sjældent og kun forekomme ved meget klare overtrædelser af ugyldighedsgrundene.

2. Introduktion til det tyske proportionalitetsprincip

Almindeligvis deles det tyske forfatningsretlige proportionalitetsprincip (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) op i tre selvstændige elementer. De tre elementer er, egnethed, nødvendighed og proportionalitet i snæver forstand.² I det følgende søges påvist, at det tyske forfatningsretlige proportionalitetsprincip i virkeligheden indeholder (mindst) fem elementer. Udover de tre nævnte elementer forsøges påvist, at der er to andre elementer i proportionalitetsprincippet. For det første påvises eksistensen af et krav om, at visse fakta er til stede, som kan danne grundlag for en offentlig handling. For det andet påvises eksistensen af et krav om, at selv når det faktiske grundlag er til stede, kan myndigheden ikke udnytte muligheden for at agere til at forfølge formål, som regnes for usaglige.

Den manglende teoretiske bevågenhed på alle elementer i proportionalitetsprøvelsen menes at have to specielle grunde, som begge antages at have basis i udviklingen af det tyske forfatningsretlige proportionalitetsprincip. Den ene grund er, at det forfatningsretlige proportionalitetsprincip er skabt på grundlag af en forvaltningsretlig tradition omkring proportionalitetsprincippet, og at den forvaltningsretlige teori og praksis, i modsætning til den danske tradition, har haft en klar hovedvægt på retsfølgesiden.³ Den anden grund skal søges i den tidlige teori vedrørende det forfatningsretlige proportionalitetsprincip, hvor især én forfatters teoretiske tiltag synes båret ikke så meget af ønsket om at beskrive indholdet af proportionalitetsprincippet som af ønsket om at benytte proportionalitetsprincippet til at argumentere for eksistensen af en mere naturretlig forfatningstradition. Denne forfatter får, på grund af de kvaliteter og afgørende placering i teorien, der er tillagt

² Se for eksempel et centralt værk på området: *Lothar Hirschberg: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* Göttingen 1981. (*Hirschberg: der GdV*). Med den »klassiske« opdeling af proportionalitetsprincippet i tre elementer på s. 50ff. Denne opdeling syntes ukritisk overtaget i efterfølgende litteratur om emnet. For en generel forfatningsretlig gennemgang af proportionalitetsprincippet med udførlige kildehenvisninger se: *Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/2*, München 1994 (*Stern: Staatsrecht*) s. 761ff og for de tre elementer, se side 775ff.

³ Et for udviklingen af proportionalitetsprincippet i tysk forvaltningsret centralt værk med en kraftig fokusering på retsfølgen er *Walter Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen 1913 især s. 79ff. For overgangen fra forvaltningsretligt til forfatningsretligt princip se *Rupprecht von Krauss: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* Kommissionsverlag Ludwig Appel Hamburg 1955 (*Krauss: Der GdV*), hvor udgangspunktet er forvaltningsretligt, men dette fraviges senere til fordel for en mere generel anvendelse af proportionalitetsprincippet se for eksempel s. 25, hvor Krauss direkte påpeger det ulogiske i, at GG sætter den personlige frihed så højt, og at en domstol samtidig skulle tillade unødvendige indskrænkninger i en sådan frihed. Krauss argumenterer dermed i 1955 for en forfatningsretlig status af proportionalitetsprincippet. Den forfatningsretlig status af proportionalitetsprincippet blev få år efter denne fremstilling anset som en selvfølge. Se eksempelvis den i note 4 angivne fremstilling.

forfatterens disputats om emnet, stor indvirkning også på beskrivelsen af proportionalitetsprincippet indhold i tysk forfatningsret.⁴

3. Det retlige grundlag for proportionalitetsprincippet

Det retlige grundlag for Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) benyttelse af proportionalitetsprincippet er lig med det, som jeg i min afhandling betegner som initialgrundlaget for domstolskontrollen.

Retsgrundlaget for BVerfG for benyttelsen af et princip som proportionalitetsprincippet var oprindeligt ikke ubestridt i tysk forfatningsret efter 1945.⁵ BVerfG synes dog med tiden at have fundet frem til et sprogbrug, som, i hvert fald hvad domstolens indstilling angår, ikke lader nogen større tvivl tilbage. Dermed må det retlige grundlag for det forfatningsretlige proportionalitetsprincip anses for at være endeligt afgjort, og en diskussion omkring dette emne kan kun have akademisk interesse. BVerfG anser proportionalitetsprincippet for at være generelt begrundet i selve rets- og socialstatsklausulen:⁶

»die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Übermassverbotes die sich als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben und deshalb Verfassungsrang haben«.⁷

Specielt med henblik på frihedsrettighederne antager BVerfG, at proportionalitetsprincippet også kan udledes af den forfatningsretlige konstruktion med frihedsrettigheder og den grundlæggende tanke bag disse (deres »Wesen«).⁸ Denne »dobbeltbegrundelse« fra BVerfG's side er måske grunden til, at nogle teoretikere anser den såkaldte »Wesensgehaltsgarantie« i Artikel 19 Abs. 2 GG for at være det egentlige grundlag. Andre ser grundlaget i skæringspunktet for flere forfatningsbe-

⁴ *Peter Lerche: Übermass und Verfassungsrecht Köln 1961 (Lerche: Übermass)*. Især s. 29-97 er centreret omkring placeringen og retfærdiggørelsen af det forfatningsretlige proportionalitetsprincip.

⁵ For en gennemgang af og afvisning af flere begrundelser se *Lerche: Übermass*. Se også *Peter Wittig: Die öffentliche Verwaltung Heft 23 1968 s. 817ff (820)*, hvor det anføres at proportionalitetsprincippet befinder sig i skæringspunktet mellem forskellige forfatningsbestemmelser.

⁶ Rets- og socialstatsklausulen er Art. 20 Grundgesetz (GG). Især denne bestemmelses Abs. 1 (»Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat«) angiver det centrale tema. For en udledning af retsstatsprincippet fra denne forfatningsbestemmelse se *Schmidt-Bleibtreu & Klein: Kommentar zum Grundgesetz 8. Auflage 1995 s. 497*.

⁷ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 23, 127ff (133)*.

⁸ *BVerfGE 19, 342ff (348f)*.

stemmelser.⁹ Placeringen af grundlaget for anvendelsen af proportionalitetsprincippet i rets- og socialstatsklausulen Artikel 20 Abs. 1 GG må på grund af denne klausuls generelle karakter og centrale placering i den tyske forfatning anses for at være den vigtigste.¹⁰ Initialgrundlaget for proportionalitetsprincippet i tysk ret kan dermed konstateres at være på det allerhøjeste retlige niveau.

4. De tre »klassiske« elementer

Når der i tysk teori refereres til proportionalitetsprincippet, antages dette at være et overordnet princip, som indeholder tre elementer. De tre elementer i proportionalitetsprincippet er: Der Grundsatz der Geeignetheit (egnhedsgrundsætningen), Der Grundsatz der Erforderlichkeit (nødvendighedsgrundsætningen) og Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (proportionalitetsprincippet i snæver forstand).¹¹ Hver af disse er at betragte som selvstændige grundsætninger, eller i den her anvendte terminologi selvstændige ugyldighedsgrunde.

Grundsætningerne retter sig hver især mod en mere eller mindre (vel)afgrænset problemstilling i forbindelse med ugyldighedsprøvelsen. Domstolene kan kun foretage en prøvelse ud fra synlige og konstaterbare elementer, selve skønsprocessen er ikke tilgængelig for domstolene. En domstolsprøvelse er derfor begrænset til, at domstolene kan vurdere enkelte konstaterbare elementer eller relatere disse elementer i forhold til hinanden.¹² Grundsætningernes indhold og anvendelse er defineret af, hvilke af de synlige elementer af skønsprocessen eller sammenhænge mellem disse de retter sig imod. De i artiklen omhandlede grundsætninger er reelt betegnelser for, hvilke elementer eller sammenhænge domstolene undersøger i forbindelse med domstolsprøvelsen af skønnet.

På grundlag af en undersøgelse af de enkelte grundsætningers krav til de synlige elementer og sammenhænge i forbindelse med skønsprocessen, kan der af den

⁹ Se litteratur i note 5.

¹⁰ Den centrale placering af rets- og socialstatsklausulen i forfatningsretten kan ses ved dens forfatningsretlige grundlag, som er Artikel 20 GG. Vigtigheden af Artikel 20 GG understreges af henvisningen i Artikel 79 Abs. 3 GG, som præciserer, at en ændring af de i Artiklerne 1 og 20 GG nedlagte grundsætninger ikke er tilladt. Proportionalitetsprincippet hæves dermed op på det højeste niveau i GG og finder derfor anvendelse på en eventuel ændring af og ved den konkrete anvendelse af de andre bestemmelser i GG.

¹¹ Se litteratur i note 2. Det bemærkes, at der i artiklen ikke forsøges skelnet mellem betegnelserne grundsætning og princip. I det behandlede område antages disse to begreber at dække over det samme.

¹² En grundliggende tese i afhandlingen er, at skønsprocessen er umulig at trænge ind i for domstolene, disse må derfor holde sig til at konstatere, om der er fejl i enten grundlaget (input) eller i resultatet (output). Ugyldighedsgrundene retter sig følgelig mod enten enkelte elementer (størrelser) i enten input eller output eller relationer mellem disse elementer.

enkelte grundsætning udledes mere eller mindre bestemte krav til den konkrete udøvelse af skønnet.¹³

4.1. Egnethedsgrundsætningen

Kravene til en akt fra domstolene i medfør af egnethedsgrundsætningen anses for opfyldt, såfremt det bagved liggende formål med aktens hjælp fremmes. Det er almindeligt anerkendt, at en delvis opfyldelse af formålet er nok til at opfylde egnethedskravet. Staten har selvsagt ingen interesse i at vedtage akter, som ikke fremmer et formål. Denne ugyldighedsgrund har derfor sjældent ført til en underkendelse af en lov. Der er dog i domstolspraksis enkelte tilfælde: Se BVerfGE 17, 306 (315ff), hvor forbuddet imod centraler, der formidlede betalende passagerer til private bilister, ikke kunne siges at fremme trafikikkerheden og hensynet til passagerernes sikkerhed. Og BVerfGE 55, 159 (165ff), hvor kravet om kendskab til skydevåben ikke ansås for at have nogen kausal forbindelse med tildelingen af en tilladelse til at drive falkejagt. Kravet om aflæggelse af skydeprøve og våbenkendskabsprøve kunne derfor ikke stilles i forbindelse med udstedelse af tilladelse til falkejagt.

Kendetegnende for egnethedskravet er, som det ses af dommene, at den enkelte akt skal kunne siges at have en forbindelse til det formål, som man ønsker at varetage. Der kræves fra BVerfG's side, at der ud fra en objektiv vurdering kan konstateres en kausalitet mellem den valgte akt og det formål, som ønskes fremmet ved akten.

4.2. Nødvendighedsgrundsætningen

Nødvendighedsgrundsætningen, der ofte også ses betegnet som det mindste middels princip, har to hovedformuleringer, der viser dens indhold. *Den positive*: Kun sådanne (egnede) midler, som fremkalder de mindste indgreb, må anvendes. *Den negative*: Nødvendighedsgrundsætningen anses for opfyldt, når den samme eller en bedre opfyldelse ikke kunne have været opnået med mindre indgribende midler.

Eksempler med underkendelse til følge er også i denne kategori forholdsvis sjældne. Se dog BVerfGE 21, 261 (269f), hvor nogle egnede formål, i form af at lette opgaven for nogle specialdomstole med at definere »arbejdere« og at lette

¹³ I afhandlingen opereres med en anderledes skønsdefinition end den danske. Den her anførte skønsdefinition går principielt ud på, at skønnet defineres som kommende til eksistens, *fordi* domstolene kontrollerer akten i medfør af de dommerskabte retsgrundsætninger. Modsat den danske opfattelse, hvorefter skøn som udgangspunkt defineres ved, at det retlige grundlag er ufuldstændigt, og de dommerskabte retsgrundsætninger derfor ses som *en begrænsning* af den frihed, forvaltningen har fået tildelt. Begrænsningen anses derfor for at være mere eller mindre på linie med den legale begrænsning. For en dansk skønsdefinition, se, *Bent Christensen*: Forvaltningsret Prøvelse, 2. udg. 1994 s. 50. Skønsdefinitionen i afhandlingen fokuserer på grænsen mellem skøn og vilkårlighed og ikke på grænsen mellem skøn og retsanvendelse. I tysk teori bruges begreberne Schranke og Schranken-Schranke, hvor det første beskriver den legale begrænsning og det anden den kontrol, domstolene udøver blandt andet i medfør af proportionalitetsprincippet. Se *Stern*: Staatsrecht s. 764 og for en mere udførlig gennemgang af skønsbegrebet, se *Lerche*: Übermass s. 65f.

opgaven for visse forbunds-anstalter for arbejdsovervågning og statistik, *ikke* fandtes at burde forsøges opnået ved det konkret valgte middel. Midlet bestod i at udvide monoopolet på arbejdsformidling til også at omfatte området for udlejning af arbejdskraft (Arbeitnehmer-Überlassungsverträge). Som begrundelse for afgørelsen henviser BVerfG direkte til, at formålene kunne opfyldes ved andre mindre indgribende midler, uden at BVerfG præciserer, hvilke andre midler der burde have været anvendt.

Grunden til den sjældne underkendelse i medfør af nødvendighedsgrundsætningen er, at der principielt kræves den samme grad af opfyldelse, ved det mindre indgribende middel som ved det valgte middel. Kravet om anvendelse af mindre indgribende midler er ikke så svært at opfylde, men typisk er det mindre indgribende middel også mindre virksomt. Derfor kan grundsætningens krav om samme grad af opfyldelse ofte ikke imødekommes ved det mindre indgribende middel.

Nødvendighedsgrundsætningen er udtryk for et krav om en afvejning mellem to eller flere midlers opfyldelse og indgribende virkning. Er opfyldelsen den samme eller bedre, kræver BVerfG, at myndigheden vælger det middel, til hvilket der er knyttet den mindst indgribende virkning. Konkret betyder nødvendighedsgrundsætningen, at myndigheden tvinges til undersøge den mulige tilstedeværelse af andre midler, samt at myndigheden må vurdere disse midlers indgribende virkning i forhold til hinanden. BVerfG kan også vælge under prøvelsen selvstændigt, at inddrage og undersøge mulige midler og disses indgribende virkning, derigennem kan BVerfG danne sig sit eget overblik over sagen.¹⁴

4.3. Proportionalitet i snæver forstand

Ved proportionalitet i snæver forstand (proportionalitet i.s.f.) er billedet af prøvelsen ikke så klart som ved de to første elementer. Selve betegnelsen proportionalitet viser sprogligt hen til, at der skal ske en afvejning mellem to eller flere elementer (størrelser).

Problemet ved afvejningen i forbindelse med proportionalitet i.s.f. er, at afvejningen ikke foregår mellem elementer, der ud fra en objektiv juridisk vurdering kan siges at være sammenlignelige. Anvendelsen af egnethedsgrundsætningen bygger på mere eller mindre objektivt konstaterbare fakta (kausalitet). Anvendelsen af nødvendighedsgrundsætningen bygger på en sammenligning af juridisk set principielt sammenlignelige størrelser (opfyldelse-opfyldelse og/eller skade-skade). Proportionalitet i.s.f. får derimod, fordi afvejningen kommer til at stå

¹⁴ BVerfGE 30, 292 er et sådant eksempel, hvor BVerfG foretager en indgående analyse af, hvilke midler der stod til lovgivers rådighed og disse midlers opfyldende virkning, omkostninger og andre relevante problemstillinger. BVerfG konkluderer efter denne undersøgelse, at de andre midler enten ikke havde samme grad af opfyldelse eller ud fra en relativ vurdering var for omkostningstunge. Med det sidste argument vises den snævre forbindelse mellem undersøgelsen i medfør af nødvendighedsgrundsætningen og prøvelsen i medfør af proportionalitet i.s.f. Nødvendighedsgrundsætningen opremser mulighederne og disses opfyldelse og skadevirkninger, proportionalitet i.s.f. danner grundlag for den endelige afvejning af fordele og ulemper.

mellem principielt usammenlignelige størrelser, karakter af en grundsætning, hvor domstolene i anvendelsen kommer tættere på en ren værdisætning af usammenlignelige størrelser i forhold til hinanden. Værdisætningen er uundgåelig, når man skal sammenligne størrelser, som måske er juridisk definerede, men ikke befinder sig inden for det samme afgrænsede juridiske område.

I praksis udtrykker BVerfG sig om proportionalitet i.s.f. mere konkret end ved egnethed og nødvendighed. Dette kan skyldes, at BVerfG først skal konstatere, hvilke elementer der skal indgå i en afvejning. Derefter skal BVerfG vurdere, hvilke juridiske områder disse elementer er udtryk for og skal henføres til. Endelig skal BVerfG foretage selve den konkrete afvejning. Opfattelsen af, at BVerfG i forbindelse med proportionalitet i.s.f. er nødt til at udtrykke sig mere generelt, understøttes af, at BVerfG i sine mere generelle teoretiske passager vælger at beskrive proportionalitet i.s.f. som en »Gesamtabwägung« (helhedsafvejning).¹⁵ Efter denne generelle konstatering påpeger BVerfGE så stadig i generelle juridiske termer, men mere konkret mellem hvilke juridiske elementer i forbindelse med skønsprocessen, der skal ske afvejning. Mellem hvilke elementer afvejningen skal finde sted defineres af, til hvilket juridisk område de elementer, der er til stede i den konkrete sag, knytter sig. Denne teknik gør at BVerfG får ridset op, hvilke juridiske elementer den konkrete afvejning skal finde sted mellem. Typisk er afvejningen mellem formålet og midlets juridisk set skadelige virkning. Den juridiske skadevirkning er traditionelt mere eller mindre lig med midlets indgribende virkning.¹⁶ Sluttelig tilføjer BVerfG det krav, at et eventuelt indgreb ikke må overskride en »Grenze der Zumutbarkeit« (grænse for hvad man kan byde borgerne).¹⁷

Den typiske afvejning står mellem det til grund for akten liggende formål og aktens indgribende virkning. Proportionalitet i.s.f. er dog et så åbent begreb, at der kan tænkes flere forskellige størrelser, mellem hvilke afvejning kan finde sted. Eksempelvis kan afvejningen foregå mellem to midlers skadelige virkning under inddragelse af opfyldelsesgraden, hvor formålet er mere eller mindre sekundært og kun kommer ind for at belyse midlernes virkning i form af opfyldelse.¹⁸ Der kan ved

¹⁵ Se eksempelvis BVerfGE 30, 292 (316).

¹⁶ Udtrykket hos *Stern*: Staatsrecht s. 782 er måske ikke helt præcist, når det antages at proportionalitet i.s.f. normalt udtrykkes som: »dass ein Mittel nicht ausser Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen darf«. Mere præcist er måske udtrykket: Midlets *skadevirkning* må ikke være uforholdsmæssig i forhold til det tilstræbte formål.

¹⁷ Problemet omkring »Zumutbarkeit« behandles ikke her, men for diskussionen se *Rüdiger Konradin Albrecht*: Zumutbarkeit als Verfassungsmassstab, i *Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht* Band 30. Berlin 1995

¹⁸ Et eksempel på en sådan dom er den danske dom U 1962.554 ØLD »Pølsestatedommen«. Denne dom viser netop samspillet mellem proportionalitet i.s.f. og nødvendighedsgrundsætningen. Set ud fra opfyldessynspunkt havde opsigelse med en måneds frist været en bedre opfyldelse end opsigelse med et års frist, men skadevirkningen ved benyttelsen af den korte frist

afvejning i forbindelse med proportionalitet i.s.f. principielt ske en afvejning mellem alle konstaterbare elementer omkring skønsprocessen.

4.4 Generelt for de tre ugyldighedsgrunde

Der er en række fælles problemer angående de tre ugyldighedsgrunde. For det første er der problemet om, hvilket tidspunkt der skal lægges til grund for selve prøvelsen. Her går BVerfG klart ind for en *ex ante* vurdering og ikke en *ex post* prøvelse. Dette gør, at myndigheden ikke bliver ramt direkte af »tidens bagklogskab«. Det andet problem, der har sammenhæng med det første, er hvordan man skal forholde sig med akter, som på grund af udviklingen viser sig over tid at komme i strid med proportionalitetsgrundsætningen. BVerfG har ikke taget endelig stilling til dette, men domstolen antages ifølge teorien at ville stille krav om ændring af utidssvarende love.¹⁹ Disse problemer må for en stor dels vedkommende løses af domstolene ved hjælp af kendte juridiske instrumenter som eksempelvis underkendelse *ex nunc* i stedet for *ex tunc*.

I den moderne teori kan spores en nyorientering i retning af, at BVerfG ikke kun anvender proportionalitetsprincippet som »beskyttende«, men at BVerfG også tillægger proportionalitetsprincippet betydning inden for området af offentlige ydelser. En sådan udvidelse vil betyde, at BVerfG ikke kun benytter retsstatsklausulen som grundlag for materielle krav til offentlige akter, men reelt inddrager socialstatsklausulens som grundlag for krav til offentlig ageren.²⁰ En sådan udvikling vil ikke være overraskende når henses til rets- og socialstatsklausulens nære sammenhæng ikke mindst i selve GG.²¹

I nærværende artikel vil det føre for vidt at gå dybere ind i alle de problemer, som rejses i forbindelse med en grundsætning som proportionalitet. Det skal dog konstateres, at afvejningens retlige grundlag er den forfatningsretlige vægt, der tillægges de enkelte i afvejningen inddragne goder.²² Dette leder hen til den grad af intensitet, hvormed den enkelte prøvelse foretages. Det er klart, at der for lovgiver ved en forfatningsretlig afvejning kun er sat yderste grænser. Derfor vil en forfatningsretlig prøvelse, som ikke er intensiveret, fordi denne støttes på en eller anden form for konkret forfatningsretlig retskilde eller anden retskilde på højeste

var så meget større, at domstolen fandt, at den korte opsigelse ikke burde benyttes. Nødvendighedsgrundsætningen opstiller de to muligheder og disses fordele og skadelige virkninger, proportionalitet i.s.f. afgør sagen ved en »helhedsvurdering«.

¹⁹ Se *E. Grabitz: Archiv des öffentlichen Rechts* 1973 Band 98 s. 568 (571). Se også BVerfGE 7, 377 (417f), hvor der kan spores en vis tendens til at inddrage tiden efter en lovs vedtagelse i overvejelserne.

²⁰ Se *Stern: Staatsrecht* s. 764 med yderligere henvisninger.

²¹ Begge klausuler er placeret i Artikel 20 Abs. 1 GG.

²² Se *R. Wendt: Archiv des öffentlichen Rechts* 104. Band 1979 s. 415ff (435), hvor det afgørende for et elements »værdi« i afvejningen ud fra en forfatningsretlig vurdering påpeges.

niveau, meget sjældent (konkret måske aldrig) føre til underkendelse. BVerfG's terminologi lader dog ingen tvivl tilbage om, at der i selve ugyldighedsgrundene findes en selvstændig materiel kerne, som principielt kan danne grundlag for underkendelse.²³

5. De to andre elementer i tysk forfatningsret

Efter min mening er indholdet af det tyske forfatningsretlige proportionalitetsprincip ikke fyldestgørende beskrevet med de tre ovenfor gennemgåede elementer. Der kan i centrale domme omkring proportionalitetsprincippet konstateres andre ugyldighedsgrunde. Efter min mening kan disse andre ugyldighedsgrunde defineres som to til dels uafhængige ugyldighedsgrunde. Disse ugyldighedsgrunde er ikke særlig ofte anvendt og er ifølge sagens natur ikke særlig teoretisk veldefinerede. Argumentet om anvendeshyppigheden gælder dog også for andre grundsætninger især for egnethedskravet, uden at man af den grund undlader at behandle disse grundsætninger teoretisk. Jeg vil derfor vælge at tage udgangspunkt i en central dom vedrørende proportionalitetsprincippet fra BVerfG og ud fra denne belyse den teoretiske placering af disse to andre grundsætninger i det tyske proportionalitetsprincip. Andre domme vil blive inddraget for at belyse den praktiske anvendelse af de to grundsætninger.

5.1. BVerfGE 30, 292

Dommen behandles traditionelt i teorien under nødvendighedsgrundsætningen. Dommen har en intensiv gennemgang af andre muligheder (midler) for lovgiver end det konkret valgte. Derudover sker en intensiv vurdering af disse midlers opfyldelsesgrad og skadevirkning. Dommen illustrerer på grund af dette netop prøvelsen i medfør af nødvendighedsgrundsætningen på eksemplarisk vis.

Dommen indeholder andre ugyldighedsgrunde end den meget præcise teoretiske og praktiske gennemgang af nødvendighedsgrundsætningen. Der er i dommen efter min mening afgørende generelle og konkrete elementer, som direkte viser, at der ved siden af de tre klassiske ugyldighedsgrunde i proportionalitetsprincippet eksisterer andre ugyldighedsgrunde. BVerfGE 30, 292 er på grund af sin centrale placering i forbindelse med proportionalitetsprincippet generelt og dens indhold i forbindelse med gennemgangen af proportionalitetsprincippet af afgørende betydning for de her i artiklen fremsatte påstande.

Dommen omhandlede en tysk lov, hvorefter importører og raffinaderier, som handlede med færdige olieprodukter, skulle have et vist forråd af færdige olieprodukter. Nogle importører uden tilknytning til store selskaber klagede over loven til BVerfG. Påstanden var, at loven krænkede deres ret til fri erhvervsudvel-

²³ Typisk konstaterer BVerfG i forbindelse med en undersøgelse i medfør af en af de nævnte grundsætninger at: »grundsætningen kun sætter yderste grænser for lovgivers vurderings- og beslutningsfrihed« BVerfGE 30, 292 (317).

se (Artikel 12 Abs. 1 GG), samt at de mindre selvstændige importører var uforholdsmæssigt hårdt ramt af loven.

BVerfG foretog en intens prøvelse af loven, herunder både lovgivers mulighed for at benytte private virksomheder til offentlige formål, lovens primære og sekundære formål, lovgivers andre muligheder og om enkelte grupper var specielt hårdt ramt. I forbindelse med de tre sidste emner giver dommen en udførlig gennemgang af proportionalitetsprincippet.

Som mange andre af dommene fra BVerfG indledes proportionalitetsundersøgelsen med en mere generel teoretisk kommentar. Gennemgangen af proportionalitetsprincippet begynder s. 315 i dommen, hvor det konstateres, at når lovgiver foretager indgreb i erhvervsfriheden kræves proportionalitetsprincippet overholdt. Derefter gennemgår BVerfG forholdet mellem individ og fællesskab både for det konkrete område og generelt. Derved når BVerfG s. 316 frem til at:

»Auf dieser Grundlage hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Massstab für die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Berufsausübungsregelungen folgende Bedeutung:

aa) Der Gesetzgeber darf die freie Berufsausübung nur im Interesse des Gemeinwohls und nur zur Lösung solcher Sachaufgaben beschränken, die ein Tätigwerden des Gesetzgebers überhaupt zu rechtfertigen vermögen und der Wertordnung des Grundgesetzes nicht widersprechen. Er muss den Eingriff in das Grundrecht mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls begründen können und darf seine Rechtsetzungsmacht nicht zu sachfremden Zwecken missbrauchen (BVerfGE 7, 377 [405ff]; 23, 50 [56])«.

Efter dette citat følger i dommen under litra bb) og cc) en lignende generel gennemgang af de tre klassiske elementer i proportionalitetsgrundsætningen. En sådan generel præcisering må betyde, at BVerfG med dette vil give et signal om proportionalitetsprincippets generelle elementer. Efter denne generelle oprensning påbegynder BVerfG en gennemgang, hvor de generelt opstillede ugyldighedsgrunde anvendes på de konkret tilstedeværende objektivt konstaterbare størrelser, hvorved ugyldighedsgrundenes betydning i sagen konkretiseres. Denne gennemgang følger BVerfG's opdeling i den generelle fremstilling af proportionalitetsprincippet, og de enkelte punkter er direkte markeret med litra aa), bb) og cc) som reference. Den konkrete gennemgang giver derfor et godt indtryk af, hvad BVerfG har forestillet sig under den mere generelle fremstilling af de selvstændige ugyldighedsgrunde i proportionalitetsprincippet. BVerfG's praksis har i forhold til dansk retspraksis den forskel, at BVerfG ofte udtrykker sig henholdsvis i en generel og i en konkret del. Når dette som i BVerfGE 30, 292 gøres med en generel del og en konkret anvendelsesdel med direkte henvisninger tilbage til den generelle del, letter dette opgaven for en teoretiker betydeligt.

Proportionalitetsprincippet er i dommen præciseret både generelt og konkret. Dette burde måske have medført, at i hvert fald den efterfølgende litteratur om emnet, mere end tilfældet er, burde have inddraget ikke kun de under litra bb) og cc) nævnte ugyldighedsgrunde men ligeledes havde behandlet de under litra aa) omhandlede ugyldighedsgrunde i beskrivelsen af proportionalitetsprincippet. Da dommen er fra den 16. marts 1971, og den konkrete ugyldighed under litra aa)

støtter sig på tidligere domme, er det bemærkelsesværdigt så lille opmærksomhed, denne problemstilling har fået i den efterfølgende litteratur.²⁴

5.2. Forhold til de danske ugyldighedsgrunde

Når man ud fra den danske retlige tradition betragter det ovenfor citerede, forekommer det klart, at heri ligger en anerkendelse fra BVerfG's side af, at fejl i forbindelse med skønnet også kan forekomme på siden for retsfaktum og ikke kun på retsfølgesiden, som synes at være den fremherskende antagelse i tysk teori.

Bent Christensen gør netop i sin Forvaltningsret opmærksom på den opdeling, man kan foretage i vurderingen af skønnet og synes der at forudsætte, at domstolene ikke kan få adgang til selve skønsprocessen, men er nødt til at koncentrere deres undersøgelse til objektivt konstaterbare fakta i selve grundlaget for og resultatet fra skønsprocessen. I denne forbindelse er han inde på, at lovgiver kan bestemme retsfaktum og retsfølge mere eller mindre bestemt, og at domstolene følgelig kan tage stilling til, om myndigheden overholder de opstillede grænser.²⁵ Efterfølgende opstiller han et system, som primært er til anvendelse på retsfaktumsiden, uden at han dermed underkender, at der eksisterer en retsfølgeside.²⁶ På retsfaktumsiden foretager Bent Christensen derefter en opdeling i fakta og hvilke kriterier (formål) myndigheden kan varetage. Bent Christensen angiver, at der ikke er nogen skarp linie mellem disse to elementer.

Det ovenfor citerede fra dommen BVerfGE 30, 292 (316) under litra aa) kan efter min mening analyseres med en indgangsvinkel, som henter inspiration fra den danske magtfordretningslære.²⁷ Efter min mening er der i det citerede to hovedpunkter, som kan danne grundlag for at definere selvstændige ugyldighedsgrunde. *Det ene punkt* er, at lovgiver skal have et grundlag for »overhovedet« at handle. Grundlag må her forstås således, at der skal foreligge faktiske forhold, som gør en

²⁴ I den ovenfor nævnte teori og i de fleste af de værker, som ellers i tysk ret er udgivet omkring proportionalitetsprincippet, kan jeg ikke finde andre sikre referencer til de to andre ugyldighedsgrunde end en enkelt side hos, *Hirschberg*: *Der GdV* s. 57f. Her henvises til enkelte andre domme, som er uden samme sikre generelle præcisering.

²⁵ *Bent Christensen*: *Forvaltningsret* 2. udg. 1997 (*B. Christensen*: *Forvaltningsret* 1997) s. 119ff. Den anderledes skønsdefinition får en indirekte betydning i denne sammenhæng. I nærværende artikel antages, at domstolsprøvelsen i medfør af ugyldighedsgrundene principielt er ubundet af et konkret regelgrundlag. Det konkrete regelgrundlag antages derfor først at få betydning ved intensiteten af prøvelsen jævnfør opdelingen under de systematiske tiltag. B. Christensen mener derimod, at kontrollen fra domstolene er mere eller mindre bundet til lovgrundlaget, og derfor bliver kontrollen principielt bundet til det konkrete retsgrundlag. Forskellen i antagelse om grundlaget for prøvelsen får dog ikke betydning for, hvilke elementer domstolene konkret kan drage ind i en ugyldighedsprøvelse.

²⁶ *B. Christensen*: *Forvaltningsret* 1997, s. 123 nederst.

²⁷ Her især fra *B. Christensen*: *Forvaltningsret* 1997, s. 119ff.

handling nødvendig.²⁸ *Det andet punkt* ligger tættere op af det centrale spørgsmål i den danske magtfordrejningslære, hvor spørgsmålet er, om det anvendte kriterium er lovligt i den forstand, at det må henregnes til de interesser, det offentlige kan varetage. Der skal i løsningen af problemet ligge et ønske om at fremme en legitim offentlig interesse. Disse to ugyldighedsgrunde er meget snævert forbundne. For dansk rets vedkommende påpeges dette af B. Christensen. I nærværende sammenhæng betyder den snævre forbindelse mellem de to ugyldighedsgrunde, at definitionen af, hvilke faktiske forhold der kan retfærdiggøre, at staten agerer, også kan være defineret af, hvilke interesser staten anses for legitimeret til at fremme.²⁹

5.3. Grundlag i fakta

Det første punkt, at lovgiver skal have et grundlag for at handle, leder hen til, at domstolene kan undersøge, om der er faktiske forhold, som retfærdiggør, at lovgiver har grundlag for at agere. Af BVerfGE 30, 292 (317) fremgår at lovgiver konkret kunne påvise en fare, der kunne retfærdiggøre en offentlig handling fra lovgivers side. Sikringen af forsyningen med energi var så vigtig, at afværgelse af faren ved svigt i forsyningerne kunne siges at retfærdiggøre en handling fra statens side.

Et eksempel på en dom, hvor BVerfG underkender, at lovgiver skulle have et grundlag for at handle, er den såkaldte »Apothekerurteil« jf. BVerfGE 7, 377 (405ff), som omhandlede en lov, der regulerede adgangen til at slå sig ned som apoteker i Bayern. For at få tilladelse krævedes et bestemt befolkningsunderlag. Derved skulle angiveligt den enkelte apotekers indtægt sikres således, at apotekere vedblev at være retskafne mennesker og ikke udnyttede de muligheder for mere eller mindre agtværdig adfærd, faget tilbød. BVerfG prøvede intensivt, om der var et faktisk grundlag i form af en fare for almenheden, og s. 415 konkluderer BVerfG på grundlag af en større undersøgelse:

²⁸ Når man er på forfatningsniveau, er det selve rammen for statens opgaver, der definerer hvilke fakta, der konkret skal varetages. I tysk ret behandles dette spørgsmål under betegnelsen Gefahrenabwehr, hvor statens grundlæggende opgave ses at være at afværge farer. Se *Drews/Wacke/Vogel/Martens: Gefahrenabwehr* 8. Auflage Köln 1975, som fokuserer på spørgsmålet i forbindelse med udøvelse af politimagt. På s. 173f foretages der en opdeling i opgave (at afværge fare), bemyndigelse (til at udføre opgaven) og endelig at skønsudøvelsen skal være fejlfri. I den moderne stat kan man ikke se statens opgaver som kun at afværge fare, der er også en mere distributiv forpligtelse, som gør at også nød eller fare for nød kan danne grundlag for at handle. Området for statens handlemuligheder og pligter har sammenhæng med spørgsmålet om indholdet af rets- og socialstatsklausulen, som nævnt ovenfor antages statens sociale pligter at blive stedse mere fremherskende, og dette medfører, at fakta af social karakter selvstændigt kan danne grundlag for en statslig handling.

²⁹ Grænsen mellem de to ugyldighedsgrunde kan illustreres ved et eksempel. Er der en trussel i form af støj fra en grund (fakta), kan ejeren af nabogrunden gribe til retsskridt. Det offentlige kan sandsynligvis ikke gribe ind, fordi varetagelse af private interesser ikke er sagligt. Er der derimod tale om en forurening, som truer et boligkvarter (fakta), kan det offentlige sandsynligvis komme med pålæg, fordi afværgelse af denne »fare« vil være et sagligt offentligt formål.

»Das Bundesverfassungsgericht hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, dass diese Gefahr droht«.

Klarere kan grundsætningen om, at visse fakta i form af fare (i det konkrete tilfælde faren for almenheden i form af for »ivrigt« salg af lægemidler uden medicinsk grund) skal være til stede, og dette i en sådan grad at det retfærdiggør en handling, ikke udtrykkes.

I den senere »Kassenartzurteil« jf. BVerfGE 11, 30 (45ff) prøver BVerfG i en juridisk meget lignende situation også, om der er et faktisk grundlag for handling i form af fare. Med en henvisning til BVerfGE 7, 377 findes indskrænkningen i friheden til erhverv at være uproportional (übermässig) fordi:

»sie zur Abwehr mit einiger Sicherheit vorraussehbarer erheblicher Gefahren nicht notwendig ist«.

Dommen viser med al tydelighed, at i hvert fald ved indgreb i retten til den fri erhvervsudøvelse skal lovgiver kunne bevise, at der er faktiske omstændigheder, som skal kunne udgøre et retfærdiggørende grundlag for at iværksætte en indgribende akt. Nødvendighed er her, ikke som ved nødvendighedsgrundsætningen, et spørgsmål om et muligt mindre indgribende middel. Nødvendigheden er her et spørgsmål om, hvorvidt en offentlig handling overhovedet er påkrævet (nødvendig).

5.4. Sagligt/usagligt formål

Det andet punkt eller ugyldighedsgrund, som citatet fra BVerfGE 30, 292 (316) under litra aa) giver basis for, er kravet om at udnyttelse af muligheden for lovgiver for at handle skal ske til varetagelse af saglige formål. Først kræver BVerfG betingelsen om tilstedeværelsen af »fare« for almenheden, som giver lovgiver grundlag for »overhovedet« at agere opfyldt. Dernæst stiller BVerfG det yderligere krav, at den handling, som lovgiver iværksætter, skal bygge på saglige og fornuftige overvejelser og ikke må bruges til at fremme usaglige formål. Lovgivningsmagten skal kunne begrunde indgreb med fornuftige overvejelser i fællesskabets interesser (vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls) og muligheden for at handle må ikke bruges til at fremme usaglige formål (sachfremden Zwecken missbrauchen). Denne del af citatet er som taget ud af den danske teori om magtfordrejning.

Det centrale i den anden ugyldighedsgrund drejer sig om at fastlægge, hvilke hensyn der kan henregnes til saglige, og hvilke hensyn, der skal henregnes til de usaglige. Konkret vil der i anvendelsen også kunne ske en afvejning mellem hensyn.

I selve dommen BVerfGE 30, 292 (318) kommer saglighed/usaglighed tydeligt frem ved konstateringen af, om det konkrete tiltag bygger på saglige grunde. Først fastslås på s. 317f, at forsyningssikkerheden er et sagligt formål. På s. 318 undersøger BVerfG så den effekt af det konkret valgte middel, at den yderligere omkostning, som en udvidet lagerpligt er for olieleverandørerne, vil fremme kuls konkurrencesituation. »Sideformålet« (Nebenzweck) i form af en forbedret

konkurrencesituation for kul findes også at kunne henregnes til kredsen af saglige formål.

Hvorfor BVerfG inddrager sideformålet, når dette også regnes for at være et sagligt formål, kan der kun gisnes om. BVerfG havde netop konstateret et sagligt formål og fastslået, at dette formål kunne danne grundlag for den foretagne regulering (jf. s. 317f). En mulig grund til inddragelsen af »sideformålet« i undersøgelsen kunne være pligten for lovgiver til at fremkomme med alle de (reelle) formål, som ligger til grund for lovgivning. Lovgivers pligt til at begrunde lovgivning kan læses ud af den generelle del af BVerfGE 30, 292 (316). Til støtte for en sådan forståelse kan nævnes, at BVerfG påpeger, at »sideformålet« ikke er nævnt i motiverne, men at lovgiver senere har vedkendt sig dette formål som bevæggrund. En anden grund kan være, at BVerfG anser en fuldstændig begrundelse af lovgivning for at være vigtig for at få fastslået tilstedeværelsen af eventuelle usaglige formål. Konstateringen af eventuelle usaglige formål skal så ske på trods af tilstedeværelsen af et sagligt formål, der kan bære indgrebet. Grunden for kravet om fuldstændig fremlæggelse af bevæggrunde kunne så være, at BVerfG ville intensivere prøvelsen på grund af tilstedeværelsen af et usagligt formål, eller at BVerfG i givet fald ville foretage en afvejning mellem de to formål.

Til støtte for, at tilstedeværelsen af et usagligt formål kan begrunde en generelt intensiveret prøve, kan tages den såkaldte »Mitfahrzentral« dom BVerfGE 17, 306 (317). Dommen drejede sig om et forbud imod centraler til formidling af passagerer til personbiler, som mod vederlag kunne køre med over længere strækninger. Formålet med forbuddet skulle angiveligt være hensynet til trafikikkerheden generelt og passagerernes personlige sikkerhed. BVerfG påpeger direkte under henvisning til en dom fra Bundesgerichtshof i samme anledning den sandsynlige tilstedeværelse af et usagligt formål i form af beskyttelse af De tyske Statsbaner. I forlængelse heraf konstaterer BVerfG ugyldigheden af den konkrete lov i forbindelse med:

»Jedenfalls verstösst eine solche der Sachlage zuwiderlaufende Gesetzgestaltung, die die wahren Absichten des Gesetzgebers verschleiert, gegen das Rechtsstaatsprinzip; sie hält sich nicht im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung und ist deshalb nichtig«.

Underkendelsen af loven har ifølge den konkrete begrundelse en materiel side og en formel side. Den formelle side indeholder et krav til lovgiver om ikke at skjule de reelle hensigter (formål) med en lov. Som det ses af det citerede har det formelle krav om reelle begrundelser af love spillet en væsentlig rolle i den konkrete sag.

Den materielle side, som er den mest relevante i nærværende sammenhæng, er BVerfG's henvisning til, at loven i realiteten ikke fremmer de formål, som den angiveligt skulle og som anses for at være saglige formål. Når man ser, at BVerfG anså lovgivningen for at stride imod de konkrete forhold (Sachlage) i den form, at et sådant forbud ikke antages at fremme nogen form for trafikikkerhed eller sikkerhed for den enkelte passager, kan det ikke undre, at BVerfG underkendte reguleringen. Den konkrete undersøgelse foretaget af BVerfG viste, at loven snarere nedsatte trafikikkerheden og passagerernes personlige sikkerhed, fordi passagerer

på grund af centralerne blev afholdt fra at søge kørelighed i trafikken ved at »køre på tommelfingeren«, og fordi »mitfahrzentralerne« tjekkede førerbevis og forsikringsforhold. Den konkrete ugyldighed og måske også intensiteten i prøvelsen kan have noget at gøre med den overskyggende tilstedeværelse af det usaglige formål.³⁰ Dommen er set ud fra denne synsvinkel et bevis på, at lovgiver ved benyttelse af sin magtbeføjelser forsøgte at gennemføre en beskyttelse af sine »egne« statsbaner, og at dette af BVerfG i den konkrete situation blev anset for at være sket ved anvendelse af en metode, der ansås for at være fremme af et usagligt formål. At forsøge at holde offentlig transport rentabel og dermed i drift til gavn for fællesskabet var måske en statslig opgave og kunne derfor danne grundlag for en lovgivningsmæssig regulering. Det konkrete indgreb i form af forbud mod »mitfahrzentraler« blev ikke anset for at kunne begrundes med fornuftige overvejelser i almenhedens interesse og blev følgelig underkendt.

6. Konklusion

Det må konkluderes, at der i forbindelse med gennemgang af BVerfG's retspraksis vedrørende proportionalitetsprincippet kan konstateres tilstedeværelse af ugyldighedsgrunde, som ikke passer ind i den gængse terminologi og anvendelsesområde for de tre klassiske tyske ugyldighedsgrunde, med deres fokusering på retsfølgen. Mere præcist kan det konstateres, at BVerfG både i den generelle konstatering af proportionalitetsprincippets indhold og i den praktiske anvendelse i flere af de for proportionalitetsprincippet centrale domme har givet proportionalitetsprincippet et indhold, der ikke fuldt ud stemmer overens med den i tilknytning til proportionalitetsprincippet eksisterende litteraturs fokusering på de tre klassiske ugyldighedsgrunde i tysk forfatningsret. Retfølgen skal ikke ses som det afgørende for ugyldighedsprøvelsen i tysk forfatningsret. Det kan med udgangspunkt i en dansk ugyldighedslære konstateres, at BVerfG også benytter sig af elementer fra retsfaktumsiden til en belysning af ugyldighed i forbindelse med skønsprocessen. BVerfG fokuserer dermed i sin ugyldighedsprøvelse på alle de tilgængelige elementer omkring skønsprocessen. Derved fremstår BVerfG's ugyldighedslære på området for de dommerskabte ugyldighedsgrunde med offentlige akter udstedt på ufuldstændigt retligt grundlag som mere helstøbt end den danske ugyldighedslære.

³⁰ Se for en lignende antagelse ved tilstedeværelsen af usaglige hensyn i den danske ugyldighedslære *Ole Krarup: Øvrighedsmyndighedens Grænser*, 1969 s. 110ff.

Beskatning af ægtefæller

- ved fælles drift af en personligt ejet virksomhed

af

Susanne Pedersen

1. Indledning

Ikke sjældent ses det, at begge i et parforhold er aktive i en virksomhed, som den ene af parterne ejer, eller som de ejer og driver i fællesskab. Der kan være tale om, at parret har samme uddannelse og driver en fælles virksomhed, som f.eks. læger, revisorer og frisører. I sådanne tilfælde vil der ofte være tale om et samarbejde mellem ligeværdige parter, hvor begge yder en lige stor indsats i virksomheden. Der kan også være tale om, at parterne ikke har samme uddannelse, og den indbyrdes arbejdsdeling er således, at det har karakter af, at den ene part driver virksomheden, og den anden part har status som ansat eller medhjælper i virksomheden, som f.eks. læge og sygeplejerske, revisor og kontorassistent. Arbejdsindsatsen - evt. målt i timer - kan også i sidstnævnte tilfælde være næsten det samme for parterne.

Hvis to (eller flere) ikke interesseforbundne parter (her forstået som ægtefæller) med samme uddannelse driver virksomhed sammen, og virksomheden ikke er organiseret som et aktie- eller anpartsselskab, vælges ofte interessentskabsformen. Det gælder også ugifte samlevende, der således vil kunne drive en fælles erhvervsvirksomhed i interessentskabsform på samme vilkår som andre personer, der driver virksomhed sammen. Det har ingen betydning for beskatning af virksomhedens resultat, at interessenterne deler avis efter arbejdstids ophør.

Fra det tidspunkt der indgås ægteskab mellem interessenterne, sker der imidlertid en væsentlig ændring i beskatningen af virksomhedens indkomst og dermed af interessenternes beskatning. Beskatning af virksomhedens overskud sker herefter iht. reglerne i kildeskattelovens (KSL) § 25 A.

Spørgsmålet om den skattemæssige forskelsbehandling af ugifte samlevende og ægtefæller, når parterne sammen driver en erhvervsvirksomhed, har senest været rejst i en sag om et ægtepar, der forud for ægteskabets indgåelse sammen havde drevet frisørsalon i interessentskabsform. De fortsatte virksomheden, efter at de var blevet gift, og klagede over den skattemæssige forskelsbehandling ægteskabsindgåelsen medførte i relation til deres beskatning af virksomhedens resultat, jf. TFS 1998.754 VLD¹

¹ Vestre Landsretsdom af 26. oktober 1998, 11. Afd. B 2526/1996. Tidligere landsskatteretskendelse af 23. august 1996, 651-1223-34 - offentliggjort i TFS 1996.748.

Den konkrete sag har givet anledning til en udvidelse af KSL § 25 A vedrørende beskatning af erhvervsvirksomhed, hvor begge ægtefæller deltager i samme omfang i driften.² Nærmere herom nedenfor i afsnit 2.2.

2. Beskatning af fælles virksomhed, når der er indgået ægteskab

2.1. Gældende beskatningsregler

Ægtefællebeskatningen er en afvejning mellem på den ene side at anerkende, at der er tale om to i princippet selvstændige skattesubjekter, jf. udgangspunktet i KSL § 4, stk. 1, hvorefter »ægtefæller beskattes hver af deres indkomst«, og på den anden side det interessefællesskab, der nødvendigvis vil være mellem ægtefæller, der i større eller mindre udstrækning har fælles økonomi, og en interesse i samlet set at betale så lav en skat som mulig, jf. de forskellige sambeskatningseffekter, der eksisterer, når der er indgået ægteskab.³

Reglerne vedrørende ægtefællers fordeling af overskud fra selvstændig erhvervsvirksomhed findes som tidligere nævnt i KSL § 25 A.

Udgangspunktet er, at indkomst, der vedrører en erhvervsvirksomhed, medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, personlige indkomst og kapitalindkomsten, jf. personskattelovens (PSL) §§ 2-4, hos den ægtefælle, der *driver* (min fremhævelse) virksomheden, jf. KSL § 25 A, stk. 1. Det gælder også, selvom virksomheden og de aktiver, der anvendes i driften heraf, tilhører den anden ægtefælles bodel eller særeje.⁴ Kapitalafkast iht. virksomhedsskattelovens (VSL) § 7, der overføres til den skattepligtige, medregnes dog ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst og kapitalindkomsten hos den ægtefælle, der har *rådighed* (min fremhævelse) over virksomheden, som nævnt i KSL § 24 A.

Deltager begge ægtefæller i driften af erhvervsvirksomheden, beskattes indkomsten hos den ægtefælle, der i *overvejende grad driver*⁵ virksomheden, og

² Jf. lov nr. 976 af 17. december 1997. Lovforslag nr. L 52 om ægtefællers fordeling af resultat fra fælles drevet erhvervsvirksomhed og lempelse af beskatning af gaver mellem ugifte samlevende. Fremsat den 29. oktober 1997, FT 1997/1998 Tillæg A sp. 1271/1288, og vedtaget den 16. december 1997, FT 1997/1998 Tillæg C sp. 103. Reglerne finder anvendelse f.o.m. indkomståret 1998.

³ For en nærmere redegørelse af reglerne for beskatning af ægtefæller kan henvises til *Lida Hulgaard* m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 8. udg. kap. 24, *Jens Olav Engholm Jacobsen* m.fl.: Skatteretten 1, 2. udg. afsnit IV kap. 3 samt Ligningsvejledningen 1997 afsnit A.A.4.

⁴ Jf. Ligningsvejledningen 1997 afsnit A.A.4.5.

⁵ I relation til selve indkomstopgørelsen er det den ægtefælle, som anses som rette indkomstmodtager - den der i overvejende grad driver virksomheden - iht. KSL § 25 A, stk. 1, der kan foretage skattemæssige afskrivninger i medfør af KSL § 26 A, stk. 1, og det er også denne ægtefælle, som efter PSL § 3, stk. 2, nr. 1 kan fradrage driftsomkostninger i sin personlige indkomst.

der kan vælges mellem beskatning som medarbejdende ægtefælle iht. KSL § 25 A, stk. 3, jf. afsnit 2.1.1. eller bruge reglerne om lønaftale iht. KSL § 25 A, stk. 7, jf. afsnit 2.1.2. for så vidt angår den anden ægtefælle. Endvidere vil der kunne vælges, at virksomhedens resultat skal fordeles mellem ægtefællerne iht. KSL § 25 A, stk. 8, jf. afsnit 2.2.

2.1.1. Medarbejdende ægtefælle⁶

Betingelserne for, at der kan ske overførsel af overskud til medarbejdende ægtefælle iht. KSL § 25 A, stk. 3 er for det første, at ægtefællerne er samlevende i skattemæssig forstand ved indkomstårets udløb.⁷

For det andet skal ægtefællerne have deltaget i væsentligt omfang i driften af den ene ægtefælles eller begges erhvervsvirksomhed. Denne betingelse må altid anses for opfyldt i tilfælde, hvor ægtefæller driver en fælles virksomhed, og hvor arbejdsindsatsen stort set er den samme. Denne betingelse vil ikke blive nærmere omtalt.⁸

Såfremt ovennævnte betingelser er opfyldt kan der overføres indtil 50 pct. af virksomhedens overskud opgjort efter KSL § 25 A, stk. 4, dog højst 117.300 kr.⁹ til den ægtefælle, der *ikke* i overvejende grad driver virksomheden (= medarbejdende ægtefælle).

Reglerne i KSL § 25 A, stk. 3 vedrører alene overførsel af overskud til beskatning hos medarbejdende ægtefælle. Såfremt den skattepligtige indkomst i virksomheden er negativ, vil en tilsvarende del af underskuddet ikke blive overført til medarbejdende ægtefælle, men der vil ske modregning af underskuddet iht. reglerne i PSL § 13 eller iht. VSL § 13.

Det overførte beløb til medarbejdende ægtefælle må imidlertid ikke stå i misforhold til ægtefællens indsats i virksomheden.¹⁰

2.1.2. Lønaftale

Som alternativ til reglerne om overførsel af overskud til medarbejdende ægtefælle iht. stk. 3, kan ægtefællerne indgå en lønaftale, jf. KSL § 25 A, stk. 7. Såfremt ægtefællerne indgår en lønaftale, betragtes den ægtefælle, der i overvejende grad driver virksomheden og dermed skal medregne overskuddet fra virksomheden, som arbejdsgiver, mens den anden ægtefælle betragtes som lønmodtager, jf. bestemmelsens 5. og 6. pkt. Det betyder, at pligten til at indeholde og indbetale A-skat efter

⁶ Se i øvrigt vedrørende reglerne om medarbejdende ægtefælle i cir. nr. 135 af 4. november 1988 om opkrævning af indkomst- og formueskat pkt. 21ff. - herefter cit. cir. nr. 135.

⁷ Hvad der forstås ved samlevende i skattemæssig forstand er fastlagt i KSL § 4, stk. 3-6.

⁸ For en nærmere omtale af denne betingelse kan henvises til cir. 135 pkt. 23.

⁹ Beløbet reguleres hvert år iht. PSL § 20 og udgør i indkomståret 1999 159.600 kr.

¹⁰ Jf. *Lida Hulgaard* m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 8. udg. p. 554.

Kildeskatteloven skal overholdes, og at der skal indeholdes og indbetales AM-bidrag efter lov om Arbejdsmarkedsfonde. Dette er blevet præciseret i bestemmelsens 1. pkt. i forbindelse med ændringen af Kildeskatteloven ved lov nr. 976 af 17. december 1997.

Lønudgiften til ægtefællen bliver således sidestillet med andre lønudgifter i virksomheden, hvilket vil sige, at den betragtes som en fradragsberettiget driftsomkostning, jf. statsskattelovens (SL) § 6 a. Det betyder også, at der kan udbetales løn til ægtefællen, selvom virksomheden i et indkomstår giver underskud.

Den udbetalte løn må dog ikke stå i åbenbart misforhold til den i virksomheden udførte arbejdsindsats, jf. KSL § 25 A, stk. 7, 4. pkt.

2.1.3. Sammenfatning

De to ovennævnte beskatningsmuligheder stiller krav om, at der tages stilling til, hvem af ægtefællerne, der driver eller i overvejende grad driver virksomheden, og hvem der (alene) skal have status som medarbejdende ægtefælle/ansat.

Dette har bl.a. givet anledning til nogle afgrænsningsproblemer i tilfælde, hvor ægtefællerne har samme uddannelse og har deltaget i virksomheden i samme omfang og som ligeværdige parter. I sådanne tilfælde har udgangspunktet i gældende praksis været, at den ene ægtefælle anses som værende den rette indkomstmottager iht. KSL § 25 A, stk. 1, og den anden ægtefælle anses som medarbejdende ægtefælle eller ansat i virksomheden.

I praksis har man imidlertid anerkendt en (forholdsmæssig) fordeling af virksomhedens indtægter og fælles udgifter i de tilfælde, hvor ægtefæller med samme uddannelse driver *hver* deres selvstændige erhvervsvirksomhed fra fælles lokaler og med fælles ansatte. Som betingelse for en sådan fordeling af indtægter og udgifter er, at ægtefællerne skal sandsynliggøre, at de har *hver deres kundekreds*, og at fordelingen af indtægterne fremgår af regnskaberne. Ofte vil det være uhensigtsmæssigt, eller det kan være vanskeligt/umuligt, eller også har ægtefællerne ikke nogen interesse i at opdele den fælles drevne virksomhed i hver deres kundekreds og lave en tilsvarende fordeling af indtægter/udgifter, således at de kan få den nævnte skattemæssige anerkendelse. Såfremt skattemyndighederne tilsidesætter regnskaberne, har ægtefællerne ingen mulighed for en skønsmæssig fordeling af indtægterne og udgifterne, men den ene ægtefælle bliver anset som rette indkomstmottager i medfør KSL § 25 A, stk. 1, hvorefter den anden ægtefælle kan få overført overskud som medarbejdende ægtefælle i medfør af KSL § 25 A, stk. 3, jf. TfS 1986.352 VLD.¹¹

I den pågældende sag var der tale om et lægeægteskab, som i fællesskab drev en lægepraksis. Der var ikke oprettet en interessentskabskontrakt, men der skete årligt en ligheddeling af overskuddet fra praksisen mellem ægteparret. Ægteparret havde fælles patientkreds, hvilket bl.a. skyldtes, at den pågældende lægepraksis i relation til sygeforsikringen var registreret som solopraksis, hvilket betød, at de honorarer, man modtog fra sygesikringen, ikke var udspecificeret på den enkelte ægtefælle, selvom det af de bilag, der var fremsendt til sygesikringen fremgik, hvem

¹¹ Jf. Ligningsvejledningen 1997 afsnit A.A.4.5.1.

af dem der havde udført lægeydelsen. Ægteparret gjorde under sagen gældende, at den pågældende lægepraksis var anskaffet i lige sameje og var drevet ved ligelig arbejdsindsats fra begge parter. Landsretten fandt imidlertid under hensyntagen til det i sagen oplyste, at det ikke var muligt på grundlag af ægteparrets regnskab at dokumentere størrelsen af den enkeltes indtægt, herunder især hustruens, hvorved hendes indkomst ikke kunne anses som erhvervet ved selvstændig virksomhed efter dagældende KSL § 4, stk. 2, litra a, 1. pkt. Landsretten anså derfor, at det måtte være manden, der i overvejende grad drev den pågældende lægepraksis, og at hustruen måtte anses som medhjælpende ægtefælle efter den dagældende KSL § 37 A.

At ægtefællernes fælles virksomhed drives i interessentskabsform, har som udgangspunkt ikke nogen skattemæssig betydning, idet interessentskabsforholdet tilsidesættes skattemæssigt, idet den ene ægtefælle betragtes som værende den, der driver/i overvejende grad driver virksomheden, og den anden ægtefælle er henvist til at anvende reglerne i KSL § 25 A, stk. 3 eller reglerne i KSL § 25 A, stk. 7.¹² Kun i de ovenfor nævnte tilfælde, hvor ægtefællerne kan dokumentere, at de har hver deres kundekreds, og at fordelingen af indtægterne fremgår af regnskaberne, vil interessentskabsformen kunne anerkendes skattemæssigt. Dette blev imidlertid ikke anerkendt i TfS 1998.754 VLD/TfS 1996.748 LSR:

I den konkrete sag var der tale om et par, der siden 1989 havde drevet frisørsalon i interessentskabsform. Ifølge interessentskabskontrakten var de pligtige til at stille deres fulde arbejdskraft til rådighed for virksomheden, og overskuddet skulle deles ligeligt imellem dem. Lighedelingen af overskuddet var blevet anerkendt i skattemæssig henseende til og med indkomståret 1991. Det forholdt sig imidlertid således, at interessenterne indgik ægteskab i 1991, hvorefter skattemyndighederne fandt, at resultatet fra virksomheden med virkning fra indkomståret 1992 skulle fordeles i henhold til reglerne om medarbejdende ægtefælle i KSL § 25 A. De to frisører gjorde herefter gældende, at de ikke var omfattet af reglerne i KSL § 25 A, og at reglerne i KSL § 25 A var i strid med EU-retten, hvorefter der blev nedlagt påstand om indbringelse af sagen for EF-domstolen. Til støtte herfor fremførtes bl.a., at bestemmelsen gjorde det mere byrdefuldt for ægtefæller at drive virksomhed i interessentskabsform end for samlevende personer, og at denne forskelsbehandling i praksis typisk ramte den kvindelige part. *Landsretten*, der afsagde særskilt dom i spørgsmålet om forelæggelse for EF-domstolen, bemærkede, at der ikke i EU-regi var vedtaget harmoniseringsregler på området for personbeskatning. Rådets direktiv af 11/12 1986 (88/613/EF) om anvendelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i selvstændige erhverv m.v. indeholdt heller ikke regler om personlig indkomstskat. Herefter, og da KSL § 25 A hverken begrænsede ægtefællers adgang til erhverv eller erhvervsudøvelse eller begrænsede anvendelsen af det nævnte direktiv eller andre EU-retlige regler, var der ikke grundlag for at forelægge spørgsmålet for EF-domstolen.

Af *Landsskatterettens kendelse* fremgik det vedrørende beskatningen af virksomhedens overskud, at ægtefællerne ikke havde tilstrækkelig dokumentation for, at der havde været en sådan opdeling af f.eks. salonens kundekreds, at ægtefællerne havde drevet *hver* (min fremhævelse) deres virksomhed med den konsekvens, at der kunne ske en fordeling af virksomhedens indtægter og udgifter i overensstemmelse med den ovennævnte praksis. Da det fremgik af de oplysninger, der var forelagt Landsskatteretten af skatteyderes repræsentant, at klageren (den mandlige frisør) havde haft lidt flere tidsbestillinger end ægtefællen, fandt 2 retsmedlemmer, herunder retsformanden, at det var med rette, at klageren var anset for den, der i overvejende grad havde drevet virksomheden, og at der i medfør af KSL § 25 A, stk. 3 med

¹² Jf. Ligningsvejledningen 1997 afsnit A.A.4.5.1.

rette var overført det deri angivne maksimumsbeløb til beskatning hos klagerens ægtefælle (den kvindelige frisør). De to andre retsmedlemmer fandt, at da klageren og hans ægtefælle som anført måtte antages at have arbejdet lige meget i interessentskabet (frisørsalonen), skulle indtægten i interessentskabet fordeles ligeligt mellem klageren og hans ægtefælle. Da retsformandens stemme er afgørende i tilfælde af stemmelighed, jf. Skattestyrelseslovens § 20, stk. 5, blev skattemyndighedernes ansættelse stadfæstet, hvorefter ægtefællerne alene kunne anvende KSL § 25 A, stk. 3 ved fordelingen af overskuddet fra frisørsalonen.

Som det ses af ovennævnte afgørelse, er det marginale forskelle i arbejdsindsatsen - og måske tilfældigheder - der afgør, hvem af ægtefællerne, der anses i overvejende grad at drive den fælles virksomhed, og hvem der skal »degraderes« til medarbejdende ægtefælle. Den mandlige frisør havde haft 3.338 tidsbestillinger mod den kvindelige frisørs 3.169, dvs. en forskel på 169 tidsbestillinger inden for et indkomstår, og en forskel i fordelingen af overskuddet på 25.008 kr. Tilsvarende marginale forskel i ægtefællernes arbejdsindsats i den fælles virksomhed gjorde sig gældende i sagen om lægeægtesparret - Tfs 1996.352 VLD - jf. ovenfor.

Det ses også, at landsskatteretskendelsen (Tfs 1996.748) var en 2-2 afgørelse, hvor retsformandens stemme var den udslagsgivende, hvilket kan tages som udtryk for, at det ikke i enhver henseende er hensigtsmæssigt at skulle afgøre, hvem af ægtefællerne, der i overvejende grad driver virksomheden, når der er tale om stort set samme arbejdsindsats i virksomheden.

Som nævnt tidligere førte sagen bl.a. også til, at man i KSL § 25 A, stk. 8 indførte en tredje mulighed for at fordele resultatet fra en erhvervsvirksomhed, hvor begge ægtefæller deltager i væsentligt og ligeligt omfang i driften af den enes eller begges erhvervsvirksomhed.

2.2. De nye regler i KSL § 25 A, stk. 8 om resultatfordeling¹³

Hensigten med den nye fordelingsregel er, at reglerne skulle være mere fleksible, således at den skattemæssige behandling af ægtefæller i tilfælde, hvor de driver en erhvervsvirksomhed i fællesskab, i videst mulig omfang svarer til den skattemæssige behandling af erhvervsfællesskaber, hvor der ikke er et interessefællesskab. Derudover skulle reglerne i modsætning til reglerne om medarbejdende ægtefælle i KSL § 25 A, stk. 3 give ægtefæller en bedre mulighed for en friere fordeling af virksomhedens overskud, hvorved begge ægtefæller kan udnytte bundfradraget ved beregning af topskatten, hvilket kan nedbringe ægtefællernes samlede skat for det pågældende indkomstår.¹⁴

¹³ Reglerne, der finder anvendelse f.o.m. indkomståret 1998, er kun godt ét år gamle, hvilket betyder, at de primære kilder til afsnittet er lovforslaget - L 52 af 29. oktober 1997 - med tilhørende bemærkninger samt Skatteministeriets cirkulære nr. 60 af 8. april 1998 om lov nr. 976 af 17. december 1997 om ændring af kildeskatteloven, virksomhedsskatteoven, konkursskatteoven og boafgiftsloven (Ægtefællers fordeling af resultat af fælles drevet erhvervsvirksomhed og lempelse af beskatningen af gaver mellem ugifte samlevende m.v.) - herefter cit. cir. nr. 60. Der er pt. ingen offentliggjorte afgørelser vedrørende bestemmelsen.

¹⁴ Jf. cir. nr. 60 pkt. 2.1.2.

2.2.1 Betingelser for at anvende reglerne

2.2.1.1. Væsentlig og ligelig deltagelse i virksomhedens drift¹⁵

For det første stilles der betingelse om, at begge ægtefæller deltager i *væsentligt og ligeligt omfang* (min fremhævelse) i driften af den enes eller begges erhvervsvirksomhed, jf. KSL § 25 A, stk. 8, 1. pkt. Der stilles ikke krav om, at ægtefællernes faglige baggrund er den samme. Det vil med andre ord sige, at det ikke er en betingelse for anvendelse af fordelingsreglen, at ægtefællerne har samme uddannelse. Det fremgår dog af såvel bemærkningerne som cirkulæret, at målgruppen for fordelingsbestemmelsen er ægtefæller, der driver virksomhed sammen som ligeværdige partnere.¹⁶

Deltagelse i *væsentlig omfang* skal ifølge bemærkningerne/cir. nr. 60 forstås på samme måde som tilsvarende betingelse i stk. 3 om medarbejdende ægtefælle. Det vil sige, at såfremt ingen af ægtefællerne deltager aktivt i virksomheden, vil bestemmelsen ikke kunne bringes i anvendelse, jf. afsnit 2.1.1. med henvisninger.

Ved deltagelse i *ligeligt omfang* i driften menes, at ægtefællerne tilnærmelsesvis yder den samme arbejdsindsats i virksomheden. Det er ikke nødvendigvis et krav om, at arbejdsindsatsen nøjagtig er den samme, men hvis den ene ægtefælle deltager heltids i virksomhedens drift, og den anden ægtefælle har lønarbejde udover deltagelse i virksomheden, kan der være en formodning for, at ægtefællerne ikke deltager i ligeligt omfang i driften af virksomheden. Lønarbejde i ubetydeligt omfang ved siden af virksomhedsdeltagelsen udelukker imidlertid ikke anvendelse af fordelingsreglen i stk. 8. I cir. nr. 60 nævnes en formodningsregel, hvorefter lønarbejde i 15 timer eller mere pr. uge anses som værende lønarbejde i ikke ubetydeligt omfang, hvorefter reglen om fordeling af overskud i stk. 8 ikke kan anvendes, da der ikke er tale om deltagelse i ligeligt omfang. 15 timer om ugen er dog ikke en absolut tilladt grænse for lønarbejdets omfang, og reglen vil kunne fraviges, såfremt ægtefællerne kan dokumentere eller sandsynliggøre, at de trods den ene ægtefælles lønarbejde deltager væsentligt og ligeligt i driften. Det betyder f.eks., at et lægeægteskab, der driver en fælles praksis, vil kunne anvende fordelingsreglen, selvom den ene ægtefælle ved siden af praksisen kører lægevagt eller har andet lønarbejde.

Som efter de gældende regler om overførsel af overskud til medarbejdende ægtefælle vil fordelingsreglen ikke kunne anvendes i indkomståret, hvor en ægtefælle er syg eller har orlov i så lang en periode, at vedkommende ikke kan siges at have ydet en væsentlig arbejdsindsats i virksomheden set over hele indkomståret. Det anføres i cir. nr. 60, at der ikke kan opstilles nogen præcis grænse for det acceptable antal syge-/orlovsdage, men at der må ske en konkret vurdering, om syge-/orlovsfraværet har haft et sådant omfang, at den pågældende ægtefælle ikke kan antages at have deltaget i væsentligt og ligeligt omfang. Som formodningsregel

¹⁵ Vedrørende betingelsen kan henvises til bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 6 samt cir. nr. 60 pkt. 2.1.2.1.

¹⁶ Jf. cir. nr. 60 pkt. 2.1.2.1.

anføres, at såfremt ægtefællen har modtaget sygedagpenge/orlovsydelse i en betydelig del af året, er der en formodning for, at ægtefællerne ikke har deltaget i ligeligt omfang i virksomhedens drift, hvorimod kortere sygdoms-/orlovsperioder ikke forhindrer anvendelse af fordelingsreglen.

Det fremgår ikke nærmere af cirkulæret, hvad der skal forstås ved en *betydelig del af året* eller *kortere sygdomsperioder*, hvilket antagelig også er bevidst, da man ikke vil sætte nogen absolut tidsmæssig grænse herfor. Når reglerne nu omhandler beskatning af ægtefæller og deres fælles virksomhed, kunne man godt have ønsket sig en stillingtagen til, i hvilken udstrækning f.eks. en barselsorlov kan medføre, at der ikke er tale om ligeligt deltagelse i driften af virksomheden. Som jeg læser cirkulæret, vil fravær fra virksomheden i en betydelig del af året antagelig kunne betyde, at fordelingsbestemmelsen ofte ikke vil kunne anvendes i tilfælde, hvor den ene ægtefælle er på barselsorlov. At vurderingen af ægtefællernes deltagelse sker på baggrund af indkomståret, kan i barselsorlovstilfældet føre til den uheldige konsekvens, at fødselstidspunktet bliver afgørende for, om fordelingsreglen i stk. 8 kan anvendes i et indkomstår. Hvis fødselstidspunktet ligger i første halvdel af et indkomstår, vil det, såfremt kvinden ønsker selv at udnytte den fulde barselsorlov, betyde, at hun antagelig anses som ikke at have deltaget i ligeligt omfang i virksomhedens drift i det pågældende indkomstår. Hvis fødselstidspunktet derimod ligger i den sidste tredjedel af indkomståret, således at barselsorloven kommer til at strække sig over to indkomstår, vil en konkret vurdering måske føre til, at fordelingsreglen kan anvendes i det ene eller evt. i begge indkomstår.

2.2.1.2. Hæftelse i samme omfang¹⁷

For det andet stilles der som betingelse for anvendelse af fordelingsreglen, at ægtefællerne *hæfter i samme omfang* (min fremhævelse) for virksomhedens forpligtelser, jf. KSL § 25 A, stk. 8, 1. pkt. Det vil sige, at begge ægtefæller skal bære en økonomisk risiko i relation til virksomheden, hvilket skal understrege det ligeværdige partnerskab. Hæftelsen skal med andre ord svare til noget i retning af, hvad der er gældende, når to personer uden interessefællesskab driver virksomhed sammen, hvilket i interessentskabsforhold vil sige en personlig, solidarisk og direkte hæftelse for virksomhedens forpligtelser. Man vil dog ikke stille krav om, at ægtefæller, der driver en virksomhed sammen, skal formalisere deres samarbejde i en egentlig interessentskabskontrakt eller lignende samarbejds-/samejeaftale, men ægtefællerne skal til gengæld på anden måde end ved fælles deltagelse i interessentskab eller lignende hæfte som ligeværdige parter. Såfremt virksomheden kun ejes af den ene ægtefælle, vil betingelsen kun være opfyldt, såfremt den anden ægtefælle hæfter i samme omfang for virksomhedens forpligtelser, eksempelvis gennem påtagelse af en kautionsforpligtelse.

Da det imidlertid kan være besværligt for ægtefællerne i ethvert tilfælde at tilkendegive over for leverandører og andre kreditorer, at de begge hæfter for

¹⁷ Vedrørende betingelsen kan henvises til bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 6 samt cir. nr. 60 pkt. 2.1.2.2.

betalingen, vil det ifølge forarbejderne være tilstrækkeligt for betingelsens opfyldelse, at der hæftes i samme omfang for virksomhedens kassekredit, banklån og hovedleverandører, hvor virksomhedens gæld til det offentlige sidestilles med gæld til hovedleverandører. Det betyder, at begge ægtefæller hæfter for indeholdt A-skat og AM-bidrag, skyldig moms og diverse afgifter, som vedrører virksomheden. I det omfang ægtefællerne ikke i forvejen hæfter solidarisk for sådanne beløb, kan hæftelsesbetingelsen opfyldes ved indsendelse af en erklæring til Told og Skat om, at de begge hæfter solidarisk for den fælles virksomheds skatter og afgifter.¹⁸ Hæftelsesbetingelsen medfører, at hæftelsen iht. stk. 8 kommer til at minde om hæftelsen i interessentskabet, hvor interessenterne hæfter personligt og solidarisk for interessentskabets gæld.

Hæftelsesbetingelsen skal være opfyldt i hele indkomståret samt ved indkomstårets begyndelse. Det vil således ikke være tilstrækkeligt, at ægtefællerne hæfter i samme omfang på tidspunktet for udarbejdelsen af selvangivelsen eller på et senere tidspunkt, hvor de anmoder om at anvende fordelingsreglen. I det indkomstår, hvori virksomheden etableres eller ophører, skal der dog kun hæftes i samme omfang i den periode, hvor virksomheden er i drift. Tilsvarende anses det heller ikke for tilstrækkeligt, at ægtefællerne på et tidspunkt efter indkomstårets begyndelse påtager sig at hæfte for virksomhedens forpligtelser fra indkomstårets begyndelse (hæftelse med tilbagevirkende kraft). Ifølge cirkulærets ordlyd, vil det således ikke være muligt at anvende fordelingsreglen, såfremt den ene ægtefælle indtræder i virksomheden i løbet af et indkomstår, selvom parterne måtte aftale, at den indtrædende ægtefælle hæfter i samme omfang som den anden ægtefælle for virksomhedens forpligtelser fra indtrædelsestidspunktet.

Det er derimod i bemærkningerne til lovforslaget og i cirkulæret præciseret, at det udelukkende er forpligtelser vedrørende den *fælles drevne virksomhed* (min fremhævelse), ægtefællerne hæfter for i samme omfang. Det betyder, at såfremt den ene ægtefælle har en anden virksomhed ved siden af, f.eks. en udlejningsejendom, stilles der ikke krav om fælles hæftelse for denne virksomhed. Udlejningsvirksomheden bliver således anset som en selvstændig virksomhed, der ejes og drives af den ene af ægtefællerne, medmindre udlejningsejendommen er en del af den fælles drevne virksomhed.

2.2.2. Indkomstopgørelse og resultatfordeling

Vælger ægtefællerne at anvende fordelingsreglen skal virksomhedens *resultat opgøres under ét* efter skattelovgivningens almindelige regler, hvorefter *hver af ægtefællerne medregner sin andel af resultatet* (mine fremhævelser) ved opgørelsen af skattepligtig indkomst, personlig indkomst og kapitalindkomst efter PSL §§ 2-4, jf. KSL § 25 A, stk. 8. 2. pkt.

Fordelingen af resultatet kan ske *i det omfang, det sagligt kan begrundes i virksomhedens drift* (min fremhævelse), jf. KSL § 25 A, stk. 8. 1. pkt. in fine. I følge bemærkningerne til bestemmelsen og cirkulæret vil en ligedeling altid kunne

¹⁸ Se nærmere herom i bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 6 samt cir. nr. 60 pkt. 2.1.2.2.

accepteres skattemæssigt, da bestemmelsens målgruppe antages at være ligeværdige partnere. En skævdeling vil dog kunne accepteres skattemæssigt, såfremt fordelingen er sagligt begrundet. En saglig begrundelse kunne være, at ægtefællerne har drevet virksomheden sammen i et interessentskab, forinden de indgik ægteskab, og hvor der i interessentskabskontrakten var aftalt en anden fordelingsnorm, evt. begrundet i forskellig kapitalindsud eller forskel i arbejdsindsats. En forudsætning for skævdeling i et sådant tilfælde er, at virksomheden drives uændret videre efter indgåelse af ægteskab. Kravet om en saglig begrundelse for fordelingen er, at ligningsmyndighederne skal have mulighed for at skride korrigerende ind, såfremt resultatet skævdeles i betydelig grad uden sammenhæng i øvrigt med ægtefællernes økonomiske og arbejdsmæssige indsats i virksomheden. Hvis der derimod foreligger en saglig begrundelse for skævdelingen, vil dette kunne anerkendes skattemæssigt i samme omfang, som en skævdeling anerkendes i erhvervsfællesskaber mellem personer, der ikke er interesseforbundne. Forskelle i kapitalindsud vil således kunne accepteres som en saglig begrundelse for skævdeling, hvorimod en forskel i arbejdsindsats - i modsætning til interessentskabsforholdet - kun vil kunne accepteres i den udstrækning, at betingelsen om væsentlig og ligelig deltagelse i virksomhedens drift er opfyldt.

Den omstændighed, at virksomhedens resultat (skattepligtige indkomst) skal opgøres under ét, betyder bl.a., at skattemæssige afskrivninger fragår ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, forinden der sker fordeling til ægtefællerne. Ægtefællerne kan således ikke foretage skattemæssige afskrivninger uafhængig af hinanden, som tilfældet er, såfremt ikke interesseforbundne parter driver en erhvervsvirksomhed i interessentskabsform. Virksomhedens renteudgifter fordeles mellem ægtefællerne efter samme forhold som virksomhedens resultat.

Ønsker ægtefællerne at anvende Virksomhedsskatteovens regler på deres andel af resultatet fra den fælles drevne virksomhed, er det i forbindelse med indførelse af den nye fordelingsregel i KSL § 25 A, stk. 8 bestemt, at såvel virksomhedsordningen som kapitalafkastordningen samt henlæggelser til konjunkturudligning *skal anvendes af ægtefællerne under ét* (min fremhævelse), jf. VSL § 2, stk. 4, VSL § 22 a, stk. 1, 3. pkt. og VSL § 22 b, stk. 1, 2. pkt.

Vælger ægtefællerne således at anvende virksomhedsordningen på indkomst fra virksomheden, skal overført kapitalafkast iht. VSL § 7 fordeles mellem ægtefællerne, i stedet for alene at blive medregnet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst og kapitalindkomst hos den ægtefælle, der har rådighed over virksomheden, jf. KSL § 25 A, stk. 2. Resterende overskud fordeles ligeledes mellem ægtefællerne, hvad enten overskuddet overføres til beskatning hos ægtefællerne, jf. VSL § 10, stk. 1, eller overskuddet spares op, jf. VSL § 10, stk. 2. Der er dog kun én konto for opsparat overskud for den fælles drevne virksomhed. Såfremt der hæves af opsparat overskud, jf. VSL § 10, stk. 3, fordeles det opsparede overskud inkl. virksomhedsskatten mellem ægtefællerne til beskatning i personlig indkomst. Dette gælder også, selvom der er tale om opsparat overskud fra et tidspunkt, hvor

virksomhedens overskud kun blev beskattet hos den ene af ægtefællerne.¹⁹ En virksomhed, der hidtil har været drevet/i overvejende grad drevet af den ene ægtefælle, overgår til at være drevet af ægtefællerne i fællesskab eller omvendt anses ikke som ophør af virksomhedsordningen med bl.a. efterbeskatning af opsparat overskud til følge. Der vil i den nævnte situation finde succession sted mellem ægtefællerne. Succession vil blive aktuel, for de ægtefæller, der indtil indkomståret 1998 har været nødt til at anvende reglerne om overførsel af overskud til medarbejdende ægtefælle i KSL § 25 A, stk. 3 eller reglen om lønftale i KSL § 25 A, stk. 7, men som i stedet for ønsker at anvende fordelingsreglen i stk. 8. Tilsvarende vil der også ske succession i de tilfælde, hvor ægtefællerne, som hidtil har anvendt fordelingsreglen i stk. 8, enten ikke længere opfylder betingelserne for at anvende reglen, eller blot ønsker at anvende en anden ordning.²⁰ Fordelingen mellem ægtefællerne vil tilsvarende gælde for en evt. rentekorrektion, jf. VSL § 11.

Såfremt den fælles drevne virksomhed giver underskud, skal underskuddet fordeles i samme forhold som overskud efter reglerne i VSL § 13 eller PSL § 13.

Ovennævnte principper om fordeling finder som tidligere nævnt tilsvarende anvendelse, såfremt ægtefællerne anvender kapitalafkastordningen på indkomst fra virksomheden, jf. VSL § 22 a samt reglerne om henlæggelser til konjunkturligning, jf. VSL § 22 b.²¹

2.2.3. Omgørelse af valg

Som tidligere nævnt er resultatfordelingen en *valgmulighed* for ægtefæller, der driver en fælles virksomhed.

I henhold til KSL § 25 A, stk. 9 har ægtefællerne mulighed for at omgøre deres beslutning om at anvende reglerne i stk. 3 og 8 inden for ligningsfristen iht. Skattestyrelseslovens § 3, stk. 1.²² Ægtefællerne vil imidlertid ikke kunne slippe for hæftelse for virksomhedens forpligtelser, som vedkommende har påtaget sig ved en erklæring over for Told og Skat, jf. ovenfor i afsnit 2.2.1.2., ved at omgøre beslutningen om anvendelse af fordelingsreglen, når betingelserne for anvendelse af reglen i øvrigt er opfyldt.

Efter ligningsfristens udløb har ægtefællerne ikke mulighed for at omgøre deres valg om fordeling af virksomhedens overskud, selvom den ene eller begge skatteansættelse skulle blive ændret.

¹⁹ Jf. cir. nr. 60 pkt. 2.2.1.

²⁰ Se nærmere om ægtefællernes mulighed for at omgøre beslutningen om anvendelse af fordelingsreglen nedenfor i afsnit 2.2.3.

²¹ Se hertil bemærkningerne til lovforslagets § 2 samt cir. nr. 60 pkt. 2.2.

²² En tilsvarende omgørelsesadgang findes også i VSL § 2, stk. 2, hvorefter der inden for ligningsfristen kan vælges mellem beskatning efter reglerne i Virksomhedsskatteloven eller Personskatteloven.

2.2.4. Dødsfald og skilsmisse

Reglerne om resultatfordeling efter KSL § 25 A, stk. 8 vil kunne anvendes i indkomstår, hvor en af ægtefællerne dør. Tilsvarende vil ægtefællerne kunne fordele resultatet iht. stk. 8 indtil tidspunktet for skilsmisse eller separation.²³

3. Vurdering af den nye fordelingsregel i KSL § 25 A, stk. 8

Generelt må det siges, at den nye regel om fordeling af resultat fra en virksomhed, som ægtefæller driver i fællesskab, på visse punkter gør op med de u hensigtsmæssigheder, der hidtil har været, når ægtefællerne var henvist til enten at anvende reglerne i stk. 3 om overførsel af overskud til medarbejdende ægtefælle eller stk. 7 om lønftaler. Skattemæssigt vil den nye regel også kunne betyde en skattebesparelse for ægtefællerne samlet set. Men en fuldstændig skattemæssig ligestilling med ikke-interesseforbundne parter, der driver en erhvervsvirksomhed sammen i interessentskabsform, er det ikke blevet til.

På trods af at hensigten med reglen er, at beskatningen af ægtefællerne i videst muligt omfang skal svare til den skattemæssige behandling af erhvervsfællesskaber, hvor der ikke er et interessefællesskab, afviger fordelingsreglen på flere punkter fra interessentskabsbeskatningen.²⁴

For det første skal ægtefællerne opgøre virksomhedens resultat under ét, hvilket bl.a. betyder, at der foretages skattemæssige afskrivninger, inden resultatet fordeles mellem ægtefællerne. Det er i modsætning til gældende praksis for interessentskaber.

I interessentskabet, som ikke er et selvstændigt skattesubjekt, sker beskatningen af virksomhedens resultat hos interessenterne. Skattemæssigt anses de enkelte interessenter for at eje en ideel andel af de enkelte aktiver og passiver i virksomheden. Det betyder, at interessenterne f.eks. kan foretage skattemæssige afskrivninger uafhængig af hinanden på grundlag af den enkelte interessents ideelle andel af virksomhedens driftsmidler og bygninger m.v.

For det andet skal virksomhedsordningen, kapitalafkastordningen og henlæggelser til konjunkturudligninger anvendes under ét, såfremt ægtefællerne vælger at anvende fordelingsreglen i stk. 8. Dette er også i modsætning til gældende praksis for interessentskaber, hvor den enkelte interessents andel af virksomhedens resultat anses som indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed. Dette har bl.a. den skattemæssige konsekvens, at de enkelte interessenter uafhængigt af hinanden kan vælge, om indkomsten fra den selvstændige erhvervsvirksomhed skal beskattes efter reglerne i Personskatteloven, eller om virksomhedsordningen eller kapitalaf-

²³ Se nærmere herom i bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 6 og cir. nr. 60 pkt. 2.1.2.5.

²⁴ Se i øvrigt vedrørende beskatning af interessentskaber *Lida Hulgaard* m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 8. udg. kap. 35 samt *Jens Olav Engholm Jacobsen* m.fl.: Skatteretten 2, 2. udg. Afsnit VI.

kastordningen ønskes anvendt. Anvendelse af Virksomhedsskattelovens regler under ét er i øvrigt også i modsætning til de gældende regler for ægtefæller, der ejer og driver *hver* sin virksomhed.²⁵

Hvorledes man har tænkt sig, at fordeling og beskatning iht. stk. 8 skal kunne finde sted i de tilfælde, hvor den ene ægtefælle (eller begge) har en virksomhed ved siden af den fælles drevne virksomhed, hvis virksomhedsskatteordningen er valgt for den fælles drevne virksomhed og/eller for virksomheden ved siden af, vides ikke.

Det er i VSL § 2, stk. 3 bestemt, at såfremt den skattepligtige driver flere virksomheder, behandles samtlige virksomheder som én virksomhed ved anvendelse af virksomhedsordningen. Af VSL § 2, stk. 4 fremgår det, at er den skattepligtige gift, og anvender ægtefællerne fordelingsreglen i KSL § 25 A, stk. 8, anvender ægtefællerne under ét virksomhedsordningen på indkomst fra virksomheden, hvorefter hver af ægtefællerne medregner sin andel af de opgjorte beløb. En sammenholdelse af disse to bestemmelsers ordlyd vil betyde, at virksomheden ved siden af den fælles virksomhed også skal indgå i virksomhedsordningen vedrørende den fælles virksomhed, da de to virksomheder skal ses under ét iht. virksomhedsordningen, jf. VSL § 2, stk. 3 smh. stk. 4. Dette vil give nogle helt uoverskuelige konsekvenser for diverse opgørelser og fordeling af overskud/underskud.

Det må være ganske givet, at dette ikke har været meningen, og det må anses som værende en manglende koordinering af reglerne i forbindelse med udarbejdelse af fordelingsreglen. Det fremgår, som tidligere nævnt i afsnit 2.2.1.2., at hæftelsen i samme omfang for virksomhedens forpligtelser netop ikke omfatter hæftelse for forpligtelser i en virksomhed, som den ene ægtefælle driver ved siden af den fælles virksomhed. I så fald er det ikke rimeligt, at de to virksomheder beskattes under ét.

Betingelsen om væsentlig og ligelig deltagelse i virksomheden og den måde, der i bemærkningerne til lovforslaget og i cirkulæret lægges op til, at betingelsen skal forstås, kan føre til nogle u hensigtsmæssige/uheldige skattemæssige konsekvenser i tilfælde, hvor den ene ægtefælle er på barselsorlov eller er syg i længere tid. Dette vil i værste fald føre til, at fordelingsreglen ikke kan anvendes i de indkomstår, hvor den pågældende pga. barsel eller sygdom ikke kan deltage i driften i samme omfang som den anden ægtefælle.

Ovennævnte u hensigtsmæssigheder ved den nye fordelingsregel i stk. 8 prætenderer ikke at være en udtømmende opregning, men blot eksempler til illustration af, at reglen ikke i enhver henseende er den optimale beskatningssituation for ægtefæller, der i fællesskab driver en erhvervsvirksomhed.

En mulig løsning, som jeg ser det, er, at man tager skridtet fuldt ud, og anerkender interessentskabsformen mellem ægtefæller, der driver en fælles virksomhed, og beskatter ægtefælleinteressentskabet på samme måde som andre

²⁵ Det tidligere krav om, at ægtefæller med hver sin virksomhed begge skulle anvende virksomhedsordningen, er ophævet med virkning f.o.m. indkomståret 1997, jf. lov nr. 1217 af 27. december 1996, således at ægtefællerne uafhængig af hinanden kan vælge beskatning efter Virksomhedsskatteloven.

interessentskabsforhold. Det vil sige en skattemæssig anerkendelse af det, som ægtefællerne måtte have aftalt i interessentskabskontrakten vedrørende bl.a. fordeling af virksomhedens resultat (evt. i forhold til indskud eller arbejdsindsats). Derved vil man i hvert fald slippe for at skulle vurdere, om ægtefællerne deltager i væsentligt og ligeligt omfang i virksomhedens drift, og hæftelsesspørgsmålet vil også være klarlagt i henhold til de deklaratoriske regler for interessentskaber.

Hvis argumentet for ikke at anerkende interessentskabsformen mellem ægtefæller er, at skattemyndighedernes kontrolopgave herved skulle blive væsentlig vanskeligere - evt. forøget - har jeg svært ved at forstå et sådant argument, da det vel allerede i de eksisterende regler er vanskeligt at kontrollere, om betingelserne for medarbejdende ægtefælle og lønaftaler, herunder navnlig vedrørende ægtefællens deltagelse, og om det overførte beløb står i misforhold til arbejdsindsatsen i virksomheden, er opfyldt.

Interessefællesskabsproblematikken findes vel i en vis udstrækning også i tilfælde, hvor forældre og børn driver en fælles virksomhed som et interessentskab. Dette anerkendes imidlertid fuldt ud i skattemæssig henseende i modsætning til interessentskabsforhold mellem ægtefæller.

Udbud og forhandling - perspektiver for fremtiden

af

Michael Steinicke

Formålet med EU's udbudsdirektiver er, at sikre optimal konkurrence i forbindelse med offentlige indkøb. Dette sker gennem formaliserede udbudsprocedurer, hvor direktiverne detaljeret bestemmer fremgangsmåde og kriterier for vurderingen af de bydende virksomheder og af tilbudene. Disse procedurer skal sørge for, at ordregiver overholder de udbudsretlige principper om ligebehandling¹ og gennemsigtighed, som konkurrenceoptimeringen tager sit udgangspunkt i. Problemet med disse stringente regler for offentlige indkøb er, at der ikke efterlades mulighed for dialog mellem ordregiver og tilbudsgiver. En optimal konkurrence forudsætter, at der ikke diskrimineres og at ordregivers præferencer ikke giver sig udslag i usaglige fordele til en eller flere bydende. Dette er grundfæstet i tankerne bag udbudsreglerne i form af et forhandlingsforbud. Dette forbud skal hindre, at ordregiver gennem forhandling giver en eller flere tilbudsgivere fordele som andre tilbudsgivere ikke opnår. Eksempler herpå kan være, at ordregiver og den begunstigede tilbudsgiver aftaler andre vilkår end de vilkår som er gengivet i udbudsmaterialet eller i tilbudsgivers oprindelige bud. Herved opnås en fordel for denne bydende, som de andre bydende ikke opnår, hvorved konkurrencensituationen forstyrres.

Samtidig med opretholdelse af optimal konkurrence skal udbudsdirektiverne naturligvis sikre, at ordregivere gennem udbudet kan opnå bedst mulig dækning af deres behov, mest »value for money«. Som et instrument hertil vil det ofte være nødvendigt, da ordregiver ofte ikke har den nødvendige ekspertise, at ordregiver søger teknisk bistand og vejledning i den pågældende branche. Eksempelvis har en mindre kommune måske ikke den nødvendige tekniske kompetence til at kunne udfærdige et udbud om køb af software til kommunens computere. Det vil derfor være nødvendigt, at kunne trække på kræfter med den nødvendige viden før udbudet, men også under selve indkøbsproceduren. Selvom man får den nødvendige bistand fra én virksomhed i branchen, betyder dette ikke nødvendigvis, at man opnår den bedste løsning på den pågældende opgave. Specielt ved komplicerede opgaver vil det være en fordel, at ordregiver får så mange løsningsforslag som muligt. Alene af denne grund er det hensigtsmæssigt for ordregiver at kunne føre

¹ Bygge- og anlægsdirektivet, art. 3, stk. 2: »Det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere«. Der findes identiske bestemmelser i de andre direktiver.

dialog med de bydende. Derudover vil der i de fleste udbud opstå uklarheder, som skal afklares, der kan være tale om mindre fejl, som skal rettes, eller der kan være tale om små justeringer af et eller flere tilbud, således at disse i videst mulig udstrækning opfylder de behov, ordregiver skal have dækket. I det eksisterende regelsæt er der kun begrænset mulighed for at føre en sådan dialog under udbudet.

Spørgsmålet om forhandlinger og diskussioner i forbindelse med offentlige indkøb er som resultat af det ovenstående et af de udbudsretlige spørgsmål, som har størst praktisk relevans og dermed samler sig mest opmærksomhed. Selvom der som udgangspunkt eksisterer et forhandlingsforbud i udbudsreglerne, dukker problemstillingen med forhandling i udbud ofte op i udbudsretlige diskussioner. Begrundelsen er, at mange (især praktikere) finder udbudsdirektivernes regler for begrænsede og uhensigtsmæssige. Grundlæggende er problemet som skitseret ovenfor, at de udbudsretlige krav om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsproceduren tilsyneladende udelukker diskussion og kommunikation mellem parterne om kontraktens elementer, da en sådan kommunikation medfører en risiko for ændringer i kontrakten (se mere herom nedenfor).² Problematikken er gengivet i Grønbogen om offentlige indkøb:

»I de tilfælde, hvor det er tilladt at benytte udbud efter forhandling, synes denne procedure at give et økonomisk set mere tilfredsstillende resultat end et traditionelt udbud, og den har vist sig at være et rationelt middel til at nedbringe den offentlige indkøbers omkostninger, samtidig med at indkøberen når de tilsligtede målsætninger. Det er dog stadig sådan, at denne procedure er mindre velegnet til at opfylde målsætningen om gennemsigtighed i kontrakterne«.³

Man kan med rette anføre, at der er tale om en balancegang mellem praktisk hensigtsmæssighed på den ene side, og konkurrence, ligebehandling samt gennemsigtighed på den anden. Ovenstående udtalelse tyder på, at Kommissionen mener, at de to »modpoler« gensidigt udelukker hinanden.

Den manglende fleksibilitet er ikke det eneste problem som opstår ved kombinationen udbud - forhandling. Den nuværende retstilstand indeholder en række uafklarede problemer, bl.a. er grænserne for eventuel lovlig forhandling,⁴

² *Sue Arrowsmith* angiver problemet på følgende måde: »The difficulties for purchasers to use negotiation in many situations where it is clearly needed to obtain best value for money suggests, however, that the current balance between commercial flexibility and transparency is presently weighted too heavily in favour of transparency«. *Public Procurement Law Review*, 1998, nr. 3, s. 65.

³ KOM (96) 583, Offentlige indkøb i EU: Overvejelser for fremtiden, punkt 3.16.

⁴ Herom se kendelsen af 31. oktober 1996, *Semco-sagen*, *Juristen* 1997, nr. 7, s. 315-318, *Rubach-Larsen og Rasmussen*, fælleserklæringens ordlyd samt Lasse Simonsens undersøgelse af forhandlingsforbudet som en absolut regel, *Prekontraktuel ansvar*, s. 626-628.

nærmere definition af fælleserklæringens⁵ begreb »grundlæggende elementer«,⁶ afgrænsninger af begrebet »præcisering« og »supplering«⁷, samt forhandlingsforbudets tidsmæssige begrænsning⁸ andre områder, som ikke uddybende er behandlet.

Da hele problematikken omkring udbud og forhandling er meget omfattende, vil jeg udelukkende behandle ét aspekt af problemstillingen. Med basis i synspunktet om, at forhandlingsmulighederne i forbindelse med offentlige indkøb er utilstrækkelige, vil jeg i det næste forsøge at perspektivere over potentielle metoder til fremover at integrere forhandling i udbudsreglerne på en hensigtsmæssig måde.

1. Forhandling

Forhandlinger er en vigtig og almindelig del af de fleste aftaleindgåelser i alle samfundsmæssige henseender. Forhandlingen har til formål at forene parternes synspunkter og holdninger, således at man finder frem til en for parterne tilfredsstillende løsning.

I modsætning til den normale forhandlingssituation, hvor fokus er på inter partes forholdet mellem de implicerede i forhandlingerne, er det udbudsretlige forhandlingsbegreb i lige så høj grad koncentreret om forholdet til tredjemand, og specielt forhandlingens konkurrencemæssige betydning for denne. Inter partes forholdet er naturligvis også vigtigt, men i denne sammenhæng kun i den grad der forhandles om ulovlige elementer (se fælleserklæringen). Ydermere kan det udbudsretlige forhandlingsbegreb anskues fra en aftaleretlig synsvinkel.⁹ Normalt indgås en aftale mellem to parter ved, at den ene part giver den anden part et tilbud, som denne

⁵ Fælleserklæringen er en erklæring afgivet af Rådet og Kommissionen i fællesskab. Erklæringen indeholder en konkretisering af udbudsrettens forhandlingsforbud. Mere herom nedenfor.

⁶ Sammenlign Semco-kendelsen med kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd. Se herudover *Sune Troels Poulsen*: UfR 1998 B 61 samt *Sue Arrowsmith*: The Law of Public and Utilities Procurement, s. 248 samt *Peter Wengler-Jørgensen* og *Katja Høegh*: UfR 1994 B, 311.

⁷ Herom se generaladvokat Lenz i forslaget til afgørelse i sagen C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Vallonske busser, præmis 37 og sagen i øvrigt samt kendelse af 31. januar 1996, Landinspektørerne I/S, samt norske NOU 1997:21, § 19-13 nr. 1 d. For præciseringer i forbindelse med prækvalifikationsfasen, se bl.a. tjenesteydelsesdirektivet art. 34, og lignende bestemmelser i indkøbsdirektivet og bygge- og anlægsdirektivet.

⁸ Om forhandling før udbudsbekendtgørelsen (ikke at forveksle med inhabilitetsproblemstillingen), se kendelserne af 8. januar 1997, Danske Handelskammer og 7. juli 1995, Valles Trans-Media, og om forhandling efter tildelingen se *Sue Arrowsmith*: The Law of Public and Utilities Procurement, s. 249-250, *Lasse Simonsen*: 7 Prekontraktuelt ansvar, s. 633 samt kendelse af 23. november 1998, Marius Hansen A/S.

⁹ Herom, se *Lasse Simonsen*: Prekontraktuelt ansvar, s. 457 og *Geir Woxholth*: Avtaleinngåelse i og utenfor avtaleloven, s. 96.

enten accepterer eller forkaster. Ordet »forkaster« dækker i denne sammenhæng både det reelt at forkaste tilbudet, samt det at videreføre forhandlinger med henblik på senere kontraktindgåelse. Mellem det første tilbud og den endelige kontraktindgåelse kan der ligge en forhandlingsfase, som kan bestå af en eller flere forhandlinger. Denne fase eksisterer ikke i udbud.¹⁰ En udbudsforretning består derfor principielt kun af et tilbud (tilbudsgiverens bud på ordren) samt en accept (ordregivers accept af tilbudet og dermed tildeling af ordren), som naturligvis skal være i overensstemmelse med tilbudet. Ud fra disse betragtninger vil der være forhandlet i udbudsfasen såfremt den endelige accept ikke er i overensstemmelse med tilbudet,¹¹ dvs. så snart der er ændret i tilbudet, se også fælleserklæringen nedenfor.

EU's udbudsdirektiver indeholder flere regler om forhandling.¹² I en del af de udbudte opgaver er forhandling tilladt, mens forhandling ikke tillades i andre udbud, afhængigt af udbudstype.

De tre væsentligste udbudstyper er udbud efter forhandling, begrænset udbud samt offentligt udbud. I direktiverne er typerne defineret på følgende måde:

»offentligt udbud«, national fremgangsmåde, hvorved alle interesserede leverandører kan afgive bud

»begrænset udbud«, national fremgangsmåde, hvorved kun de leverandører, der af de ordregivende myndigheder har modtaget opfordringer dertil, kan afgive bud

»udbud efter forhandling«, national fremgangsmåde, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til bestemte leverandører og forhandler aftalens vilkår med en eller flere af disse«.¹³

Som navnet antyder, er forhandling tilladt, når ordregiver anvender udbudstypen udbud efter forhandling. I forbindelse med de to øvrige hoved-udbudsformer er forhandling ikke tilladt, og Rådet og Kommissionen har gennem en fælleserklæring¹⁴ konkretiseret dette forhandlingsforbud:

¹⁰ Medmindre der er tale om udbud efter forhandling.

¹¹ Såfremt tilbudet ikke er i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet, foreligger der forbehold, og en senere bortforhandling af forbeholdet er som hovedregel også forbudt, jf. Storebæltsdommen, C-243/89, Kommissionen mod Danmark.

¹² Selve forhandlingsforbudet er dog ikke direktivfæstet.

¹³ Indkøbsdirektivets art. 1, d) - f). Der findes identiske bestemmelser i de andre direktiver.

¹⁴ En fælleserklæring tilhører kategorien ikke-bindende retsakter, soft law. Sådanne akter »...kan ikke anses for at være ganske uden retsvirkninger«, jf. sag C-322/88, Grimaldi, præmis 18. Dette betyder, at der skal tages hensyn til akten ved fortolkning og udfyldning. Ifølge Morten Wegener kan der ved ikke-bindende retsakter højst være tale om fakultativ hensyntagen, og ikke en obligatorisk, jf. Juridisk metode, s. 236. Yderligere retningslinjer om fælleserklæringens

»Rådet og Kommissionen erklærer, at fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser; der må kun findes drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når dette sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling«. ¹⁵

Vigtigst i fælleserklæringen er begreberne »grundlæggende elementer«, »pris« samt »præcisere og supplere«. Disse begreber behandles ikke nærmere her.

Udbud efter forhandling findes i to forskellige former, nemlig udbud efter forhandling uden henholdsvis med forudgående offentliggørelse. Disse to variationer kan anvendes i forskellige situationer. ¹⁶ Dette vil heller ikke blive nærmere behandlet.

Udgangspunktet for det efterfølgende er, at det grundlæggende er muligt at føre forhandlinger uden at krænke ligebehandlingsprincippet.

2. Alternativer til den nuværende retstilstand

I det følgende vil jeg primært koncentrere mig om de reguleringsmodeller, som giver øget adgang til forhandling, dog vil jeg indledende kort beskrive to modeller, som i yderligere grad i forhold til gældende ret begrænser adgangen til at føre dialog mellem udbudets parter. ¹⁷

retskraft kan findes i sag C-292/89, Antonissen, som også blev påberåbt af den danske regering under C-243/89, Storebælt-sagen. Uanset fælleserklæringens status som soft law tyder anvendelsen på, at både EF-domstolen (i det mindste generaladvokaterne) og Klagenævnet for udbud regner erklæringen for gældende ret.

¹⁵ EF Tidende 1994 L 111/114.

¹⁶ Om anvendelsen, se bygge- og anlægsdirektivets art. 7, stk. 2 og stk. 3, indkøbsdirektivets art. 6, stk. 2 og stk. 3, tjenesteydelsesdirektivets art. 11, stk. 2 og stk. 3.

¹⁷ UNICTRAL's Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services angiver et tilsyneladende absolut forhandlingsforbud, jf. art. 34: »(1) (a) The procuring entity may ask suppliers or contractors for clarifications of their tenders in order to assist in the examination, evaluation and comparison of tenders. No change in a matter of substance in the tender, including changes in prices and changes aimed at making an unresponsive tender responsive, shall be sought, offered or permitted« og art. 35: »no negotiations shall take place between the procuring entity and a supplier or contractor with respect to a tender submitted by the supplier or contractor«.

2.1. Restriktive modeller

En model til begrænsning af kommunikationen mellem ordregiver og tilbudsgiver tager sit udgangspunkt i etableringen af en såkaldt sikkerhedszone.¹⁸ En sikkerhedszone består i, at al kontakt mellem ordregiver og tilbudsgiver som udgangspunkt betragtes som brud på forhandlingsforbudet, og dermed på ligebehandlingsprincippet. Det er med andre ord forbudt at kommunikere med den anden part i udbudet. Med denne sikkerhedszone følger en omvendt bevisbyrde, dvs. ordregiver bliver pålagt bevisbyrden¹⁹. Ordregiver har med dette udgangspunkt to alternativer; enten undgår man helt kontakt med tilbudsgiverne, eller også må man sikre sig det nødvendige bevis for, at ligebehandlingsprincippet ikke er overtrådt. Det første medfører, at selv små fejl ikke kan korrigeres samt, at der ikke er mulighed for at præcisere uklare momenter i tilbudet. Det andet alternativ medfører, at ordregiver i mange tilfælde er pålagt en bevisbyrde, som er umulig at løfte. Baggrunden for denne model er et ønske om optimering af konkurrencesituationen ved udbud.

Såfremt det forudsættes, at fælleserklæringen er udtryk for en konkretisering af ligebehandlingsprincippet, kan det diskuteres i hvor høj grad en sikkerhedszone er i overensstemmelse med grundtankerne bag forhandlingsforbudet, dvs. ligebehandlingsprincippet. Under denne forudsætning vil det være i overensstemmelse med forhandlingsforbudet (og dermed ligebehandlingsprincippet), at der er mulighed for en vis kontakt mellem parterne i udbudsfasen. Fælleserklæringens ordlyd åbner mulighed for kontakt mellem parterne når der er behov for præciseringer og suppleringer, og åbner muligvis for adgangen til at føre forhandlinger om ikke grundlæggende elementer. Derudover er det fastslået af EF-domstolen, at ordregiver i visse tilfælde har retten (men ikke pligten) til at rette henvendelse til en tilbudsgiver angående rettelse af fejl.²⁰ En sikkerhedszone vil umuliggøre den kontakt, som er en forudsætning for præciseringer, rettelse af fejl, m.v.

En anden reguleringsmodel, som ligger i forlængelse af etableringen af en sikkerhedszone, er at indføre en regel om formodning for, at ordregiver vil overholde udbudsreglerne. I det tilfælde ordregiver indleder forhandlinger med en tilbudsgiver, vil der således være en formodning for, at denne er blevet tildelt kontrakten; ellers ville forhandlingerne være i strid med forhandlingsforbudet. Reglen eksisterer i Norge og er beskrevet af Lasse Simonsen:

»Det bakenforliggende resonnement i dommen, at det foreligger en faktisk presumsjon for at innbyder vil etterleve anbudsreglerne, vekker generelt til live en gammel debat - om forhandlinger er et (tilstrekkelig) signal til omverdenen om at

¹⁸ *Sune Troels Poulsen*: UfR 1998 B, 61.

¹⁹ Der tages udgangspunkt i den almindelige bevisbyrde om, at klager (tilbudsgiver) som udgangspunkt har bevisbyrden. Der kan være vægtige grunde til at pålægge ordregiver bevisbyrden, jf. reglen om, at den, som bedst kan sikre sig beviset, også bærer bevisbyrden.

²⁰ Dom fra Retten i 1. instans, T-19/95, Adia.

anbudet er akcepteret. Før kontrakt er sluttet er forhandlinger forbudt, mens partene efter kontraktsslutningen frit kan udfylle eller lægge om avtalen«. ²¹

Metoden forudsætter, at forhandling efter tildelingen er tilladt; ellers vil der ikke være tale om en formodning for, at ordregiver følger udbudsreglerne. I kendelse af 23. november 1998, Marius Hansen A/S, udtalte Klagenævnet for udbud følgende:

»EU-udbudsreglerne om offentlige udbud, hvor tildelingskriteriet er »laveste pris«, indebærer ikke, at en udbyder fuldstændig er afskåret fra, efter at beslutningen om, hvilken tilbudsgiver der skal indgås kontrakt med, er truffet, og efter at denne beslutning er meddelt den pågældende tilbudsgiver, at forhandle med den pågældende tilbudsgiver om fastsættelsen af kontraktvilkårene i den kontrakt, der skal indgås. Klagenævnet lægger efter det oplyste til grund, at forhandlingerne mellem indklagede og Kai Andersen A/S om ændring af kontraktvilkåret vedrørende Entreprenørforeningens standardforbehold fandt sted i tiden efter, at indklagede havde besluttet, at der skulle indgås kontrakt med Kai Andersen A/S, og at indklagede havde meddelt Kai Andersen A/S denne beslutning«.

Det fremgår dels af kendelsen, at man ikke er fuldstændig afskåret fra at forhandle efter tildelingen og dels at tildelingskriteriet er »laveste pris«, samt at tildelingen skal være meddelt den pågældende tilbudsgiver inden forhandlingsstarten. Det fremgår ikke af kendelsen hvilke betragtninger Klagenævnet baserer sin afgørelse på, så kendelsen kan formentlig ikke antages at være udtryk for en formodningsregel som den nævnte.

Begrundelsen for en sådan bestemmelse kunne være at få ordregiver til at være mere tilbageholdende med at indlede forhandling, da dette ville betyde, at der var en formodning for at ordregiver havde accepteret tilbudet. Samtidig indeholder reglen den klare ulempe, at ordregiver blot ved at indlede forhandling med en tilbudsgiver, vil kunne tildele denne opgaven, uanset hvordan kriterierne ellers var opfyldt. Dette er kun en risiko ved tildelingskriteriet »økonomisk mest fordelagtige bud«, da tilbudene ikke vil være umiddelbart sammenlignelige på alle punkter, hvorved tildelingen bliver uigennemsigtig. Ved tildelingskriteriet »laveste pris« er den subjektive vurdering fjernet fra tildelingsfasen, og derfor vil man udelukkende kunne anvende formodningsreglen såfremt der blev forhandlet med lavestbydende. Fordelene ved en sådan bestemmelse opvejer efter min mening ikke ulemperne.

²¹ *Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar*, s. 642. Reglen blev fastslået i Rt. 1994.1222, Sjøendommen. Der eksisterer dog den modifikation, at såfremt ordregiver tager forbehold for, at forhandlingen skal fungere som accept, vil kontrakten ikke ses som indgået ved at indlede forhandling. Med denne modifikation vil reglen formentlig ikke påvirke ordregivers lyst til at indlede forhandling, og derved vil reglen miste sin relevans i denne sammenhæng. En forudsætning må derfor være, at formodningen for, at forhandling er udtryk for accept af et tilbud, ikke kan fraviges efter ordregivers ønske.

2.2. Modeller til øget dialog mellem parterne

Grundlæggende kan opstilles en række betingelser, som alle bør indgå i en forhandlingsbaseret udbudsprocedure. Betingelserne skal give størst mulig forhandlingsfrihed kombineret med overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Grundlæggende krav:

- det skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, at udbudet vil indeholde forhandling, således at potentielle tilbudsgivere, som ellers ville undlade at byde p.g.a. af de angivne specifikationer eller andre tekniske forhold, informeres om muligheden for at forhandle om disse tekniske elementer
- alt skal forhandles på plads i udbudsfasen, således at der er maksimal gennemsigtighed i forhandlingerne. Forhandlinger efter tildelingen skal undgås, da sådanne forhandlinger svækker gennemsigtigheden i udbudet
- det skal pålægges ordregiver at realitetsforhandle med alle tilbudsgivere
- forhandlingsrundens procedure skal fastlægges på forhånd og meddeles i udbudsbekendtgørelsen; selve proceduren kan enten være bestemt af ordregiver eller fastlagt i direktiverne. Det sidste vil naturligvis være optimalt
- alle bydende skal have mulighed for at afgive et endeligt bud.

Det optimale vil som sagt være, at alle disse betingelser opfyldes, men det primære må være, at der sikres ligebehandling og gennemsigtighed.

2.2.1. Fortolkning

En måde at udvide den eksisterende adgang til forhandling kunne være gennem fortolkning. Sue Arrowsmith taler for denne mulighed, da hun ikke mener EF-domstolen har afskåret muligheden for en bred fortolkning af forhandlingsforbudet.²² Arrowsmith argumenterer bl.a. for, at praksis ikke udelukker, at der forhandles for at opnå forbedrede tilbud, herunder forhandlinger om pris. Denne fortolkning er formentlig for vidtgående, både i lyset af EF-domstolens praksis,²³ såvel som i lyset af fælleserklæringen samt, for Danmarks vedkommende, den foreliggende praksis fra Klagenævnet for udbud. Såfremt man ønsker udvidelse af mulighederne for dialog mellem parterne, må dette derfor ske ad anden vej end gennem de eksisterende regler.

²² Sue Arrowsmith: The problem of Discussions with Tenderers under the E.C. Procurement Directives: The Current Law and the Case for Reform, Public Procurement Law Review, 1998, nr. 3, s. 65.

²³ Se sagerne C-243/89, Kommissionen mod Danmark, C-87/94, Kommissionen mod Belgien samt T-19/95, Adia Interim.

2.2.2. Ny udbudstype

En metode, hvorved der kunne skabes flere diskussionsmuligheder i udbudsfasen, kunne være at udvide anvendelsesmulighederne for udbud efter forhandling. Denne udbudstype kan i dag kun benyttes i undtagelsestilfælde, eller når der er tale om udbud inden for forsyningssektorerne. En sådan udvidelse kunne foretages ved at sidestille udbud efter forhandling med de to andre almindelige udbudsformer, offentligt udbud og begrænset udbud. Samtidig må det dog fremhæves, at når man fra Kommissionens side alligevel foretager en revision af mulighederne for dialog mellem parterne, vil det være hensigtsmæssigt også at foretage en revision af den eksisterende udbud efter forhandling, som i forhold til de omfattende risici for brud på ligebehandlingsprincippet, må siges at være underreguleret. Der findes i direktiverne bestemmelser for, *hvornår* man kan anvende udbud efter forhandling, men selve proceduren er ikke nærmere angivet end den korte beskrivelse, som er vist ovenfor. Dette til trods for, at den egentlige risiko for brud på de udbudsretlige principper ligger i selve forhandlingerne.

Efter Grønbogen om offentlige indkøb og dennes henstillinger om indskrænkning i anvendelsen af udbud efter forhandling har Kommissionen fået mange henvendelser om behovet for mere fleksible regler om forhandling. I KOM(98) 143 skriver Kommissionen således:

»Især i forbindelse med særligt komplekse indkøb på områder, der er i konstant udvikling, såsom højteknologi, har adskillige indlæg bekræftet Kommissionen i den konstatering, at indkøberne kender deres behov, men ikke på forhånd kender den mest velegnede tekniske løsning, der kan tilfredsstille behovene. I sådanne tilfælde er det derfor nødvendigt med en diskussion om kontrakten og en dialog mellem køber og leverandør. Imidlertid giver de almindelige udbudsprocedurer i de »klassiske« direktiver kun ringe spillerum for en diskussion om forløbet af kontrakttildelingen, og de betragtes derfor som utilstrækkeligt fleksible i sådanne situationer.

Kommissionen vil derfor foreslå, at teksten til de gældende direktiver ændres, så udbudsprocedurerne tilføres mere smidighed, og en dialog i løbet af en udbudsprocedure ikke længere hører til undtagelserne. Den vil foreslå en ny ordinær udbudsprocedure, »konkurrencepræget dialog«, der vil blive tilføjet til procedurerne »offentligt udbud« og »begrænset udbud« og erstatte den nuværende procedure »udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse«. Især under hensyntagen til principperne om åbenhed og ligebehandling må det præciseres, under hvilke betingelser og på hvilken måde, de ordregivende myndigheder vil have adgang til denne procedure og hvorledes den afvikles. Der henstår herefter kun én særlig procedure, »underhåndsproceduren«, for hvilken betingelserne for anvendelse skal fortolkes restriktivt i overensstemmelse med Domstolens retspraksis.²⁴

Det angives yderligere, at formålet med initiativet ikke er ».. at indføre nye restriktive regler, men derimod at forenkle og smidiggøre procedurerne, som det er ønsket af alle de aktører, der har deltaget i grønboogsdebatten, såvel fra de offentlige institutioner som fra den private sektor. Initiativet vil give aktørerne større

²⁴ KOM(98) 143, Offentlige indkøb i den europæiske union, punkt 2.1.2.2.

handlefrihed og dermed have en gavnlig indflydelse på de offentlige indkøbs kvalitet og effektivitet«.

Som det ses af citatet, vil der stadig være begrænsninger i mulighederne for dialog under udbudet, idet den nye udbudsform ikke vil være frit tilgængelig. Man må dog formode, at adgangen til at anvende denne udbudstype vil være udvidet i forhold til den eksisterende adgang til udbud efter forhandling, idet det ellers ville savne formål at indføre en ny procedure.

Umiddelbart vil rådgivning før udbudet kunne dække en stor del af behovet for tekniske råd og vejledning om en hensigtsmæssig løsning på ordregivers opgave. Spørgsmålet er, hvorvidt der er behov for kommunikation omkring kontraktens elementer, såfremt ordregiver har kvalificeret rådgivning? Med andre ord; hvilket behov kan en forhandling i udbudsfasen dække, som ikke kan dækkes af kvalificeret rådgivning. Den pågældende rådgiver vil altid til en vis grad forme specifikationerne efter egne standarder og arbejdsmetoder m.v., og forhandling i udbudsfasen vil kunne bibringe andre løsningsmuligheder og eventuelle alternative løsningsforslag. Spørgsmålet er, om dette ikke kan opnås ved, at ordregiver giver adgang for alternative bud i udbudsbekendtgørelsen. Uanset disse betragtninger vil en procedure baseret på konkurrencepræget dialog formentlig forbedre gennemsigtheden i udbudene.

2.2.3. Licitationsloven og GPA-aftalen

Den danske licitationslov indeholder i § 3, stk. 3 en bestemmelse om begrænset adgang til forhandling:

»Ved en licitation må et bud, som er højere end et andet ved licitationen afgivet bud, ikke nedsættes«.²⁵

Selv om bestemmelsen ikke umiddelbart nævner forhandling eller lignende udtryk, fremgår det, at det er tilladt for ordregiver at forhandle med tilbudsgiveren med det laveste bud. Der er dog to umiddelbare ulemper ved denne model. For det første vil det være i bedst overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, at der forhandles med alle bydende. For det andet giver bestemmelsen kun mulighed for at forhandle om at nedsætte prisen, jf. ordlyden. Det reelle behov, som det også fremgår af KOM(98) 143, er at kunne føre dialog over de (tekniske) elementer i kontrakten, som ordregiver ofte ikke har forudsætningerne til at kunne vurdere.

De fælleseuropæiske udbudsregler er harmoniseret med World Trade Organizations regler om udbud, Government Procurement Agreement. Sidstnævnte regler indeholder i art. XIV følgende regler om forhandling i udbud:

²⁵ Bestemmelsen omfatter ikke længere det offentlige udbud, jf. bekg. 201/1995, § 4, stk.2.

»1. A Party may provide for entities to conduct negotiations:

- (a) in the context of procurement in which they have indicated such intent, namely in the notice referred to in paragraph 2 of Article IX (the invitation to suppliers to participate in the procedure for the proposed procurement); or
- (b) when it appears from evaluation that no one tender is obviously the most advantageous in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notice or tender documentation.

2. Negotiations shall primarily be used to identify the strengths and weaknesses in tenders.

3. Entities shall treat tenders in confidence. In particular, they shall not provide information intended to assist particular participants to bring their tenders up to level of other participants.

4. Entities shall not, in the course of negotiations, discriminate between different suppliers. In particular, they shall ensure that:

- (a) any elimination of participants is carried out in accordance with the criteria set forth in the notice and tender documentation;
- (b) all modifications to the criteria and to the technical requirements are transmitted in writing to all remaining participants in the negotiations;
- (c) all remaining participants are afforded an opportunity to submit new or amended submissions on the basis of the revised requirements; and
- (d) when negotiations are concluded, all participants remaining in the negotiations shall be permitted to submit final tenders in accordance with a common deadline«.

Bestemmelserne i GPA-aftalen forekommer umiddelbart hensigtsmæssige, og disse vil da også grundlæggende være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Forhandling i GPA-regi, vil, som det er angivet, primært være fokuseret omkring en konkurrencemæssig sammenligning, men disse forhandlinger vil også medføre kvalitative forbedringer i tilbudsgivernes tilbud. Det må konstateres, at denne regel byder på en højere grad af fleksibilitet end udbudsdirektiverne. Bestemmelsen blev ikke taget med i EU's udbudsdirektiver i forbindelse med direktivændringerne efter Uruguay-runden i WTO²⁶.

2.2.4. »Two-stage«-systemet

Den sidste mulighed for at integrere en øget mulighed for dialog mellem parterne er gennem indførelse af en to-delt udbudsprocedure. Eksempler på en sådan procedure findes i UNCITRAL's Model Law on the Procurement of Goods,

²⁶ Uruguay-runden varede fra 1986 til 1994. De tre klassiske udbudsdirektiver i EU-regi (indkøb, bygge- og anlæg samt tjenesteydelser) er ændret ved 97/52/EF, mens forsyningsvirksomhedsdirektivet er ændret ved 98/4/EF.

Services and Construction. Kapitel V har overskriften »Procedures for Alternative Methods of Procurement«, og indeholder bl.a. two-stage-tendering (art. 46), request for proposal (art. 48) samt competitive negotiation (art. 49). Two-stage-tendering-proceduren foregår ved, at der først udbydes med et givent sæt specifikationer, hvorefter tilbudsgiverne afgiver et bud uden pris. Dette bud danner herefter grundlag for forhandlinger, hvori alle kontraktens elementer kan forhandles. Efter forhandlingsrunden afgiver de bydende endelige bud på baggrund af de ændringer i specifikationer m.v. ordregiver har foretaget. Disse bud er med pris angivet og kan ikke forhandles. Afsluttende vælger ordregiver det bud, som i største omfang opfylder kravene til det endelige sæt af specifikationer og krav. Den grundlæggende forskel på two-stage-tendering og request for proposal er, at sidstnævnte ikke kræver, at ordregiver skal angive et sæt specifikationer, før de endelige afgives. For at imødekomme den usikkerhed, som opstår som resultat af manglende specifikationer, stilles der særlige krav om evalueringskriterier og evalueringsprocedure i forbindelse med request for proposal.

Competitive negotiations består grundlæggende i, at ordregiver inviterer et antal tilbudsgivere (nok til at sikre effektiv konkurrence) til at byde med efterfølgende forhandlingsrunde. Der stilles ikke specielle krav til tildelingen af kontrakten.

Som udgangspunkt vil two-stage-tendering og request for proposal være at foretrække ud fra gennemsigtigheds- og ligebehandlingshensyn, mens competitive negotiation ikke giver en velafbalanceret afvejning mellem disse hensyn og mulighederne for dialog. Hvilken af de to (two-stage-tendering og request for proposal) der foretrækkes, vil afhænge af opgavens kompleksitet. Jo mere kompleks, jo mere vil specifikationer stå i vejen for muligheden for en hensigtsmæssig løsning, og jo større vil fordelene være ved at anvende request for proposal.

De ulemper der måtte være forbundet med sådanne procedurer er, at de er meget tids- og ressourcekrævende, og de vil derfor have deres største fordele ved store og komplicerede projekter som eksempelvis totalentreprise.

3. Sammenfatning

Udbudsreglerne fremstår på nogle områder som ufleksible og u hensigtsmæssige. Et af disse områder er omkring muligheden for diskussion i forbindelse med udbudet. Ligebehandlingsprincippet udelukker som hovedregel forhandling i forbindelse med udbud, samtidig med, at der i praksis eksisterer et stort behov for diskussioner. Kommissionen har med KOM (98) 143 lagt det nødvendige fundament til en revision af bestemmelserne for forhandling i udbud.

I det foregående er flere forskellige varianter af udbudsreglernes forhandlingsforbud blevet præsenteret. En mulig ændring af udbudsreglerne kunne tage udgangspunkt i § 3, stk. 3 i licitationsloven, der åbner for en mulighed for at forhandle om prisen med den tilbudsgiver med det laveste bud. Min mening er, at reglen har en begrænset indflydelse på den konkurrencemæssige situation, og at den ud fra den betragtning godt kunne accepteres. Mine forbehold overfor denne regel går på, at

der udelukkende er mulighed for at ændre på prisen, mens det virkelige behov nærmere består i, at kunne tilpasse tilbudet til ordregivers forventninger og krav. Derudover forhandles udelukkende med én tilbudsgiver.

En anden mulighed er etableringen af en sikkerhedszone. Denne løsning vil som nævnt give en optimal konkurrencesituation, men modsat vil den forværre muligheden for at kunne afklare og tilpasse tilbudene til ordregivers krav. Det vigtige spørgsmål i denne sammenhæng er, hvordan afvejningen mellem konkurrencehensynene og afklaringsmulighederne skal prioriteres. Jeg mener, at der ikke i overvejende grad er behov for en sådan sikkerhedszone, da forhandlingsforbudet i sig selv ville kunne imødekomme konkurrencehensynene, hvis forbudet blev støttet af en effektiv håndhævelse. Jeg kan ikke støtte ændringer i forhandlingsforbudet i retning af det skitserede.

Jeg mener, at der kan hentes inspiration dels i GPA-reglerne om forhandling og dels i UNCITRAL's regelsæt om todelte procedurer uden priser i den første runde. Om en af disse modeller kommer til at danne grundlag for den kommende udbudstype »konkurrencepræget dialog«, vil tiden vise.