

Juridiske emner
ved
Syddansk Universitet
2001



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2001

Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2001
1. udgave

© 2001 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.

Tryk: Gentoft Tryk
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers
Printed in Denmark 2001
ISBN 87-574-0506-9

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

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: fl@djoeef.dk
Homepage-adresse: www.djoeef.dk/forlag

INDHOLD

Forord	7
Ligningsplanlægning og ligningseffektivitet <i>Ole Bjørn</i>	9
Den skatteretlige dimension af erhvervsjura som ledelsesredskab <i>Jakob Bundgaard</i>	25
Børsrettens territoriale anvendelse - refleksioner over retsstillingen i Danmark <i>Nis Jul Clausen</i>	39
Betragtninger over en denuntiation <i>Leif Heiselberg</i>	56
Fra autonomi til styring - et blik ind i universitetsforskerens hverdag <i>Bent Iversen</i>	65
Venture capital selskaber - samspil mellem jura og økonomi <i>Dan Moalem</i>	80
Retsstiftende passivitet <i>David Moalem</i>	92
VE-beviser - omlægning af de danske støtteordninger til vedvarende energi <i>Bent Ole Gram Mortensen</i>	106
Nyere domspraksis om kreditkonsignation <i>Hans Viggo Godsk Pedersen</i>	120
Produktansvarsloven - objektivi ansvar og begrebet defekt <i>Jan Timmermann Pedersen</i>	132
Det skatteretlige begreb - hvornår er man i familie med hinanden inden for skatteretten <i>Susanne Pedersen</i>	148

Aktieløn - netop nu <i>Søren Rasmussen</i>	161
Aftalelovens ugyldighedsregler anvendt på aftaler indgået gennem offentlige udbud <i>Michael Steinicke</i>	167

Forord

Nærværende bog rummer en række artikler skrevet af medarbejderne ved Institut for Erhvervsjura og afspejler en del af de interesseområder, som medarbejderne for tiden er engageret i.

Bogen udsendes til instituttets kolleger ved Syddansk Universitet og til kolleger ved de øvrige læresteder, til medlemmerne af censorkorpset, til advokater, revisorer og øvrige personer og virksomheder, der har vist interesse for instituttets forskningsmæssige indsats.

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

Syddansk Universitet har ydet støtte til udgivelse af bogen.

Odense og Kolding i maj 2001

Bent Iversen

Ligningsplanlægning og ligningseffektivitet

af

Professor Ole Bjørn

1. Den lovmæssige ramme

Det har som bekendt været karakteristisk for skattelovgivningen siden slutningen af 1950'erne, at den er blevet mere og mere destilleret således, at væksten i den materielle skattelovgivning har været enorm.

Tilbage af fortidens mere rammeagtige bestemmelser kan der i den materielle del af skattelovgivningen i dag stort set kun peges på statsskattelovens §§ 4-6, der stadig udgør det skatteretlige indkomst- og udgiftsbegreb i den udstrækning, disse bestemmelser ikke er fraveget ved senere lovgivning. Da dette imidlertid i stigende udstrækning har været tilfældet, får disse bestemmelser - uanset at de fortsat udgør hovedreglerne i den materielle skatteret - på talrige områder karakter af tilbagefaldsregler, som alene skal anvendes i den udstrækning, der ikke kan påvises særregler, der regulerer det retsforhold, som skatteretligt skal bedømmes.

Det andet hovedområde, der kan nævnes som eksempel på en fortsat mere rammeagtig lovgivning, er den del af den formelle skatteret, som skattestyrelsesloven udgør. Bortset fra bestemmelserne om bindende forhåndsbesked i kapital 2 A, reglerne om omkostningsdækning i § 3 A samt væksten i bestemmelserne om ansættelsesfrister i §§ 34 og 35, har loven fortsat en rammeagtig karakter i beskrivelsen af den organisatoriske opbygning af skattesystemet i Danmark. Dette gælder i udpræget grad også de regler, der er gældende vedrørende ligningen.

2. Reglerne om planlægning af ligningen

Efter skattestyrelseslovens § 13 påhviler det Told- og Skattestyrelsen årligt at udarbejde planer for den almindelige ligning af fysiske personer og dødsboer samt ejendomsvurderingen.

Denne centrale ligningsplan skal godkendes af Ligningsrådet, jf. § 13 stk. 2 og § 18. Den centrale ligningsplan har sin lokale forlængelse i den plan for den kommunale skattemyndigheds ligningsarbejde, som kommunalbestyrelsen udarbejder og er ansvarlig for opfølgningen af. Den lokale ligningsplan skal tage hensyn til den centrale ligningsplan, der således ikke kan fraviges lokalt. Dette fremgår vel ikke entydigt af § 1, der blot udsiger, at den lokale ligningsplan skal »tage hensyn« til den centrale ligningsplan, men resultatet følger af § 18 stk. 3, der bestemmer, at i de tilfælde, hvor en kommune gentagne gange ikke har opnået de forventede resultater

af ligningsarbejdet, kan Ligningsrådet, efter indstilling fra Told- og Skattestyrelsen, give kommunen bindende direktiver for ligningsarbejdet, herunder pålæg om, at nærmere angivne dele af dette arbejde skal udføres af eksterne sagkyndige for kommunens regning.

Der er således et fælles ansvar for den centrale ligningsplan, der er delt mellem Told- og Skattestyrelsen, som har beføjelsen til at udarbejde planen, og Ligningsrådet, der skal godkende den, hvilket indebærer en beføjelse for Rådet til at nægte at godkende planen, før nærmere angivne ændringer er foretaget.

I relation til arbejdet omkring ligningsplanlægningen er der derfor ikke tale om et over-/underordningsforhold mellem Told- og Skattestyrelsen og Ligningsrådet. Styrelsen fungerer ikke blot som sekretariat for Ligningsrådet, men har selvstændige beføjelser. Told- og Skattestyrelsen og Ligningsrådet er således i relation til dette arbejde samarbejdende myndigheder.

Som et led i beføjelsen til centralt at fastlægge rammer for ligningen er den såkaldte anvisningsret. Af § 13 fremgår det ligeledes, jf. § 2, at Told- og Skattestyrelsen forsyner de lokale skattemyndigheder og vurderingsmyndigheder med oplysninger til brug ved ligningen af fysiske personer og dødsboer eller vurderingen og giver dem anvisninger med hensyn til den formelle fremgangsmåde og tilrettelæggelsen og gennemførelsen af selve ligningen af fysiske personer og dødsboer eller vurderingen.

Også disse anvisninger godkendes af ligningsrådet, jf. § 13 stk. 3, og § 18. Sådanne godkendte planer skal følges af de lokale skattemyndigheder og vurderingsmyndigheder, jf. § 13 stk. 3.

Som det ses, er der alene tale om rammeagtige bestemmelser, der ikke nærmere angiver hverken omfanget af eller den nærmere karakter af den centrale planlægning, som de lokale ligningsmyndigheder skal iagttage.

For de juridiske personers vedkommende er tilsvarende regelsæt ikke foreskrevet, fordi det af § 12 A nu fremgår, at det er told- og skatteforvaltningen, der foretager skatteansættelserne af indkomst for alle juridiske personer bortset fra dødsboer. I den udstrækning, dette arbejde er uddelegeret til enkelte kommuner eller kommunale fællesskaber, er dette sket på kontraktbasis således, at kontrakterne indeholder de nødvendige bestemmelser om, hvordan og med hvilken intensitet ligningen skal foretages. For de juridiske personer er det således et kontraktgrundlag, der erstatter en egentlig ligningsplanlægning, hvor det er kommuner, der rent praktisk varetager opgaverne, medens der i de tilfælde, hvor arbejdsopgaven varetages af regionale told- og skatteregioner, følger af det almindelige over- og underordningsforhold, at Told- og Skattestyrelsen kan fastlægge tilsvarende regler i forhold til regionerne.

3. Tilsynet med ligningen

Medens ligningsplanerne rummer fastlæggelsen af de krav, der i såvel kvantitativ som kvalitativ henseende skal nås i den periode, som ligningsplanen er gældende for, rummer tilsynet med de lokale ligningsmyndigheder den efterfølgende konstatering af, om ligningen faktisk har fundet sted - kvantitativt og kvalitativt - på

den måde, som ligningsplanen stiller krav om. Den opfølgning på ligningsplanlægningen, som tilsynet rummer, gælder kun den ramme, som er fastlagt i den centrale ligningsplan. De yderligere krav til ligningen, som kommunalbestyrelsen har fastlagt i den lokale ligningsplan, tilkommer det alene kommunalbestyrelsen at følge op på, ligesom dette gælder alle de områder af de kommunale skattemyndigheders aktiviteter, som ikke vedrører den egentlige ligning. Dette er f.eks. tilfældet med den serviceaktivitet overfor borgeren, som i disse år spiller en stadig stigende rolle.

Efter skattestyrelseslovens § 12 skal Told- og Skattestyrelsen føre tilsyn med, at skatteansættelse af indkomst og ejendomsværdi, værdiansættelse mv. i dødsboer samt vurdering af fast ejendom sker på behørig og ensartet måde over hele landet.

Planer for tilsynet udarbejdes af Told- og Skattestyrelsen, jf. § 13. Også de af Styrelsen udarbejdede tilsynsplaner vedrørende ligning og vurdering af fast ejendom skal godkendes af Ligningsrådet, jf. § 13 stk. 3, og § 18.

Som et led i dette tilsynsarbejde påhviler det Told- og Skattestyrelsen at undersøge rigtigheden af de kommunale skattemyndigheders afgørelser og af vurderings- og skyldrådenes afgørelser vedrørende vurdering af fast ejendom. Denne undersøgelse sker efter regler, der udarbejdes af Told- og Skattestyrelsen, der herefter forelægger disse planer til godkendelse i Ligningsrådet, jf. § 14 samt § 18 stk. 2.

Også som et led i tilsynsvirksomheden har Told- og Skattestyrelsen efter § 14 stk. 2, adgang til indsigt i de lokale skattemyndigheders og vurderingsmyndighedernes konkrete arbejde, herunder ret til at deltage i skatteankenævnenes, vurderingsrådenes og skyldrådenes møder og forhandlinger, dog uden stemmeret.

Endelig har såvel told- og skatteregionerne som Told- og Skattestyrelsen ret til at udtage selvangivelser, ansættelser og vurderingssager til en nærmere gennemgang, jf. § 14 stk. 3. Denne revisionsbeføjelse kan udøves ved, at de statslige myndigheder selv kan træffe en ny afgørelse, ligesom sagerne kan forelægges til afgørelse i Ligningsrådet, jf. § 19.

Disse regler om ligningsplanlægning og tilsyn med ligningen fremstår som og er formelt sideordnede regler. Medens den centrale ligningsplan i dag udgør en meget kraftig regulering af de kommunale ligningsmyndigheders arbejde og repræsenterer en navnlig i kvantitativ henseende forholdsvis stram styring af ligningsintensiteten, har tilsynsvirksomheden langt mere ekstensiv karakter, selv om de seneste års tilsynsplanlægning har indebåret en ikke uvæsentlig opstramning af tilsynsfunktionen. Realiteten er dog fortsat den, at den del af tilsynsvirksomheden, der indebærer undersøgelse af rigtigheden af de lokale skattemyndigheders afgørelser, er baseret på gennemgang af et meget begrænset antal sager, hvis antal fastsættes i de årlige tilsynsplaner, ligesom adgangen til at deltage i skatteankenævnenes, vurderingsrådenes og skyldrådenes møder ikke er reglen, men undtagelsen, bortset fra regionens varetagelse af sekretariatsfunktionen for skyldrådene.

Også revisionsbeføjelsen spiller talmæssigt en hel ubetydelig rolle i forhold til det antal afgørelser, der træffes af de lokale ligningsmyndigheder.

4. Kravet om behørig og ensartet ligning

Som nævnt ovenfor fremgår det af § 12, at det centrale i tilsynsfunktionen er at sikre, at skatteansættelse af indkomst og ejendomsværdi, værdiansættelse mv. i dødsboer samt vurdering af fast ejendom sker på behørig og ensartet måde over hele landet.

Når tilsynsvirksomheden retter sig herimod, ligger implicit i bestemmelsen, at det er det grundlæggende krav, der må stilles til de myndigheder, der foretager sådanne vurderinger og afsættelser, at virksomheden udøves på behørig og ensartet måde over hele landet.

Som det fremgår af bestemmelsen, retter dette krav sig mod skatteansættelsen og vurderingerne. Den virksomhed, der ligger herudover, er derfor ikke omfattet af dette krav. Når de kommunale skattemyndigheder varetager så betydningsfulde serviceopgaver for borgerne som f.eks. at yde assistance med forskudsregistrering, selvangivelse og årsopgørelse, er det således kommunalbestyrelsen, der som ansvarlig myndighed må fastlægge de nærmere retningslinier herfor, herunder hvilket serviceniveau, der er det ønskelige. Ofte vil der være bestemmelser herom i de kommunale ligningsplaner.

Det centrale spørgsmål i relation til skatteansættelsen eller ligningen er herefter, hvad der nærmere kan indlægges i kravet om, at ansættelserne og vurderingerne skal ske på behørig og ensartet måde over hele landet.

Disse nøglebegreber er langt fra af nyere dato. De optræder første gang i lovgivningen i lov nr. 108 af 31.3.1938 om oprettelse af en Landsskatteret og om tilsynet med skatteligningen mv. (Landsskatteretsloven), hvis hovedformål var at ophæve det tidligere Landsoverskatteråd og Overskyldrådet og spalte disse organers funktioner ud i en Landsskatteret, der varetager klagefunktionen og et Ligningsdirektorat og Ligningsråd, der varetager ansættelses- og tilsynsfunktionen.

En lignende formulering findes i lov nr. 309 af 7. juni 1946 om oprettelse af amtskatteråd og amtsligningsinspektorer. I denne lovs § 2 hedder det, at amtsskatterådene skal medvirke til en effektiv og ensartet ligning inden for amtsskattekredsen.

Da det af begge love fremgår, at både Ligningsrådet og Amtsskatterådet kan ændre de ansættelser, der er truffet af underordnede myndigheder i den udstrækning, de anses for urigtige, kan der næppe tillægges den i forhold til landsskatteretsloven ændrede formulering nogen betydning.

Det karakteristiske for begge lovbestemmelser er imidlertid, at der ikke i forarbejderne er gjort noget forsøg på nærmere at definere, hvad der forstås ved behørighed og ensartethed.

Spørgsmålet er centralt, fordi såvel ligningsplanlægningen som tilsynet med ligningen må rettes mod opfyldelse af disse fundamentale krav. Såvel den centrale ligningsplan som den af kommunalbestyrelsen vedtagne lokale ligningsplan må indeholde de rammer og rumme de krav, der må anses for nødvendige og hensigtsmæssige i relation til at opfylde kravet om behørighed og ensartethed.

Kravet om behørighed synes for så vidt at være forholdsvis enkelt at fastlægge. At en skatteansættelse er foretaget behørigt må indebære, at den skatteansættende myndighed har foretaget sådanne undersøgelser af grundlaget for ansættelsen, at

man på et tilstrækkeligt grundlag er af den overbevisning, at det beløbsmæssige resultat af virksomheden er i overensstemmelse med lovgivningen således, at de nødvendige undersøgelser munder ud i en afgørelse, der såvel i materiel som i formel henseende er rigtig.

Det må imidlertid betones, at der i lovbestemmelsen og i det ovennævnte forsøg på at definere begrebet, ikke ligger et absolut krav. Den materielle og formelle rigtighed af skatteansættelsen må ses i relation til de komponenter i ansættelsesvirksomheden, der er gjort til genstand for den skattemæssige undersøgelse. Der kan således ikke stilles krav om, at alle de forhold, som en selvangivelse eller et regnskab omfatter, er undersøgt til bunds. Kravet kan næppe formuleres videre end, at der er foretaget de undersøgelser og handlinger, som i relation til den enkelte skatteydere forhold må skønnes nødvendige og hensigtsmæssige.

Væsentligt større problemer knytter sig formentlig til begrebet ensartethed.

Indledningsvis må man fastslå, at der ikke i dette begreb kan indlægges et krav om, at alle selvangivelser hvert år gøres til genstand for ligning, og at en sådan ligning indebærer, at alle selvangivelser - evt. inden for hver skatteyderkategori - underkastes samme kontrol dybde.

En sådan arbejdsopgave vil helt enkelt være umulig. Der er derfor i begrebet utvivlsomt indeholdt et relativt moment.

På baggrund af at kravet om ensartethed har sin baggrund i, at de centrale - og senere regionale - myndigheder skal sikre gennem tilsynet med de lokale ligningsmyndigheder, at ligningen er ensartet, kan kravet naturligt forstås som en sikring af, at ligningsindsatsen er ensartet i relation til de kommunale ligningsmyndigheder indbyrdes således, at der ikke består iøjnefaldende forskelle mellem den ligningsindsats, som præsteres nogle steder i landet i forhold til den ligningsindsats, andre kommuner præsterer.

Denne ensartethed de kommunale ligningsmyndigheder imellem har formentlig både en kvantitativ og en kvalitativ dimension. Den kvantitative dimension må gå på, at det antal skatteydere, som undergives en egentlig ligning, ikke er væsentligt forskellig afhængig af, hvor i landet, en given skatteyder er skattepligtig. Den kvalitative dimension må som udgangspunkt indeholde et krav om, at den kontrol dybde, der iværksættes, ej heller - som gennemsnit - er væsentligt forskellig fra den ene kommunale ansættelsesmyndighed til den anden.

Da det er helt umuligt at underkaste alle skatteydere egentlig ligningsmæssige handlinger hvert år, kan man overveje, om der i kravet om ensartethed i det mindste kan indlægges i begrebet, at alle skatteydere over et vist åremål som det mindste skal undergives en ligningsmæssig behandling på et eller andet kontrolniveau.

Da begrebet fra lovgivningsmagtens side ikke er nærmere defineret, kan man næppe ud fra retlige synspunkter argumentere for, at dette krav kan opstilles, men meget taler for, at man i hvert fald på sigt bør forsøge at indlægge dette krav i den planlægning af ligningen, der finder sted på centralt hold.

Det relative i begrebet ensartethed understreges af, at selv om kravet formelt retter sig mod alle skatteydere uanset deres status, er realiteten den, at den nødvendige ligning er helt afhængig af, om der er tale om lønmodtagere og pensionister eller selvstændige erhvervsdrivende.

Medens ensartetheden i relation til lønmodtagere og pensionister - i hvert fald typisk - kan opnås ved, at alle konstaterede fejl mellem de selvangivne beløb og de kontroloplysninger, der dækker langt størstedelen af disse skatteyderkategoriers indkomst- og udgiftsforhold, rettes, er ligningsopgaven i relation til selvstændige erhvervsdrivende en ganske anden. Begrebet ensartethed må derfor nødvendigvis ses i relation til de forskellige skatteyderkategorier, der i ligningsmæssig henseende er forskellige. Kravet om ensartethed må derfor forstås således, at ligningsindsatsen ikke på urimelig måde koncentrerer om en kategori af skatteydere med den virkning, at ligningsindsatsen er væsentligt mindre overfor andre skatteydere. At såvel ligningsfrekvensen som det tilmæssige forbrug pr. lignet skatteyder er meget væsentligt større overfor erhvervsdrivende personer og selskaber mv. end overfor lønmodtagere og pensionister er derfor ikke et udtryk for uensartethed, men i virkeligheden en nødvendighed, der sikrer, at ligningsindsatsen over for de forskellige skatteyderkategorier bliver ensartet.

Endelig må det i relation til både begrebet behørighed og ensartethed betones, at dette ikke indebærer, at alle bagatelagtige fejl i forbindelse med den selvangivne indkomst skal rettes. Af den centrale ligningsplan fremgår det således, at ligningen skal være væsentlig, hvilket indebærer den formelle legitimation af, at bagatelagtige forhold, uanset at de er konstaterede, passerer upåtalte. Uanset at skatteansættelsen skal være behørig og ensartet, er der næppe tvivl om, at dette alene indebærer, at væsentlige forhold bringes til afklaring. Når ministeren i bekendtgørelse nr. 1176 af 22. december 1994 om den kommunale skattemyndigheds adgang til at foretage skatteansættelser efter udløbet af ligningsfristen bestemmer, at en forhøjelse som hovedregel skal være af væsentlig betydning, er dette et udtryk for samme synspunkt.

5. Udviklingen i ligningsplanlægningen i de senere år

Ved de omfattende ændringer i skattestyrelsesloven, som blev vedtaget i 1989, blev der øget fokus på ligningsplanlægningen. I de første år efter ændringerne i skattestyrelsesloven, fastholdt man det hidtidige system, hvorefter Ligningsrådet hvert år udmeldte måltal til kommunerne for at sikre en ensartet ligning. Måltallene angav, hvor mange selvangivelser, der som minimum skulle gennemgås nøjere, ligesom det overfor kommunen blev oplyst, hvor mange ansættelsesændringer, en sådan gennemgang erfaringsmæssigt ville medføre samt de gennemsnitlige ændringsbeløb, der ville fremkomme, fordelt på henholdsvis forhøjelser og nedsættelser.

Ved nøjere gennemsyn forstod man frem til ligningsplanen for 1997/98 de handlinger, der af ligningsmyndighederne blev foretaget efter indberetning, gennemlæsning og/eller udsøgning, og som normalt ville medføre en kontakt med skatteyderen. Der blev frem til og med 1995 udmeldt måltal for erhvervsdrivende bortset fra hovedaktionærer, dvs. lønmodtagere og pensionister. For det andet for hovedaktionærer. For det tredje for personligt erhvervsdrivende samt for selskaber. I de sidste år før ændringen af ligningsplanen for 1997/98 blev der tillige udmeldt måltal for kommanditister.

Med ligningsplanen for 1997/98 blev der alene udmeldt antalsmål for hovedaktionærer, personligt erhvervsdrivende og selskaber, medens det fremover blev anset for uforholdsmæssigt at fastsætte måltal for lønmodtagere og pensionister, for kommanditister og særlige skatteydere, som der også var fastsat måltal for i de seneste år forud for ændringen.

Baggrunden for faldet i antallet af skatteydergrupper, for hvem der blev fastsat måltal, var et udtryk for, at den ligningsmæssige gennemgang for disse grupper nu var på et sådant stade, at yderligere måltal måtte anses for uforholdsmæssige. Samtidig blev begrebet nøjere gennemsyn afløst af inddelingen i 3 kontrolprocesser, nemlig ligningsmæssig gennemgang, partiel revision og revision. I første omgang blev der ikke stillet krav om en nøjagtig fordeling af måltallene på de angivne kontrolprocesser, men i ligningsplanen for 1998/99 blev der dog fastsat krav om, at fordelingen på de 3 kontrolprocesser skulle være rimelig.

Med ligningsplanen for 1997/98 blev der fundet en afløsning for det tidligere måltal for lønmodtagere og pensionister, idet der blev fastsat bundne udsøgningskriterier, der vel gik på tværs af skatteydergrupperne, men som i særlig grad ville vedrøre lønmodtagere mv.

Med denne ligningsplan for 1997/98 blev der også etableret en forsøgsordning vedrørende måltal for omsætningen. Denne ordning blev gjort obligatorisk i den efterfølgende ligningsplan for 1998/99 således, at det blev sikret, at den ligningsmæssige gennemgang, fordelt på de 3 kontrolprocesser, ikke kun vedrørte mindre erhvervsdrivende, idet måltallene nu obligatorisk skulle nås på de 3 kontrolprocesser under ét.

I 1999/2000 indeholdt ligningsplanen en obligatorisk fordeling af antalsmålet på de 3 kontrolprocesser, ligesom der blev indført krav om ressourceregistrering af såvel det planlagte som det faktiske tidsforbrug i forbindelse med ligningen.

Ligningsplanen for 2000/2001 indeholdt den nyhed, at omsætningsmåltallet obligatorisk blev fordelt på kontrolprocesserne, ligesom der blev iværksat et pilotprojekt vedrørende justering af måltalssystemet. Dette pilotprojekt, som skal evalueres i eftersommeren 2001, omfatter 8 kommuner, der får mulighed for at opnå en kvantitativ indskrænkning i det antal ligningsmæssige gennemgange, der skal foretages, mod til gengæld at foretage et øget antal dybere kontroller i form af partiel revision eller revision således, at der samlet skal opnås et givet antal point, hvor partiel revision og revision tildeles et væsentligt større antal point end den kontrolproces, der betegnes som ligningsmæssig gennemgang.

Formålet med dette pilotprojekt er at supplere ligningsplanens mulighed for med regionen at aftale en reduktion i antallet af kontrolprocesser mod til gengæld at iværksætte særlige initiativer i forbindelse med ligningen. Idéen er således at give kommunerne mulighed for en bedre planlægning af ligningen ved at indføre en fleksibilitet i antalsmålene, når den samlede ligningsindsats fastholdes på et uændret niveau, der blot giver sig udtryk i et større antal af de tungere kontrolprocesser.

Med ligningsplanen for 2000/2001 introduceres også begrebet ligningskoncept, hvorved forstås, at der forud for fastsættelse af særlige udsøgningskriterier udarbejdes ligningskoncepter, som det påhviler den enkelte kommune som minimum af følge.

I den seneste ligningsplan for 2001/2002 er der alene fastsat måltal for personligt erhvervsdrivende, medens det tidligere måltal for hovedaktionærer er afløst af et særligt visiteringskrav, gennemgang af kapitalforklaringer og koordinering af ligningsarbejdet for hovedaktionæren med det selskab, som den pågældende er hovedaktionær i. Der findes ingen bundne udsøgningskriterier i denne ligningsplan, der tillige rummer større fleksibilitet i tilrettelæggelse af ligningsindsatsen for de kommunale fællesskaber.

Med ligningsplanen for 1998/99 forsvandt måltallet for selskaber, hvilket dog alene skyldes, at selskaberne i ligningsplanmæssig henseende fremover er styret af Told- og Skattestyrelsen, der såvel internt i forhold til regionerne som i kontraktgrundlaget med kommunerne har fastsat måltal, der svarer til det system, der er gældende for personligt erhvervsdrivende.

Skal man sammenfatte betragtningerne gennem de senere år i ligningsplanen, kan man karakterisere udviklingen på den måde, at der er sket en forskydning således, at der er lagt en stigende vægt på de kvalitative elementer i ligningen, dog med en samtidig fastholdelse af det kvantitativt orienterede måltal, der dog nu alene omfatter personligt erhvervsdrivende og som ovenfor nævnt selskaber. Samtidig er der givet kommunerne, der deltager i forsøgsordningen, mulighed for større fleksibilitet i tilrettelæggelsen af arbejdet og skabt incitament til en ikke uvæsentlig forskydning af ligningsindsatsen over mod de tungere kontrolprocesser i form af partiel eller total revision.

Det er antageligt at tro, at den ovenfor omtalte forsøgsordning vil - evt. med visse tilfældigheder - blive gjort til en permanent ordning, der også vil komme til at stå til rådighed for andre kommuner, der ønsker en tilsvarende fleksibilitet.

Udviklingen er samtidig et udtryk for, at ligningsindsatsen for alle andre grupper af skatteydere end de personligt erhvervsdrivende og selskaber, nu ligger på et sådant niveau, at det ikke længere anses for nødvendigt at fokusere med måltal på disse grupper i ligningsplanen udover de almindeligholdte bemærkninger om lønmodtagerligningen, som er nævnt ovenfor under afsnit 2.

6. Er ligningsindsatsen i Danmark tilfredsstillende?

Man kan overordnet rejse det spørgsmål, om ligningsindsatsen her i landet ligger på et sådant niveau, at man med rimelighed kan konstatere, at skattestyrelseslovens krav om ensartethed og behørighed er opfyldt.

Skal man besvare spørgsmålet generelt, er jeg ikke i tvivl om, at svaret er, at ligningsindsatsen befinder sig på et tilfredsstillende niveau.

Anskuer man ikke besvarelsen af spørgsmålet ud fra de kriterier, der er opstillede i skattestyrelsesloven, men foretager en bredere bedømmelse af, hvorledes lignings-effektiviteten her i landet er målt med ligningsindsatsen i andre højt udviklede lande, er der næppe tvivl om, at lyssynet vil være endnu mere markant. Grunden hertil er, at ligningseffektiviteten her i landet i meget høj grad er et produkt af de kontrol- og indberetningssystemer, som skattekontrolløven udviser talløse eksempler på. Realiteten er således, at den helt overvejende del af de skattepligtige indkomster,

som skatteyderne oppebærer, modtager skattesystemet oplysning om fra den eller de trediemænd, der udbetaler disse skattepligtige indkomster. Når realiteten endvidere er, at langt størstedelen af de fradrag, som skatteyderne har ret til, tillige indberettes fra trediemand, opnås en velfungerende ligningsindsats alene derved, at alle væsentlige uoverensstemmelser mellem skatteyderens egne oplysninger og trediemands oplysninger klarlægges og bringes ud af verden. For den helt overvejende del af gruppen lønmodtagere og pensionister sikrer kontrol- og indberetningssystemer i sig selv en tilfredsstillende ligningsindsats, der omfatter den helt overvejende del af indtægts- og udgiftsposteringerne. Til en vis grad - men også kun til en vis grad - gælder det også selvstændigt erhvervsdrivende, navnlig vedrørende renteudgifter og udgifter til pensionsindbetaling.

Det er derfor ikke overraskende, at ligningsplanlægningen som ovenfor nævnt i de seneste år er blevet identisk med en planlægning af ligningen for de selvstændigt erhvervsdrivende og gennem Told- og Skattestyrelsens styring af området også for selskabsligningen, hvor oprettelsen af den særlige selskabsrevisionsenhed i Told- og Skattestyrelsen, der som ovenfor nævnt varetager ligningen for de selskaber, der har en omsætning på mere end 1½ mia. om året, og som tillige omfatter hele den finansielle sektor, har løst det problem, der tidligere knyttede sig til, at man kunne stille spørgsmålstegn ved, om ligningsindsatsen var tilstrækkelig over for disse typisk store juridiske enheder.

Man kan derfor udtrykke det på den måde, at ligningsplanlægningens fokusering på de skattepligtige, der er erhvervsdrivende, tilsigter at skabe en balance i ligningseffektiviteten i forhold til andre skatteydergrupper, ligesom ligningsplanlægningen på det punkt tilsigter at udligne de væsentligste af de forskelle, der kunne konstateres tidligere kommunerne imellem. Samtidig sikrer ligningsplanen, at der - i hvert fald i en vis udstrækning - er den fornødne kontroltybde i de ligningshandlinger, som de skattepligtige undergives.

Vil man pege på områder, hvor ligningsindsatsen kan og bør forbedres i de kommende år, synes navnlig 2 forhold at springe i øjnene.

For det første kan den nuværende ligningsplanlægning ikke i tilstrækkeligt omfang sikre, at ligningen i tilstrækkeligt omfang fokuserer på de erhvervsdrivende, der har de mest komplicerede forhold. En ligningsmæssig gennemgang, en partiel eller total revision, tæller lige meget i relation til opfyldelse af ligningsindsatsen, hvad enten der er tale om en mindre erhvervsdrivende med forholdsvis ukomplicerede forhold, eller der er tale om tilsvarende erhvervsdrivende med en større virksomhed og evt. udenlandske relationer.

For det andet kan det være et problem, at ligningsplanlægningen ikke sikrer, at samtlige selvstændigt erhvervsdrivende undergives en ligningsmæssig kontrol - på et eller andet niveau - over et passende åremål. Det er indlysende, at den ovenfor omtalte forsøgsordning tilsigter at løse disse problemer ved at skabe et særligt incitament til at iværksætte tungere kontrolprocesser, der giver større måltalsopfyldelse. Det er antageligt at tro, at yderligere bestræbelser, der er rettet herimod, vil blive iværksat i ligningsplanlægningen for de kommende år.

7. Skal ligningsindsatsen opretholdes på det nuværende (høje) niveau?

Er man enig i, at ligningseffektiviteten her i landet nu er bragt op på et tilfredsstillende niveau, melder det spørgsmål sig, om der er behov for også i fremtiden at fastholde en ligningsindsats på det nuværende niveau.

En del af dette spørgsmål er, om man kan forestille sig, at en del af den ligningsindsats, der er koncentreret omkring person-, erhvervs- og selskabsbeskatningen med fordel kunne overføres til andre dele af skattesystemet, hvor man kan have en mere eller mindre kvalificeret antagelse om, at indsatsen er svagere funderet end på området for de direkte indkomstskatter.

Vanskeligheden ved at besvare det sidste spørgsmål med tilstrækkelig sikkerhed er, at de undersøgelser, der er foretaget af ligningseffektiviteten, i hvert fald i de senere år, har været koncentreret om person-, erhvervs- og selskabsligningen således, at der ikke synes at foreligge tilstrækkeligt konsoliderede undersøgelser, der muliggør en sammenligning mellem indkomstskatteområdet og merværdiafgifts- og det øvrige afgiftssystem.

Det er selvsagt, at såfremt man vurderer ligningsindsatsens omfang i årsværk, målt i forhold til de provenuer, de enkelte skattearter indbringer, er der ikke tvivl om, at såvel ligningen af personligt erhvervsdrivende som i særdelighed ligningen af selskaber lægger beslag på en uforholdsmæssig høj del af ressourcerne. Målt på en så enkel måde, ville der skulle overflyttes væsentlige ressourcer til kontrollen med momsen og afgifterne, ligesom lønmodtagerligningen skulle opprioriteres på erhvervs- og selskabsligningens bekostning.

En sådan tankegang er dog for primitiv. Behovet for ligning og kontrol kan være forskellig fra skatteart til skatteart, ligesom der også må tages hensyn til, hvor mange skattepligtige, der er på et givet område, og hvor byrdefuld skattearten opleves. Der er ikke uvæsentlige elementer af selvkontrollerende effekt på visse områder, f.eks. merværdiafgiften.

Mere relevant er det at undersøge, hvilken kontrolrisiko, de enkelte skatte- eller afgiftspligtige er udsat for. Mig bekendt er der ikke offentliggjort undersøgelser herom, men en sådan undersøgelse ville efter min opfattelse også som konklusion have, at en ikke uvæsentlig del af kontrolindsatsen bør overføres til afgiftssystemet, herunder navnlig merværdiafgiften. Heller ikke en sådan beregning tager imidlertid tilstrækkelig hensyn til det underliggende behov.

Dertil kommer den helt grundlæggende organisatoriske vanskelighed. Person- og erhvervs- og selskabsligningen, og også ca. 80 % af selskabsligningen (målt på antallet af selskaber) varetages direkte eller pr. kontrakt af kommunerne, medens resten af kontrolindsatsen er med statslig kompetence. Der er altså ikke umiddelbar mulighed for at overføre ligningsmæssige ressourcer, der er sat ind på person- og erhvervs- og selskabsligningen, til andre kontrolområder, medens dette gennem kontraktstyring, hvor kommuner modtager betaling for ligningsindsatsen, de varetager i relation til selskaber, kan justeres med efterfølgende overførsel af ressourcer til andre kontrolområder.

Selv om det, som ovenfor nævnt, bestemt ikke kan afvises, at der på længere sigt er behov for en vis omfordeling af de samlede lignings- og kontrolressourcer - er det min opfattelse, at det på kortere sigt vil være samfundsmæssigt uacceptabelt at afsvække ligningsindsatsen, der udøves i relation til indkomstskattesystemet.

Hvis man er enig i, at erhvervs- og personligningen aldrig har været bedre end nu, og såfremt man videre lægger til grund, at denne ligningsindsats nu befinder sig på et tilfredsstillende niveau - omend med mulighed for ændringer og forbedringer i retning af endnu større fokus på dybden i ligningsindsatsen samt på muligheden af at sikre, at de erhvervsdrivende alle over et åremål bliver lignet, er det vigtigt, at dette niveau i en årrække opretholdes på sit nuværende stade.

Al erfaring viser, at det er en lang og byrdefuld vej at rette op på et utilfredsstillende niveau. Det vil blive endnu vanskeligere i de kommende år, end det har været tidligere, fordi de rekrutteringsmæssige problemer vil blive øget væsentligt i de kommende år på grund af de demografiske problemer, der melder sig i form af små ungdomsårgange på arbejdsmarkedet, en stigende efterspørgsel efter den bedst uddannede del af arbejdskraften set i relation til lignings- og kontrolopgaven samt som følge af, at aldersfordelingen inden for den nuværende arbejdsstyrke, der kan varetage lignings- og kontrolopgaver af stigende kompleksitet, er skæv i forhold til den ønskede aldersfordeling. Sænker man derfor ligningsindsatsen inden for de nærmeste år, vil det tage en lang årrække at genetablere et tilfredsstillende niveau.

Dertil kommer, at vort skattesystem, herunder navnlig indkomstskattesystemet, i sig selv nødvendiggør en betydelig ligningsindsats. Når det samlede skattetryk i Danmark er endog meget højt, og når det tages i betragtning, at personskattetrykket i Danmark er ekstremt højt kombineret med, at progressionen sætter ind på et væsentligt lavere indkomstniveau, end det sædvanligvis er tilfældet i udlandet, må man umiddelbart nå til den konklusion, at en sådan skattestruktur i sig selv kræver en høj lignings- og kontrolindsats. Når udbyttet ved indkomstskattemæssig uefterrettelighed er så høj, som tilfældet er i Danmark, er det nødvendigt at allokere betydelige ressourcer til bekæmpelse af skattemæssig uefterrettelighed, hvad enten denne er bevidst eller ubevidst. Netop fordi det tidligere omtalte kontrol- og indberetningssystem bevirker, at en meget stor del af befolkningen er nødt til at selvangive sin reelle indkomst, skylder samfundet disse borgere at fast- og vedligeholde en høj ligningseffektivitet over for de grupper af borgere, der har væsentligt større faktiske muligheder for at unddrage sig deres del af den rette beskatning. Hensynet til de loyale borgere og virksomheder påkalder en betydelig indsats over for borgere og virksomheder, som kun med en effektiv ligningsindsats kan bringes til at lade sig beskatte af deres virkelige indkomst.

Dertil kommer, at en effektiv ligningsindsats har en vigtig - omend vanskeligt målelig - præventiv effekt, og kontrolindsatsen er med til at gøre skattesystemet synligt ved at demonstrere samfundets vilje til at sikre, at alle kommer til at betale den skat, de skal efter lovgivningen - hverken mere eller mindre.

Når der bruges meget betydelige ressourcer på erhvervs- og selskabsligningen - uanset hvilket parameter, man måler indsatsen i forhold til - er det også en nødvendighed for at opretholde en rimelig balance mellem de forskellige skatteydergrupperinger. Når vi i kraft af kontrol- og indberetningssystemerne har den tilstand,

at ligningen af lønmodtagere og pensionister er endog særdeles effektiv, nødvendig-gør det en tilsvarende høj ligningseffektivitet over for de selvstændigt erhvervsdrivende personer og selskaber således, at indkomstkattens størrelse alene er afhængig af indkomstens størrelse og ikke af den særlige status, som skatteyderen har.

I hvert fald for erhvervs- og selskabsbeskatningens vedkommende gælder det, at kompleksiteten i det danske skattesystem er høj. Det er en skæbne, som Danmark deler med stort set alle lande, hvis økonomiske udvikling er løbet parallel med det, der har karakteriseret den danske økonomiske udvikling. En sådan kompleksitet medfører uundgåeligt fejl og misforståelser, som er ubevidste, og som i høj grad kan være undskyldelige. Skal skatteyderen derfor betale den skat, som lovgivningen hjemler, er det nødvendigt med et betydeligt ligningsapparat, der kan fange og rette op på de mange misforståelser, som denne kompleksitet medfører.

At der er en høj grad af realitet i dette argument, ses af, at en helt overvejende del af forhøjelser, der gennemføres i ligningssystemet, ikke medfører nogen som helst skattestrafferetlig reaktion, ligesom det meget store antal nedsættelser i den skattepligtige indkomst, som er et resultat af ligningen, jf. herom nedenfor, viser, et sådant behov eksisterer.

At der fortsat er behov for en betydelig ligningsmæssig indsats, dokumenteres også ved, at de beløbsmæssige reguleringer - forhøjelser og nedsættelser, der foretages i forbindelse med ligningen - fortsat er meget betydelige. Nogle enkelte tal kan illustrere dette:

For lønmodtagere og pensionister, kommanditister og særlige skatteydere ser reguleringerne for perioden 1995 til 1999 således ud:

Indkomstår	Forhøjelse		Nedsættelse	
	Antal	Beløb	Antal	Beløb
1995 ¹	206.388	4.389.359.091	121.411	1.834.977.405
1996 ²	165.111	3.112.949.650	94.940	1.242.560.444
1997 ³	158.122	3.149.014.516	85.461	1.193.107.875
1998 ⁴	139.691	2.724.732.609	75.619	1.086.391.939
1999 ⁵	79.191	1.704.587.454	53.838	820.188.001

- 1) For indkomstår 1995 er ændringerne foretaget i perioden 01/01 1996 - 08/03 2001
- 2) For indkomstår 1996 er ændringerne foretaget i perioden 01/01 1997 - 08/03 2001
- 3) For indkomstår 1997 er ændringerne foretaget i perioden 01/01 1998 - 08/03 2001
- 4) For indkomstår 1998 er ændringerne foretaget i perioden 01/01 1999 - 08/03 2001
- 5) For indkomstår 1999 er ændringerne foretaget i perioden 01/01 2000 - 08/03 2001.

For selskabernes vedkommende er foretaget reguleringer som anført nedenfor for perioden 1.10.1998 til 31.12.1999, altså en 15-måneders periode. I tallene indgår ikke resultater for fonde.

	Reguleringer (mio. kr.)	Forhøjelser (mio. kr.)	Nedsættelser (mio. kr.)
Regioner	811,5	555,1	256,4
Kommuner	6.006,4	4.223,9	1.782,5
Selskabsrevisions- afdelingen	2.746,3	2.084,7	661,6
I alt	9.564,1	6.863,7	2.700,4

Tallene for erhvervsdrivende for perioden 1.7.1997 til 30.6.1998 og for perioderne 1.7.1998 til 30.6.1999 samt for perioden 1.7.1999 til 30.6.2000 er således.

Ligningsperiode		Erhvervsdrivende	Hovedaktionærer
1/7 1997 - 30/6 1998	I alt	2.928.701.832	345.017.029
	Forhøjelse	2.249.538.476	278.261.531
	Nedsættelse	679.163.356	66.755.498
1/7 1998 - 30/6 1999	I alt	3.148.044.099	296.825.849
	Forhøjelse	2.503.830.514	243.902.377
	Nedsættelse	644.213.585	52.922.572
1/7 1999 - 30/6 2000	I alt	3.474.159.405	302.322.295
	Forhøjelse	2.756.063.873	227.648.509
	Nedsættelse	714.095.532	74.673.786

For de selvstændigt erhvervsdrivende personer kan den såkaldte træfprocent opgøres således. Træfprocenten angiver den procentdel af de skatteydere, der er blevet lignet ved en ligningsmæssig gennemgang, en partiel eller total revision, der har medført ændringer - forhøjelser eller nedsættelser - i forhold til den selvangivne indkomst.

For perioden 1.7.1997 til 30.6.1998 er træfprocenten 67,4, medens for den periode frem til 30.6.1999 ligger på 65,5 og for perioden 1.7.1999 til 30.6.2000 på 65,1. Tallene har været - deprimerende - stabile over en årrække. Man kan altså konstatere, at 2/3 af de skattepligtige erhvervsdrivende personer, der bliver lignet, får ændret deres skattepligtige indkomst. For selskaber - hvad enten det drejer sig om den finansielle sektor eller de store selskaber, der lignedes af selskabsrevisionsafdelingen i Told- og Skattestyrelsen - er tallene lidt - men ikke meget - mindre. Tilsvarende gælder for øvrige selskaber.

Man kan derfor alene gennem disse tal konstatere et behov for fortsat betydelig ligningsindsats.

Der synes således ikke for øjeblikket at være noget argument for afsvækkelse af ligningsindsatsen i relation til indkomstskattesystemet, selv om det ikke kan afvises, at der på længere sigt er behov for omfordeling af de samlede ressourcer.

8. Behovet for ændringer

Kan man ud fra en status quo betragtning konkludere, at ligningseffektiviteten i Danmark ligger på et nogenlunde tilfredsstillende niveau, er det naturligt at rejse det spørgsmål, om der ikke kan påvises områder, hvor der også ud fra en sådan betragtning synes at være behov for en øget og forbedret indsats.

Som nævnt ovenfor er det min opfattelse, at man på længere sigt vil have behov for at overføre ressourcer vedrørende kontrolindsatsen fra de direkte skatter til de indirekte skatter, ikke mindst en række af de såkaldte grønne afgifter.

Herudover synes lignings- og kontrolindsatsen at fungere bedst på de områder, hvor den skattepligtige har etableret udgangspunktet for ligningen i form af en selvangivelse, for selskaber og erhvervsdrivende personer også i form af et vedlagt regnskab, som naturligt danner udgangspunkt for de ligningsmæssige og kontrolmæssige undersøgelser.

Der, hvor jeg sporer de største problemer i relation til kontrolindsatsen, er de situationer, hvor et sådant grundlag ikke findes, men hvor opgaven netop går ud på at tilvejebringe det fornødne faktum til konstatering af, at skattepligt overhovedet foreligger, eller - hvis det er konstateret - hvor oplysningerne til skatte- og afgiftsmyndighederne ikke overhovedet afspejler den økonomiske aktivitet, der har fundet sted.

Jeg tror, det vil være nødvendigt at øge indsatsen i relation til udeholdte indtægter, ikke mindst i tilfælde, hvor disse udeholdte indtægter vedrører transaktioner, der er foregået på tværs af landegrænserne. Jo mere internationaliseret økonomien bliver, jo lettere og jo større incitament vil der være til at forsøge at placere skattepligtige indkomster i lande, hvor den effektive kontrol er behersket således, at risikoen, for afsløring af at indkomsten i virkeligheden skulle beskattes i et andet land, er forholdsvis ringe.

Unddragelse af de direkte skatter bliver mere og mere internationalt præget og baseret, og det kan allerede nu konstateres, at dette også gælder merværdiafgiften og andre afgifter.

Det må på den baggrund hilses med tilfredshed, at Told- og Skattestyrelsen har truffet beslutning om at allokere 100 årsværk, fordelt på en række regioner, til udelukkende at fokusere på den internationale svigsbekæmpelse. Det er i den forbindelse uhyre vigtigt, at der permanent fokuseres på samarbejdet med de kommunale skatteforvaltninger. Det vil ofte være her, at en mistanke, om at noget er galt, opstår. Samarbejdet skal sikre, at de sager, hvor en sådan mistanke foreligger, kan efterforskes og undersøges på den mest hensigtsmæssige måde. I den forbindelse er det også klart, at samarbejdet mellem skattemyndighederne og politiet i relation til sådanne sager, hvor der foreligger en mere bestyrket mistanke, kommer i fokus.

Et andet område, jeg vil nævne, er udviklingen af skattebaserede revisionsmanualer, hvor man i et samarbejde mellem de centrale og decentrale myndigheder udvikler koncepter for, hvad »god skatterevisionsskik« indebærer, dels i almindelighed, dels på mere specifikke revisionsområder. Dette vil også være et instrument til at øge ensartethed i ligningen, ligesom det vil være velegnet til at effektivisere

ligningsindsatsen. Mange har fortalt mig, at sådanne manualer allerede eksisterer. Er dette rigtigt, er det tankevækkende, at de i hvert fald kun i meget ringe udstrækning anvendes i praksis, ligesom det er vigtigt, at sådanne manualer så at sige autoriseres og dermed får en klar normativ effekt på den ligning af erhvervsdrivende, der finder sted. Det må på sigt tilsigtes, at sådanne manualer får samme status som de regnskabsstandarder, der er et integreret og normativt element for revisorerens arbejde.

Endelig vil jeg nævne et øget samarbejde mellem skattemyndighederne og revisorerne som en mulighed for at effektivisere ligningen. I dag finder der utvivlsomt et dobbeltarbejde sted, fordi skattemyndighederne under partiel eller total revision af en virksomhed i mangfoldige tilfælde vil foretage revisionshandlinger, som allerede er foretaget af virksomhedens revisor, omend disse revisionshandlinger ikke primært er foretaget ud fra ønsket om at kontrollere den rette skattepligtige indkomst, men er foretaget som led i undersøgelsen af regnskabet's rigtighed. Kunne man øge samvirket således, at skattemyndighederne fik adgang til at delagtiggøre sig i og få præsenteret grundlaget for de revisionshandlinger, som revisor har foretaget, ville der være grundlag for at udvikle et system, der indebærer, at en lang række selvstændige revisionshandlinger, som skattemyndighederne udfører, kunne forvandles til en undersøgelse af grundlaget for og validiteten af revisors undersøgelser. Jeg tror, at et udvalgsarbejde med repræsentanter for revisororganisationerne, skattemyndighederne og evt. andre vil kunne vise, at der er grundlag for at videreudvikle det heldigvis i forvejen udmærkede samarbejde, der eksisterer mellem skattemyndighederne og revisorerne.

9. Afsluttende bemærkninger

Foranstående betragtninger over ligningsplanlægning og ligningseffektivitet er baseret på den organisatoriske struktur, som skattesystemet har p.t. I mange relationer er det en grundlæggende svaghed, at ligningsplanlægningen skal baseres på så mange decentrale enheder, som tilfældet er i dag. Disse mange enheder, som ligningsplanlægningen skal gælde for, er indbyrdes vidt forskellige, spændende fra kommunale enheder med 3-4 medarbejdere, der deltager i erhvervsligningen, op til kommunale enheder, der har flere hundrede medarbejdere, herunder en lang række specialfunktioner, der er i stand til at varetage selv de tungeste ligningsopgaver. Erhvervsstrukturen er vidt forskellig her i landet, hvilket utvivlsomt indebærer, at ligningspotentialet indeholder betydelige variationer uden, at det dog indtil videre er lykkedes at finde rimelige parametre til konstatering heraf.

Det vanskeliggør også tilrettelæggelse og gennemførelse af ligningen og kontrollen, at denne er delt mellem kommunale enheder og statslige myndigheder, ligesom det ikke gør opgaven lettere, at de statslige myndigheder, især regionerne, er indehavere af den totale kompetence på moms- og afgiftsområdet, medens der er tale om spaltede kompetencer vedrørende indkomstskatterne. Alligevel skal hele skattesystemet baseres på en samlet kontrolstrategi.

Det synes derfor at være en sikker konklusion, at der kunne opnås ikke uvæsentlige fordele vedrørende kontrol og ligningstilrettelæggelse, såfremt man kunne finde frem til en løsning, der indebar langt færre enheder til varetagelse af denne opgave.

Den skatteretlige dimension af erhvervsjura som ledelsesredskab

af

Ph.D.-stipendiat Jakob Bundgaard

1. Indledning

Emnet for denne korte fremstilling tager udgangspunkt i et fænomen, som i Danmark blev introduceret af nuværende Højesteretsdommer, daværende professor, *Børge Dahl*, nemlig »Erhvervsjura som ledelsesredskab.« *Børge Dahl* formulerede sine tanker i FSR's årsskrift, *Erhvervsret*, 1990, s. 99-147. Emnet er inspireret fra USA, hvor fænomenet kendes under etiketten: »Law as a Management Tool.«

Ud fra denne tankegang antages det, at rationel virksomhedsledelse i vore dage tillige indbefatter styring af juridiske risici. Af denne årsag er der behov for udviklingen af en præventivt orienteret retsvidenskab. I praksis er der dog ikke tvivl om, at tankegangen har vundet stor udbredelse og vinder større og større udbredelse. Moderne juridisk rådgivning indebærer således i højere og højere grad præventive ex ante vurderinger af juridiske forhold.

I denne artikel skal først emneområdet almindelige del fremstilles. Der fokuseres i denne forbindelse på parternes relationer i kontraktforhold og der fremhæves i denne forbindelse visse generelle reguleringstemaer. Herefter behandles emnets skatteretlige dimension.

Denne skatteretlige dimension vedrører ikke udelukkende det præventive aspekt. Derimod behandles såvel præventive muligheder i skatteretten ligesom mere traditionelle ledelsesmæssige overvejelser i form at økonomistyring kobles sammen med de skatteretlige overvejelser. Det bemærkes herved, at emnet »erhvervsjura som ledelsesredskab« indeholder såvel et præventivt element som et optimerende element.

Denne fremstilling skal ses som en tentativ skildring af et endnu svævende område, hvor enkelte elementer skal fremhæves og uddybes, men ingenlunde bør opfattes som en udtømmende opregning af relevante forhold.

2. Forsøgsvis fremstilling af emneområdet

2.1 Almindelige betragtninger

Indledningsvis må det generelt antages, at det ovenfor præsenterede synspunkt om det præventive element i erhvervsjuraen kan udbygges. Således kan der introduceres

en grundlæggende sondring mellem *formel* og *reel* forebyggelse.¹ Den *formelle* forebyggelse tager sigte på tilstrækkelig klausulering i kontrakter med henblik på at tage højde for en hvilken som helst tænkelig situation. Forebyggelsen har ingen teoretisk begrænsning, men det må dog nok erkendes, at muligheden for formel forebyggelse ikke i sin fulde udstrækning er realistisk.² Her overfor står den *reelle* forebyggelse, der tager sigte på at skabe en sådan situation, at konflikter ikke opstår. Det at konflikten ikke opstår antages i denne sammenhæng også, specielt vedrørende handelsforhold, at omfatte relationsbevarelse ved indtræden af de udløsende hændelser.³ Når erhvervsjura anskues som et ledelsesredskab, må det, som allerede nævnt ovenfor, anføres, at der findes såvel et præventivt aspekt som et optimerende aspekt, samt at disse i nogen grad overlapper hinanden.

Konfliktforebyggelse kræver på dette plan en integration i den juridiske verden af problemstillinger, som er ikke-juridiske, specielt tænkes på økonomiske forhold når fokus er rettet mod virksomhedsledelse. Ved præventiv jura skal da i denne sammenhæng forstås *dels* minimering af juridiske risici, herunder undgåelse og forudsigelse af konflikter mellem kontraktsparter og *dels* undgåelse af offentlige indgreb i forholdet eller lignende. Generelt indebærer synsvinklen altså, at der tages sigte på at afdække de juridiske risici, der opstår i forbindelse med virksomhedsdrift.

Virksomheder ledes efter forskellige rationaler og principper, der traditionelt tager sigte på styring af økonomiske variable, herunder økonomistyring, produktstyring, prispolitik etc. Derimod er der ikke tradition for juridisk styring, hvilket i og for sig forekommer overraskende, når det tages i betragtning, at virksomheder er underlagt regulering på stort set alle aktivitetsområder. Begrundelsen for dette manglende interessefokus har kunnet søges i udformningen af den traditionelle jurauddannelse, der tidligere adskilte sig markant fra virksomhedsledelse, et forhold der i nogen grad er rettet op på siden. Det blev anført, at den lærdom, der doceredes på jurauddannelserne, var retrospektiv, national og konfliktløsningsorienteret («Conflict solution»). Dette harmonerer ikke med erhvervsvirksomhedsdrift, idet denne er fremadrettet, international og snarere udøves ved problemløsning og forhandling under hensyntagen til økonomi, samfundsforhold og almene retsprincipper. Traditionel juridisk fremgangsmåde har således ikke umiddelbart noget at tilbyde erhvervsvirksomheder.⁴ Heroverfor kan ses den erhvervsjuridiske styring,

¹ Se om denne sondring *Henrik Zahles* indlæg ved det juridiske fakultets konference »Hvad vil vi med jurauddannelsen?«, september 1996, refereret i *Juristen* 1997, s. 77 ff.

² Således erindres det, at der eksempelvis i dele af nyere økonomisk teori opereres med en forudsætning om, at kontrakter er ufuldstændige, hvorved spørgsmålet efterfølgende er, hvorledes agenterne kan indrette sig i forhold til dette udgangspunkt.

³ Det skal bemærkes, at denne tolkning af den reelle forebyggelse ikke ganske harmonerer med den af *Henrik Zahle* introducerede definition. I henhold til *Zahles* definition omfatter den reelle forebyggelse alene det forhold, at risikoen ikke opstår.

⁴ Se *Henrik Zahle* i *Juristen* 1997, s. 78 der bemærker, at der ud over på universiteterne tillige hos domstolene er betydelig inert i traditionen. Således anføres det, at man hos domstolene bemærker en betydelig udtalt forkærlighed for konfliktløsning, hvilket efter forfatterens

der tager sigte på præventiv anvendelse af juraen til forebyggelse af konflikter og indgreb («Conflict avoidance»), der må opfattes som en integreret del af virksomhedens samlede ledelse.⁵ I denne forbindelse kan estimeres, at omtrent 80% af en erhvervsjurists arbejde ligger inden for det præventive område.

Den ledelsesmæssige opgave, som eksistensen af retlig regulering stiller en virksomhedsledelse overfor, er af en helt anden karakter end den traditionelle juridiske. Det drejer sig om på forhånd, når der disponeres, at sikre, at der træffes en beslutning under hensyntagen til den relevante jura. Den erhvervsjuridiske opgave kan siges at bestå i at integrere juraen med virksomhedens øvrige styringsredskaber, således at virksomheden alt taget i betragtning disponerer optimalt. Herunder må fejl forhindres. For virksomheden er juraen i mange tilfælde ikke andet end én faktor blandt flere, og den optimale beslutning beror på, at alle relevante faktorer inddrages, afstemmes og afvejes på forhånd. Kendskab og hensyntagen til den juridiske baggrund for ledelsesmæssige dispositioner er én blandt flere forudsætninger for, at en virksomhedsledelse kan handle forretningsmæssigt optimalt og samfundsmæssigt acceptabelt. I jo højere grad, der træffes beslutning i en erhvervsvirksomhed under respekt for den retlige regulering, des bedre for virksomheden og for samfundet som helhed.⁶

I det følgende er det ikke intentionen at gennemgå relevante økonomisk ledelsesmæssige overvejelser og beslutningsparametre. Derimod skal i det følgende kort peges på visse minima af overvejelser, der kan og bør indgå i konciperingssammenhæng, samt i forbindelse med generel undgåelse af offentlige indgreb.

Som noget ganske grundlæggende må inddrages et *forsigtighedsprincip* i den præventive jura. Dette indebærer, at der ved den juridiske risikovurdering tages højde for den værst tænkelige situation, og denne inddrages i beslutningsgrundlaget. Det kan udtrykkes således, at der hos koncipisten mv. er behov for evner til at definere risikoen under denne hensyntagen. Før fremdragelse af konkrete forebyggende elementer, er det passende at illustrere situationen, hvor der ikke har været tænkt præventivt, og disse er mangfoldigt forekommende. Som eksempler kan fremdrages vedtagelse af standardvilkår og mundtlige aftaler. I situationer, hvor der til en købs- og salgsaftale vedhæftes almindelige vilkår, består der en risiko for, at virksomheden har overskredet de grænser, retssystemet accepterer samt en risiko for, at vilkårene ikke anses som værende indgået.⁷ Se hertil eksempelvis UfR 1986. 654 H.

I UfR 1986. 654 H bestilte firmaet R i september 1977, til brug for fremstillingen af en ny type beauty box, hos T 3 sprøjtestøbeværktøjer til levering senest 4. januar 1978. I november 1977

vurdering blandt andet ytrer sig i nødtørftige eller konkretiserende domspræmisser, der i stedet kunne være udformet som brugbare ledetråde.

⁵ Jf. *Børge Dahl*: Erhvervsjura som ledelsesredskab, FSR's årsskrift, 1990, s. 102.

⁶ Jf. *Børge Dahl* op.cit., s. 103.

⁷ Jf. *Børge Dahl* op.cit., s. 104 ff med eksempler på erhvervsjuridiske ledelsesproblemer.

garanterede en medarbejder hos T levering senest den nævnte dato. Værktøjerne blev leveret i løbet af januar 1978, men viste sig ved afprøvning mangelfulde. T prøvede gentagne gange i løbet af 1978 at udbedre manglerne, men i august 1978 erklærede R aftalen for misligholdt og krævede erstatning for tab af avance ved salg af beauty box'en. For Højesteret påstod T frifindelse under henvisning til, at T i sine vilkår, der var trykt på bagsiden af ordrebekræftelsen, havde angivet en garanti for afhjælpning, som ikke omfattede erstatning for driftstab. I alt fald da T ikke trods afhjælpningsforsøg gennem mere end ½ år havde formået at bringe værktøjet i anvendelig stand, fandtes T ikke at kunne fritages for erstatningsansvar ved garanti- og ansvarsfraskrivelserne, som ikke havde været omtalt under salgsforhandlingerne og ikke var R bekendt. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 300.000 kr.

Navnlig i forbindelse med skattespørgsmål er eksemplerne legio.

2.2 Generelle reguleringstemaer

I det følgende skal søges uddraget nogle generelle temaer, der bør inddrages i erhvervsjuristens overvejelser.

I relation til den formelle forebyggelse kan der knyttes nogle kommentarer til den ovenfor refererede dom. Af referatet fremkom, ud over det her fremhævede, at det på grund af forsinkelsen og manglerne ikke var muligt for producenten at klare efterspørgslen i 1978, og at man måtte annullere mange ordrer, hvilket videre medførte, at mange meddelte, at de ikke ønskede at fortsætte samarbejdet. Herved fremgår det, at der er problemer for begge involverede virksomheder. Sælgeren skal udrede erstatning på trods af de eksisterende standardvilkår, mens aftageren mister kunder ved forsinkelsen, hvilket medfører tab, der ikke umiddelbart lader sig opgøre. Den ledelsesmæssige opgave afspejler sig efterfølgende for de to parter forskelligt. Sælgeren skal sørge for at standardvilkårene bliver en del af aftalen, mens aftageren skal sørge for særligt at opnå kontraktsregulering af forhold, der har direkte relation til produktionen af dennes produkt.

Kendetegnende for den formelle forebyggelse er, at denne sigter til at styre eventuelle juridiske risici. Eksempelvis kan indgrebsrisici i relation til beskyttelsespræceptive regler overvejes og søges minimeret. Selvom juraen er brugt præventivt, er der stadig behov for at regulere uforudsete hændelser. Navnlig to måder kan i handelsforhold tænkes benyttet til imødegåelse hertil: (1) der kan søges udformet detailregulering⁸ eller (2) der kan alternativt indføres en mekanisme til genforhandling.⁹ Den formelle forebyggelse må antages primært at have betydning, hvor parterne ikke har ubetinget tillid til domstolenes håndtering af uklarheder og rammende udfyldning. Tillige må den formelle forebyggelse have betydning, hvor parternes tillid til handelsrelationen generelt ikke er stærk. I sådanne situationer vil der således bestå et behov for at koncipere aftaler med retsfaktum og retsfølge. Begrundelserne herfor er *dels* præventive - bevidstheden om, hvad der vil følge af at bringe aftalens pligtvirkning til live, kan i sig selv virke motiverende - *dels*, at

⁸ Grundet eksistensen af begrænset rationalitet og tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger anses en sådan mulighed ikke som værende realistisk. Ligeledes må det holdes for øje, at ikke alle konflikter kan forebygges.

⁹ Jf. herom *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret*, 1995, s. 73.

retsreglen trods alt giver mulighed for gennemtvungelse, som kan være nødvendig, eksempelvis hvis aftalens opfyldelse, på grund af personudskiftning i ledelse eller ejerkreds eller insolvent bobehandling, nu varetages af andre. Ligeledes under den formelle forebyggelse må falde de tiltag, der skal udføres som modværge mod opportunistisk adfærd fra medkontrahentens side.¹⁰ Dette element antages ikke umiddelbart at falde under den reelle forebyggelse, idet man her må formodes at have tiltro til relationen og ønsker dennes eksistens opretholdt. Dog må koncipisten være realistisk og foregribe også disse situationer, hvorfor elementet kan inddrages ved beskrivelsen af såvel formel som reel forebyggelse.

Som eksempel kan henvises til visse standardformuleringer i forbindelse med etableringen af Venture capital selskaber samt disses selskabers investeringer i porteføljeselskaberne. I sådanne standardkontrakter forekommer en betydelig hensyntagen til de særlige principal-agent problemstillinger. Nævnes skal venture kapitalisternes mulighed for at gennemføre kapitalnedsættelse i tilfælde af misligholdelse. Det er ligeledes udbredt, at der opereres med præferenceaktier, ligesom der i stedet for egenkapital-investeringer kan foretages udlån i form af konvertible lån, således at investoren i tilfælde af konkurs er bedre stillet end aktionærerne. Ved disse og mange andre tiltag søges fremtidige konflikter imødegået og i vidt omfang undgået gennem tilstrækkelig klausulering.

Det er nok muligt i vidt omfang at imødekomme offentlighedens specifikke krav til virksomheder (eksempelvis gennem miljøkrav, skattelovgivning, arbejdslovgivning, selskabslovgivning etc.) gennem konciperingen, selv med de ustandselige ændringer og det betydelige omfang af disse krav in mente. Det er således principielt muligt at forhåndsanalysere, hvilke regler de enkelte virksomheder har berøringsflader til, og efterfølgende søge at inddrage disse i konciperingsarbejdet.

I forbindelse med *reel forebyggelse* sikres, at handelsrelationen består, uanset at visse hændelser indtræder samt også at her tilses, at risici minimeres. Det må generelt anbefales, at koncipister inddrager overvejelser, der kan sikre en sådan målsætning. Hertil kan fremhæves muligheden for at *forhandle* i kontraktsforløbet ved at indføre forhandlingsklausuler i kontrakten i tilfælde af uoverensstemmelser eller lignende.¹¹ Som et andet element, der kan henføres til den reelle forebyggelse, kan nævnes tvistløsningsklausuler. Såfremt en sådan efter sit indhold henviser til løsning ved brug af mediation, må det antages, at relationen har bedre overlevelsesmuligheder. Specielt med en standardformulering in mente må dette standpunkt opretholdes: »Hvis en tvist opstår mellem parterne i forbindelse med denne aftale, skal sådanne tvister om muligt søges løst i mindelighed ved mediation«. Øvrige konfliktløsningsmetoder antages ikke at have samme relationsbevarende værdi. Endelig er det vigtigt, at en reelt forebyggende aftale får tilstrækkelig af *fleksibilitet* indbygget, et tema der dog kan medtages i såvel formel som reel forebyggelse.

¹⁰ Netop opportunistik antages at være en af faktorerne i nyere økonomisk teori, der begrundes konflikters opståen. Andre er begrænset rationalitet, følelser og virkelighedsopfattelse.

¹¹ Det lægges herved til grund, at konflikter kan afværges ved forhandling, smh. Henrik Zahle i Juristen 1997, s. 80 med note 11 og Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret, 1995, s. 68.

Overholdelse af offentlighedens krav antages at være sværere ud fra den reelle forebyggelse. Der haves ikke på konciperings- eller dispositionstidspunktet kendskab til fremtidens krav, hvormed man i sagens natur ikke kan forebygge risikoen herved.

2.3 Retskilder i den præventive jura

Selv om den erhvervsjuridiske synsvinkel indebærer, at vægten ikke lægges på efterfølgende konfliktløsning, men på forudgående forebyggelse af konflikter og indgreb, har den præventive jura den tvistløsende juras retskildemateriale som sit basismateriale.¹² Den præventivt orienterede jura kan imidlertid ikke nøjes med at benytte et sådant materiale, men må inddrage hjælpemidler, som i højere grad er udarbejdet med henblik på anvendelse af juraen ved den normale disponering i erhvervsvirksomheder. Det betyder blandt andet, at standardkontrakter, som er udarbejdet ved forhandling mellem organer, der repræsenterer de modstående interesser, eller efter nationale eller internationale organisationers vejledninger, får en selvfølgerlig plads blandt de kilder, som finder anvendelse i virksomhedens juridiske styring.¹³ Der opereres ofte med begrebet *selvregulering* i sådanne situationer. Derimod er der ikke samme vejledning at hente med henblik på at kunne foretage en tilstrækkelig inddækning i forhold til økonomiske konsekvenser som følge af specifik lovgivning. I disse situationer er det op til den enkelte nøje at analysere situationen præventivt og indføre de relevante overvejelser i konciperingen.

3. Den skatteretlige dimension

3.1 Generelt

Erhvervsjura som ledelsesredskab har i høj grad en skatteretlig dimension. Grænseoverskridende virksomhedsdrift medfører et stort behov for *skatteplanlægning*, idet skattebetalingerne ønskes nedbragt, som også tilfældet er det for virksomhedens øvrige omkostninger. På linie med ovenstående betragtninger kan *skatteplanlægning* ansues som en integreret bestanddel af virksomhedens økonomiske styring.¹⁴

Ved skatteplanlægning forstås traditionelt, at virksomheden indretter sine forhold således, at dennes situation skattemæssigt set maksimeres. Begrebet anvendes ofte synonymt med begrebet skattetænkning, jf. hertil *Robert Koch Nielsen* i SO 1984.46

¹² Jf. *Børge Dahl* op.cit. s. 142.

¹³ Se *Jan Hellner*: *Kommersiell avtalsrätt*, 1989, s. 26, hvor det anføres, at »...Et sätt att minska den juridiske osäkerheten är att använda i försäg utarbetade förebilder, om vilke man en gang för alla förvissat sig om att de eliminerer eller inskränker osäkerheten så gott det är möjligt...«.

¹⁴ Jf. *Ulrik Gorm Møller*: *Skatterådgivning - metode og teknik*, 1995 og samme *Skattemæssig metode*, 2000, s. 29.

og *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 27 med note 11. Dog kan det anføres, at skattetækningsdefinitionen vækker odørs klang og i realiteten er et snævrere begreb end skatteplanlægningsbegrebet. Skattetækning defineres som *sådanne skatteudnyttelser, som efter gældende skatteret må opretholdes ved ligningen uden hensyn til, om de herved indebærer en af lovgivningsmagten utilsigtet eller uønsket skattefordel*. Her overfor må det nok antages, at skatteplanlægning som begreb er en overbetegnelse for såvel skattetækning som den optimale anvendelse af skatteregler, hvor lovgivningen eksplicit lægger op til, at der skal være forbundet fordele med at anvende den pågældende skattelovgivning.¹⁵

Uanset den valgte definition lader der til at være enighed om, at det essentielle i begrebet er det, at der på legitim vis tilsigtes en minimering af skattebyrden. Efter en pragmatisk vurdering findes det dog, at begrebet bør udvides til også at indbefatte et *præventivt element*, idet noget sådant efter min vurdering falder ganske naturligt inden for et planlægningsbegreb, såfremt dette skal have almen gyldighed.

Skatteplanlægning må altså (i henhold til min - erkendt - noget brede definition) ansues som et præventivt redskab samt et redskab, der er tæt knyttet af virksomhedernes økonomistyring. Derfor kan skatteplanlægning i vidt omfang siges at udgøre den skatteretlige dimension af erhvervsjura som ledelsesredskab. I henhold til den ovenfor introducerede terminologi bevæger skatteplanlægningen sig på området for såvel den formelle som på den reelle forebyggelse.

I det følgende skal omtales nogle specifikt skatteretlige aspekter af erhvervsjuraen som ledelsesredskab. Da skatteplanlægning imidlertid dækker over et temmelig bredt spektrum af overvejelser i forbindelse med skattemæssig rådgivning, vil jeg blot tage nogle enkelte emner ud til eksemplifikation.¹⁶

¹⁵ Generelt om den definatoriske behandling af begrebet kan henvises til *Jan Pedersen*: Skatteorientering 3.7. 1985 og samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 25 ff og i *Skatte & afgiftsstrafferet*, 1996, s. 61 overført til fiskalstrafferetten samt *Ulrik Gorm Møller*: Skatterådgivning - metode og teknik, 1996, s. 21 f. Begrebet gives i den skatteretlige litteratur en egentlig retlig definition, mens det modsat tillægges økonomistyringsindhold hos *Ulrik Gorm Møller* op.cit., en antagelse der er alment accepteret og benyttet i den revisionsorienterede skatteret. Se blot *Søren Stenholdt* i Skatteplanlægning i internationale koncerner, Skatteorientering, Artikler 57, 7.7, 1990, *Lena Falk & Claus Pedersen*: Skatteplanlægning i internationale koncerner, 1996 med side 12 samt forudsætningsvis *Jo Ann Catalano og Ines Maly* »Planning Opportunities Through Loss Utilization Strategies«, *World Tax News* 1995/3, s. 1 ff. *Lena Falk & Claus Pedersen* fremhæver i Skatteplanlægning i internationale koncerner, 1996, s. 17, at optimal skatteplanlægning på tværs af landegrænser indebærer undgåelse af dobbeltbeskatning, høj skatteværdi af fradragsberettigede udgifter og lav skatteværdi af skattepligtige indtægter.

¹⁶ I adskillige situationer er det tvungende nødvendigt at have kendskab til givne dispositioners skattemæssige konsekvenser. Således kan det nævnes, at finansielle beslutninger, beslutninger om strukturændringer og beslutninger om etablering i udlandet nødvendigvis forudsætter et kendskab til de skattemæssige konsekvenser heraf således, at et valg kan træffes på et efter-skat grundlag.

Skatteplanlægning kan i henhold til gængs terminologi inddeles i ex ante planlægning¹⁷ og ex post planlægning.¹⁸ Det præventive element må kunne henføres i ex ante blokken uden herved at ændre på terminologien. Da langt de fleste elementer af skatteplanlægning kan placeres i kategorien ex ante skatteplanlægning, drejer bemærkningerne i det følgende sig herom.

3.2 Muligheder under ex ante skatteplanlægning

Overordnet består ex ante planlægning i at bedømme de skatteretlige konsekvenser af en påtænkt disposition. Det har således stor betydning for mange beslutninger allerede i planlægnings- og forhandlingsfasen at gøre sig det klart, hvorledes dispositionen behandles skatteretligt. Er der usikkerhed om den skatteretlige bedømmelse af den påtænkte disposition, opstår spørgsmålet om, hvem der skal påtage sig risikoen for, at sagen bedømmes anderledes af skattemyndighederne, end de forventer i aftaleøjeblikket. *Erik Werlauff* leverer i *Selskabsskatteret*, 1999, s. 56 ff en oversigt over parternes handlemuligheder i dansk skatteret.¹⁹

For det første kan parterne disponere som de påtænker, og herved lade den part, som en anderledes skatteretlig bedømmelse vil ramme, bære risikoen herfor. *For det andet* kan parterne handle i tillid til, at det efterfølgende er muligt at omgøre deres disposition, jf. adgangen i henhold til skattestyrelseslovens § 37 C. Når der er tale om skatteplanlægning, vil dette dog ofte ikke udgøre en reel mulighed grundet de restriktive betingelser herfor. Derimod kan den specifikke omgørelsesbestemmelse i LL § 2, stk. 4 finde anvendelse ved indkomstoverførsler mellem interesseforbundne parter. *For det tredje* kan navnlig interesseforbundne parter tage et skatteforbehold. Hovedindholdet heri er, at én af parterne eller begge parterne under visse betingelser kan træde tilbage fra aftalen eller kræve denne justeret på en bestemt angiven måde, jf. herom skattestyrelseslovens § 37 B. Videre *for det fjerde* kan parterne eller en af disse inden dispositionens gennemførelse indhente en bindende forhåndsbesked hos Ligningsrådet, jf. herom skattestyrelseslovens §§ 20 A-C. Endelig *for det femte* kan parterne eller én af dem foreligge sagen for de lokale eller regionale skattemyndigheder (uformel forhåndsbesked).

Alle de skitserede tilgangsvinkler anvendes i vidt omfang i praksis. Mulighederne berører selvsagt udelukkende dansk beskatning og billedet sløres noget, hvor flere skattejurisdiktioner involveres. I det følgende skal problemstillingen belyses ved hjælp af nogle aktuelt forekommende problemstillinger.

¹⁷ Hvilket er udtryk for dispositioner i indkomstårets løb og tilrettelæggelse af den gunstigst mulige skatteposition.

¹⁸ Hvilket er udtryk for dispositioner i forbindelse med selvangivelsens udarbejdelse, dvs. efter indkomstårets udløb. Som eksempler herpå fremhæver *Lena Falk & Claus Pedersen* i *Skatteplanlægning i internationale koncerner*, 1996, s. 112 ff, indtræden af sambeskatning og afskrivninger.

¹⁹ Forfatteren anfører, at risikoen typisk bæres af den, hvis skatteforhold der hersker tvivl om, såfremt der er tale om ikke-interesseforbundne parter. Er der modsat tale om interesseforbundne parter, vil et skatteforbehold – som det anføres – jævnligt være en realistisk mulighed.

3.3 Eksemplifikation – aktuelle problemstillinger

3.3.1 Beslutningen om at indhente en APA

Med henblik på at løse eventuelle transfer pricing problemer i grænseoverskridende koncerner benyttes til tider i den internationale skatteret muligheden for at indhente advance pricing arrangements/agreements (APA). Muligheden er dog endnu ikke udbredt. En APA kan defineres som »An arrangement that determines in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparables and appropriate adjustments thereto, critical assumptions as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time. An advance pricing arrangement may be unilateral involving one tax administration and a taxpayer or multilateral involving the agreement of two or more tax administrations.«²⁰

Som det første opstår spørgsmålet naturligvis, om der juridisk består en mulighed for at opnå APA'ere. I Danmark findes der ikke særlige regler herom. Dog må der i henhold til den gensidige aftaleprocedure i vore dobbeltbeskatningsaftaler (modelleret over OECD's model art. 25) kunne indledes forhandlinger herom. Internretligt kan der argumenteres for, at de allerede omtalte regler om bindende forhåndsbesked vil kunne finde anvendelse på forhold af denne karakter.

Ét er dog, om der findes tilstrækkelige regelsæt til håndtering af problematikken. Noget ganske andet er, om det overhovedet kan betale sig at indhente en APA. Til beslutning heraf kan der formentlig med fordel anvendes en cost-benefit-baseret beslutningsmodel, som foreslået af *Jeffrey D. Gramlich & Ulrik Gorm Møller* i *Tax Planning International Review*, 1997/10, s. 13 ff. I henhold til en sådan model kan beslutningen om at indhente en APA baseres på et trade-off mellem estimerede costs og benefits. Forfatterne anfører, at den forventede værdi ved at indhente en APA udgør nettoresultatet af de forventede fordele og forventede omkostninger. Ved forventede fordele eller omkostninger forstås produktet af fordelens eller omkostningens multipliceret med sandsynligheden for omkostningens eller fordelens indtræden. På denne baggrund præsenteres to beslutningsmodeller, hvoraf den første vedrører situationen, hvor det beslutes at indhente en APA, og den anden vedrører situationen, hvor det beslutes ikke at indhente en APA. Som *fordele* kan fremhæves: skattebesparelser som følge af APA'en, risikominimering for koncernen og større skatte- og budgetplanlægningsmuligheder. Som *omkostninger* kan fremhæves: brugerbetaling, omkostninger ved at hyre eksterne eksperter, omkostninger ved intern arbejdskraft og endelig muligheden for, at den samlede skattebetaling forøges som følge af APA'en. Er den forventede værdi større ved at indhente en APA end ved ikke at gøre dette, må en APA søges indhentet.²¹ Beslutningen om indhentelse af APA'er udgør et godt eksempel på en situation, hvor økonomistyringen er integreret i virksomhedens ex ante skatteplanlægning. Ligeledes udgør en APA'er et eksempel på præventiv tænkning vedrørende skatteforhold.

²⁰ Jf. OECD Transfer Pricing Guidelines, G-1.

²¹ *Jeffrey D. Gramlich & Ulrik Gorm Møller* fremhæver op.cit, s. 15 ff nogle situationer, hvor APA'ere med overvejende sandsynlighed vil være anbefalelsesværdige.

3.3.2 *Mobile income*

Stadig som en del af koncerners skatteplanlægningsmuligheder kan nævnes muligheden herfor via fænomenet *mobile income*.²² Der er herved tale om at identificere mobile indkomststrømme i multinationale koncerner og herved overføre *income drivers (profit drivers)* til lavskattelande.²³ Effekten heraf er en minimering af koncernens globale skattebetaling samt en reduktion i den effektive skattesats.²⁴

Instrumentet har særlig relevans, hvor *mobile profit drivers* kan identificeres. Dette gælder navnlig for immaterielle aktiver, idet disse relativt let kan overføres gennem cost sharing arrangements. Flytningen kan efter omstændighederne kræve en rent fysisk hel eller delvis omplacering af aktiver, men i flere tilfælde kan rene justeringer af koncernselskabernes indbyrdes og eksterne kontrakter være tilstrækkelige. Ligeledes kan transaktionsbaserede eller forretningsmæssige risici relativt let overføres gennem kontraktlige ændringer. Derimod er det straks mere vanskeligt at overføre funktioner og fysiske aktiver, dog således at dette ikke er udelukket.

Hvor danske koncerner foretager skatteplanlægning via *mobile income*, skal særligt to danske risici fremhæves. For det første kan det understreges, at armslængdeprincippet skal overholdes, idet der ellers består en mulighed for vilkårskorrektio-ner. Videre skal man være påpasselig med overførslen af immaterielle aktiver fra Danmark til udlandet, idet der består en risiko for, at der foretages en dispositions-korrektion, hvorved overførslen ikke anerkendes i skatteretlig henseende, jf. herved resultatet i UFR 1989. 605 H *Direktør Holger Bagger Sørensen*, hvor en overdragelse af nogle licensrettigheder til et schweizisk selskab ikke blev anerkendt, idet det blev lagt til grund, at rettighederne aldrig reelt var blevet overdraget til det schweiziske selskab. Forpligtelserne vedrørende kontrakterne forblev i Danmark hos det overdragende selskab, mens rettighederne i henhold til kontrakterne blev overdraget til det schweiziske selskab, hvormed den eneste ændring i forholdet var, at indtægterne blev kanaliseret til Schweiz. Det kan ikke tillægges afgørende betydning, om oprettelsen af udenlandske selskaber og overdragelse af rettigheder hertil er forretningsmæssigt begrundet. Koncernerne skal derfor med omhu gennemføre de påkrævede strukturændringer eller aktivoverdragelser, således at der er substans i arrangementet og ikke blot er tale om en overflytning af indkomstgrundlag til et skattesubjekt uden selvstændig aktivitet.

Ved brug af instrumentet ses det således, at der dels tilgodeses et optimerings- og dermed økonomistyringsbehov. Det skal herved bemærkes, at der kan opnås endog

²² Ordinære transfer pricing forhold udgør naturligvis tillige en skatteplanlægningsmulighed. Dette er tillige tæt knyttet til virksomhedens økonomistyring. Udarbejdelse af den påkrævende dokumentation i henhold til skattekontrollovens § 3 B udgør videre et præventivt instrument, idet koncernen bevismæssigt stilles bedre herved, ligesom skønsmæssige forhøjelser undgås.

²³ Skatteplanlægningsteknikken har særligt relevans for følgende brancher: E-business, software industri, computer hardware industri, teknisk service industri, modebranchen, medicinalindustri- en samt andre højteknologiske brancher.

²⁴ Der er nært slægtskab mellem begrebet *mobile income* og begrebet *tax reengineering*.

betydelige skattebesparelser ved brug af instrumentet. Ligeledes er der grund til at handle og tænke præventivt ved aktivering af mobile income som skatteplanlægningsinstrument, særligt med henblik på at undgå vilkårs- eller dispositionskorrektioner.

3.3.3 Etablering og justering af koncernstrukturer

Det er en løbende opgave i internationale koncernforhold at operere med den rette koncernstruktur. Bag sådanne tiltag ligger der oftest mange forretningmæssige overvejelser, ligesom almindelige juridiske overvejelser ligeledes kan ligge til grund for dispositionerne. Dog ses det ofte, at koncernstrukturer ændres (eller etableres) med henblik på at optimere koncernens globale skattemæssige position i relation til det grænseoverskridende betalingsflow selskaberne imellem. Herved ses således igen et økonomistyringssigte i forbindelse med den internationale koncernskatteplanlægning. Et hyppigt anvendt redskab er brugen af internationale holdingselskaber navnlig til brug for udbyttegennemstrømning. Ved etablering af sådanne selskaber kan koncernens skatteposition forbedres betragteligt. Dog er der også på dette område adskillige faldgruber. Unkladt præventiv tænkning kan således medføre, at forudsætningerne for eksempelvis store virksomhedsoverdragelser falder til jorden. Navnlig eksisterer der i denne henseende risikoområder, hvor placering af selskaber i lavskattelande indgår i overvejelserne, idet de fleste vestlige lande har regler til modvirkning af sådanne situationer. I Danmark tænkes herved på CFC-reglerne i selskabsskatteovens § 32, ligningslovens § 16 H og fondsbeskatningslovens § 3 A samt reglerne i aktieavancebeskatningslovens § 2 a til modvirkning af finansielle investeringer i selskaber og aktier i lavskattelande. I sådanne tilfælde er der grund til at gennemføre detaljerede studier om risikoen ved sådanne arrangementer, idet konsekvenserne ved en uforudset bedømmelse kan være uoverstigelige.

3.3.4 Ventureselskaber

For at følge eksemplet fra tidligere med venture capital selskaber, skal det fremhæves, at der i høj grad også må gøres brug af den præventive skatteret ved etableringen af sådanne selskaber. Således skal venturekapitalisten nøje overveje, hvilken virksomhedsstruktur venture selskabet skal drives i, samt hvorledes investeringerne i porteføljeselskaberne skal tilrettelægges. Der indgår i denne planlægning såvel aspekter af moms- og afgiftsretten som aspekter vedrørende den direkte beskatning. I denne artikel skal jeg dog kun forholde mig til én enkelt praktisk problemstilling: nemlig om et ventureselskabs aktiebesiddelse skal betragtes som næringsaktier. Såfremt dette spørgsmål kan besvares bekræftende, må det siges, at der herved kan indtræde betydelige ændringer i forudsætningen for etableringen og driften af ventureselskaber.²⁵ Dog lader spørgsmålet sig ikke besvare

²⁵ Det erindres herved, at fortjeneste eller tab ved afståelse af næringsaktier omfattet af ABL § 3 medregnes opgørelsen af den skattepligtige indkomst uden hensyn til ejertid. Der gælder altså ikke skattefrihed for selskabsaktionærer efter 3 års ejertid, hvilket ellers er tilfældet for selskabsaktionærer, jf. ABL § 4, stk. 6.

generelt, idet det må antages at afhænge af en konkret og individuel vurdering.²⁶ Baggrunden herfor er, at ventureselskaber er placeret i grænseområdet mellem anlæg og næring, idet pengeinstitutter normalt er næringsaktionærer, mens forsikringsselskaber normalt er anlægsaktionærer, og at disse virksomhedstyper ofte udgør aktionærgruppen i ventureselskaberne.²⁷ *Christen Amby* har i nævnte artikel præsenteret de elementer, der efter hans opfattelse bør lægges vægt på i bedømmelsen. Således anføres, at der kan læges vægt på de vedtægtsmæssige formål. Dette element kan tale for begge resultater.²⁸ En formålserklæring (og faktisk efterlevelse heraf), der er udtrykt anlægspræget, vil således tale for aktiernes anlægskarakter. Derimod vil erklæringer om at investeringer kun tilsigtes at have en vis (kortere) varighed, samt aftaler, der sikrer og letter videresalg formentlig tale i retning af næring.²⁹ Ligeledes taler det formentlig for, at der er tale om anlægsinvesteringer, såfremt investeringer er egenkapitalfinansieret, mens det modsatte vil være tilfældet, såfremt disse er fremmedkapitalfinansieret - begge dog uden at have afgørende indflydelse ved bedømmelsen. Videre antager forfatteren, at aktionærkredsens sammensætning kan få betydning. Således antages det, at der utvivlsomt kan ske en afsmitning på ventureselskabet. Hvis ventureselskabet ejes fuldt ud af et pengeinstitut, og anser pengeinstituttet ventureselskabet som anlægsinvestering, smitter moderselskabets aktivitet sådan af på ventureselskabet, at dets aktieinvesteringer må beskattes som næring, også selv om der er tale om relativt langsigtede investeringer. Tilsvarende antages det, at ventureselskaber, der udelukkende ejes af typiske anlægsinvestorer, herunder forsikringsselskaber, normalt vil blive anset for at foretage anlægsinvesteringer. Det er i forlængelse heraf problematisk, hvor aktionærkredsen er blandet. Efter *Ambys* vurdering må det afgørende her være det faktiske virke.

Som det ses udgør spørgsmålet et skatteretligt tvivlsspørgsmål, der skal undergives en konkret vurdering i hver enkelt situation. Foretages en sådan vurdering og planlægning ikke tilpas omhyggeligt, kan store dele af grundlaget for selve ventureinvesteringen på dansk grund bortfalde. Budskabet er igen det samme - tænk præventivt!

3.3.5 Forholdet mellem skatteret og civilret

Endelig skal det nævnes, at også forholdet mellem skatteret og civilret kan give anledning til betydelige præventive hovedbrud. Når dispositioner er på planlægningsstadiet, er det nødvendigt for rådgivere i det moderne samfund at være tværfaglige, når man har med virksomhedsrådgivning at gøre. For juridiske

²⁶ Jf. herved *Christen Amby* i SR-Skat 1989, s. 374 ff (375 f) og *Preben Underberg Poulsen & Søren Rasmussen: Aktieavancebeskatning*, 1995, s. 121.

²⁷ Jf. *Christen Amby* i SR-Skat 1989, s. 375.

²⁸ Dog kun under forudsætning af at der er overensstemmelse mellem dette formål og den faktiske forretningsmæssige strategi.

²⁹ Modsatrettede aftaler vil dog formentlig tale i modsat retning.

rådgivere må disse i det mindste være tværdisciplinære. Af samme årsag ses den internationale udvikling at gå i retning af, at der udvikles de såkaldte *Multidisciplinary Partnerships (MDP's)*. Når således tværdisciplinær indsigt synes påkrævet, er det tillige væsentligt at fokusere på samspillet mellem de forskellige discipliner. Da skatteretlig og civilretlig normering af samme problemkomplekser ikke altid medfører ensartet behandling, er problemstillingen tillige overordentlig betydningsfuld i det praktiske retsliv. Som et eksempel på at skatte- og civilretten så at sige trækker i hver sin retning, kan nævnes det forhold, at den skatteretlige og den selskabsretlige behandling af aktionærlån er ukoordineret. I selskabsretlig henseende gælder der et forbud mod aktionærlån, jf. aktieselskabslovens § 115, mens man i skatteretlig henseende anerkender lånet i det omfang, der sker en formalisering heraf, eventuelt blot med rentefiksering til følge, jf. LL § 2. Der henvises til *Lene Bendix* i TfS 1995, 531 for en behandling af denne problemstilling. Herudover findes utallige andre faldgruber. Det er dog ofte på dette område vanskeligt at udføre præventiv tænkning *ex ante*, idet der ofte ikke er taget stilling til samspillet mellem skatteret og civilret i lovgivning eller praksis.

4. Sammenfatning og perspektiver

Som det burde være fremgået er der et udtrykt behov for en retsvidenskab med præventivt sigte. Begrundelsen herfor skal søges i erhvervslivets udprægede behov for dette. Det skal anføres, at anvendelsen af juraen som et ledelsesredskab ikke skal afløse traditionelle ledelsesteorier, endsiige rette indvendinger herimod. I stedet skal fokuseringen ses som et supplement hertil. Det har hidtil pågået en helt urimelig negligering af den præventive jura som disciplin. Dette forhold er der dog i de allerseneste år rettet lidt op på.

En præventivt orienteret jura kan ikke nøjes med den danske jura som basis, men må udvide perspektivet til eksempelvis at omfatte hele Europa. Yderligere må den traditionelle juras krav om fuldstændighed ned til mindste detalje opgives til fordel for en mere overordnet, interesseudsætningsfremdragende og analyserende behandling af de enkelte problemer.

Tankegangen om en præventivt orienteret jura som disciplin synes i nogen grad at have lydt. Således er opgaveløsningen på jurauddannelserne drejet i en mere præventivt orienteret retning.³⁰ Ligeledes er der i forbindelse med dommerrekrutteringen åbnet mulighed for andre juristers indtræden i dommerstanden, herunder eksempelvis erhvervsadvokater. Herved kan sættes en udvikling i gang væk fra en mekanisk bedømmelse af sager i retning af en mere substantiel vurdering, som bærer præg af - og er baseret på - kendskab til samfundsmæssige og andre forhold.

³⁰ Hermed er evalueringerne af uddannelsen blev imødekommet. I *Evaluering af Jurauddannelserne*, Evalueringscenteret 1996, s. 12 hed det, at »...*Det anbefales, at fokus i uddannelserne ikke rettes for ensidigt mod konfliktløsning gennem indlæring af regel anvendelse, men i højere grad også betoner konfliktforebyggelse...*«.

Emnets skatteretlige dimension er behandlet, og det er fremhævet, at den skatteretlige pendant til erhvervsjura som ledelsesredskab udgøres af et bredt skatteplanlægningsbegreb. Til belysning heraf er fremhævet ex ante skatteplanlægningens muligheder, og der er givet eksempler herpå. Af fremstillingen kan det udledes, at der i denne henseende består et mindst lige så udbredt behov for at anvende skatteretten som ledelsesredskab, herunder som et led i virksomhedernes økonomistyring. Dog må det ligeledes anføres, at den præventive og optimerende tænkning i meget vid udstrækning er dagligdag i skatteretten. Forklaringen herpå må søges i de håndgribelige økonomiske resultater af de påtagne anstrengelser.

Børsrettens territoriale anvendelse - refleksioner over retsstillingen i Danmark

af

Professor Nis Jul Clausen

1. Børsrettens internationalisering

Gennem de seneste årtier har børsmarkedene og handelen med børsnoterede værdipapirer undergået meget store forandringer. Fra primært at være nationalt fokuseret med henblik på at sikre et velfungerende marked og fondsbørs for indenlandske udstedere, investorer og handlere er det afgørende i dag at sikre det nationale markeds og fondsbørs' overlevelse i den internationale konkurrence. Især den teknologiske udvikling har medført en drastisk forøgelse af internationale udbud og handel med værdipapirer og hermed skabt et globalt værdipapirmarked.

For fondsbørsernes vedkommende er det ikke længere tilstrækkeligt at fokusere på det nationale marked, hvor man tidligere havde en faktisk eller retlig monopolstilling. Fondsbørserne befinder sig i dag i en situation præget af konkurrence. De nationale fondsbørser konkurrerer indbyrdes om at fastholde og tiltrække udstedelse af og handel med værdipapirer, og de traditionelle fondsbørser må kæmpe om markedsandele med nye alternative handelssystemer og markeder.¹

Denne udvikling har blandt andet aktualiseret spørgsmålet om samarbejde på tværs af landegrænserne mellem de enkelte fondsbørser. Et eksempel herpå er NOREX-samarbejdet, som blev etableret i 1998, og nu omfatter fondsbørserne i

¹ I en europæisk sammenhæng var startskuddet til den øgede internationale konkurrence den såkaldte 'Big Bang'-reform i England i 1986. Udenlandske handlere fik adgang til London Stock Exchange og til deltagelse i market making, fastsættelse af handelsprovisioner blev liberaliseret, ligesom forskellige gebyrer og skatter på værdipapirhandel bortfaldt eller blev nedsat betydeligt. Desuden blev der indført et edb-baseret handels- og informationssystem SEAQ inspireret af systemet på Nasdaq i USA. Endelig blev SEAQ International etableret med det formål at tiltrække handelen med værdipapirer, som var udstedt af ikke-engelske selskaber, men med notering på en fondsbørs i hjemlandet. Det viste sig hurtigt, at SEAQ International i meget betydeligt omfang tiltrak handelen med aktier udstedt af kontinentaleuropæiske selskaber, specielt som følge af amerikanske investorer og handleres interesse for at handle på SEAQ International. Først efter gennemførelse af forskellige reformer i de kontinentaleuropæiske lande, herunder i Frankrig, Sverige og Tyskland, lykkedes det i begyndelsen og midten af 1990'erne at få handelen tilbage til de kontinental europæiske børser. Nærmere om den engelske Big Bang-reform og konsekvenserne heraf, se *Benn Steil*, *The European Equity Markets, The State of the Union and an Agenda for the millennium* (1996) s. 4 ff, *Marco Pagano* i *Guido Ferrarini (ed)*, *European Securities Markets, The Investment Service Directive and Beyond* (1998) s. 179 ff og *Brian Scott-Quinn* i *Benn Steil (ed)*, *Competition, Integration, and Regulation in EC Capital Markets* (1994) s. 124 ff.

København, Stockholm, Oslo og Reykjavik.² Der er ikke tale om en egentlig sammenslutning endside fusion af børserne, men de benytter et fælles handelssystem (SAXESS), handlerne har mulighed for krydsmedlemskab, og der foretages fælles markedsføring. Med hensyn til børsreglerne er de teknisk betonedede regler for handel på de enkelte børser harmoniseret, og der er påbegyndt et arbejde med at harmonisere de øvrige børsregler, herunder optagelses- og prospektkrav samt oplysningsforpligtelser.³

Også andre europæiske børser har offentliggjort ønsker og planer om samarbejde. Mens NOREX rent faktisk har vist sig at kunne fungere, er ingen af de andre annoncerede samarbejder på europæisk plan dog hidtil blevet gennemført, og man må stille spørgsmålstegn ved, om de involverede børser reelt har haft vilje og evne til at indgå i et forpligtende samarbejde. Det seneste eksempel herpå er IX international exchanges - et samarbejde mellem Deutsche Börse og London Stock Exchange, som blev annonceret i maj 2000, herefter opgivet i september 2000, og der er nu i begyndelsen af 2001 påny rygter om et muligt samarbejde mellem de to fondsbørser.⁴

For lovgivere samt myndigheder og andre organisationer, herunder fondsbørserne, som udsteder regler for børsmarkedet og børshandelen, har globaliseringen medført, at man må tage stilling til, i hvilket omfang reglerne skal indrettes under hensyn til en mulig international tendens eller standard for reguleringen, ligesom man må forholde sig til en mulig reguleringsmæssig konkurrence mellem de enkelte markeder med henblik på at tiltrække handelen. Selvom der er mulighed for, at der inden for den europæiske børsretlige regulering kan blive tale om 'a race to the bottom', som er set inden for selskabsretten i USA med den såkaldte Delaware effect, er der dog intet, der tyder på, at regeludstederne vil sænke kravene. Tværtimod må det antages, at vi er på vej mod 'a race to the top'.⁵ For at gøre et marked internationalt attraktivt er det nødvendigt at anvende regler og standarder, som de internationalt orienterede investorer og handlere er bekendt med, og her er de engelske og amerikanske krav dominerende.

I en dansk sammenhæng er man gået så vidt, at sammenligneligheden med den internationale standard er blevet lovfæstet ved børsreform II i 1996. Ifølge værdipapirhandelsloven § 83, stk. 1, skal Fondsrådet »virke for et velfungerende

² Fondsbørserne i de tre baltiske lande har i 2000 underskrevet letter of intent med henblik på deltagelse i NOREX. Dette har dog ikke afskåret fondsbørsen i Tallin fra i februar 2001 at indgå i forhandlinger med fondsbørsen i Helsingfors om dennes mulige overtagelse af den estiske fondsbørs.

³ Se nærmere Københavns Fondsbørs Factbook 2001 s. 10.

⁴ For et overblik over de forskellige typer af samarbejder mellem europæiske fondsbørser, se *Nis Jul Clausen, Michael Møller, Claus Parum og Karsten Engsig Sørensen, Capital Markets and Stock Exchanges in the Baltic Sea Region - Consequences of stock market concentration in Europe for the Baltic Sea Region - How to ensure an efficient and adequate capital allocation as a driver of transition in an enlarged Europe (2000) s. 35 ff.*

⁵ Jf. således *Nis Jul Clausen, The Company Lawyer, vol. 21 (2000) s. 43 ff.*

dansk værdipapirmarked...som lever op til internationale standarder.« Hvilke konkrete retsvirkninger, der kan udledes af denne bestemmelse, er ikke endeligt afklaret, men lovbemærkninger⁶ giver belæg for at antage, at Fondsrådet hermed har hjemmel til på konkrete områder at gribe ind over for regler, eksempelvis fastsat af Fondsbørsen, såfremt de ikke lever op til internationale standarder på det pågældende område.⁷ Det er dog i dag således, at Fondsbørsen selv lægger afgørende vægt på at følge den internationale tendens,⁸ og det regelharmoniseringsarbejde, der som nævnt pågår i regi af NOREX, sker ligeledes under hensyntagen til den internationale standard, idet man her vil tillægge kravene på London Stock Exchange væsentlig betydning ved udformningen af de nye fællesnordiske børsregler.

Udover spørgsmål om børsamarbejde på tværs af landegrænserne og de indholdsmæssige krav til børsreguleringen har internationaliseringen af værdipapirhandelen også aktualiseret en tredje problemstilling. Det kan i dag være vanskeligt entydigt at fastlægge, hvilket lands regler der skal finde anvendelse ved løsning af bestemte retlige konflikter. Der er næppe tvivl om, at dansk ret er anvendelig, såfremt der er tale om en handel mellem to danske investorer med en aktie udstedt af et dansk selskab noteret på Københavns Fondsbørs, og handelen gennemføres over Fondsbørsens handelssystemer under medvirken af en dansk værdipapirhandler. Men hvilket lands regler skal anvendes, såfremt aktien er noteret i København, men udstedt af et svensk selskab, og handelens parter er en fransk sælger og en amerikansk køber, der har ladet handelen formidle gennem en engelsk broker? Vil valget af national regulering være det samme i relation til kravene til kontraktindgåelse, prospektansvar, oplysningsforpligtelse og insiderhandel?

Den nævnte problemstilling bliver ikke mindre af, at valg af national regulering ofte også er en indikator for resultatet. Selvom der inden for de seneste 25 år er sket en vis harmonisering af børsreglerne inden for EU, er der dog fortsat betydelige forskelle medlemslandene imellem, og står valget mellem anvendelse af europæisk og amerikansk børsret, er forskellene meget betydelige.

Den danske værdipapirhandelslov tager ikke generelt stilling til, hvilken territorial tilknytning der må kræves, for at reglerne finder anvendelse. § 1 og § 2, som fastlægger lovens anvendelsesområde, er i så henseende tavse. I § 1 defineres, hvad der skal forstås ved en værdipapirhandel, hvilket ikke alene omfatter offentligt

⁶ Jf. således Folketingstidende 1995/96 Tillæg A s. 2024 sp. 2, hvor der blandt andet anføres: »Vurderingen af reguleringen i forhold til udenlandske markeder kan være vanskelig at foretage for markedet som helhed, men vil også kunne ske på afgrænsede reguleringsområder.«

⁷ Problemstillingen omkring Fondsrådets muligheder for konkret at anvende bestemmelsen i § 83, stk. 1, er nært knyttet til diskussionen om kompetencefordelingen mellem Fondsrådet og Fondsbørsen, som var meget central i forbindelse med børsreform II. Se nærmere herom betænkning nr. 1290/1995 Børsreform II bind 2, kapitel 11 og 12.

⁸ I forbindelse med strammingerne af udstedernes oplysningsforpligtelser pr. 1. oktober 1999 henviste Københavns Fondsbørs udtrykkeligt til behovet for at tilrette reglerne under hensyn til internationale standarder. Se nærmere, *Erik Werlauff*, UfR 1999 B 352 ff, *Erik Bruun Hansen og Margit Hess Thaysen*, Revision & Regnskab 1999/9 s. 8 ff og *Nis Jul Clausen*, finans/invest 1999/5 s. 11 ff.

udbud, køb, salg samt formidling af køb og salg af værdipapirer, men også erhvervsmæssig rådgivning, porteføljepleje og afgivelse af emissionsgaranti. Denne aktivitet skal vedrøre værdipapirer, som i § 2 defineres ganske bredt, omfattende ikke alene børsnoterede og ikke-noterede aktier og obligationer, men enhver form for værdipapir, hvis udstedelse og omsætning primært har et finansielt sigte, og som omsættes eller anvendes på kapitalmarkedet.⁹ En række af lovens bestemmelser tager dog direkte eller implicit stilling til den territoriale anvendelse.

I det følgende vil problemstillinger i forbindelse med de danske børsreglers territoriale anvendelse blive drøftet og illustreret gennem en række konkrete sager, hvor dette spørgsmål har været centralt.

2. Lovvalsregler

En del af de netop nævnte typer af konflikter vil kunne løses gennem de såkaldte lovvalsregler eller internationalprivatretlige regler, der har til formål at søge afklaret, hvilket lands retsregler der skal afgøre en privatretlig konflikt med et internationalt element.¹⁰ Lovvalsreglerne er dog en del af national ret og fører derfor ikke nødvendigvis til det samme resultat i forskellige lande. Lovvalsreglerne sikrer således ikke altid, at ét og kun ét lands regler finder anvendelse på en given retskonflikt. Konsekvensen kan i visse tilfælde være, at en konflikt med tilknytning til to lande omfattes af begge landes regler, eller at ingen landes regler er anvendelige.

Så længe der er tale om konflikter af ren privatretlig karakter - i en børsretlig sammenhæng typisk spørgsmålet om retsstillingen mellem udbyder, køber, sælger eller en formidler i forbindelse med handel med værdipapirer - er udgangspunktet, at spørgsmålet om lovvalg er undergivet partsautonomi. Parterne kan enten i en rammeaftale eller i forbindelse med de enkelte handlers gennemførelse frit aftale, hvilket lands regler der skal lægges til grund ved løsning af deres indbyrdes retsstilling. Partsautonomiens hovedområde er inter partes-relationen, hvorimod den normalt ikke udstrækkes til forholdet til tredjemand.

En lovvalgs klausul vil ofte udtrykkelig fremgå af en bestemmelse i aftalen, men den kan også på anden måde fremgå med tilstrækkelig klarhed af kontraktbestemmelser eller af omstændighederne i øvrigt, jf. således Lovvalgskonventionens artikel

⁹ Nærmere om værdipapirhandelsloven § 1 og § 2, se *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, *Børsretten* (2000) s. 52 ff.

¹⁰ Om lovvalsregler generelt henvises i det hele til, *Torben Svénné Schmidt*, *International formueret* 2. udg. (2000) s. 147 ff, *Bent Iversen*, *International handelsret* 3. udg. (1999) s. 69 ff, *Peter Arnt Nielsen*, *International privat- og procesret* (1997) s. 33 ff, *Joseph Lookofsky*, *International Privatret på formuerettens område* 2. udg. (1997) s. 51 ff, *Allan Philip*, *EU-IP. Europæisk Privat- og Procesret* 2. udg. (1994) s. 136 ff, *Erik Siesby*, *Lærebog i international privatret* 2. udg. (1989) s. 55 ff samt *Ole Lando*, *Kontraktstatuttet* (1962) s. 74 ff.

3, stk. 1.¹¹ Er der eksempelvis blandt værdipapirhandlere i relation til handel med bestemte typer af værdipapirer en fast kutyme for, hvilke regler der skal anvendes i det indbyrdes forhold, vil en sådan kutyme også kunne omfatte lovvalg.¹²

Er der ikke mellem parterne indgået en aftale om lovvalg, må spørgsmålet om hvilket lands ret, der skal anvendes, afgøres efter den såkaldte individualiserende metode. Ud fra en samlet vurdering af de foreliggende tilknytningsmomenter må det afgøres, til hvilket land det konkrete retsforhold har nærmeste tilknytning, og dette lands regler skal lægges til grund ved løsningen af en eventuel konflikt mellem parterne.¹³ Tilknytningsmomenterne kan eksempelvis være parternes nationalitet, bopæl eller forretningssted, eller stedet for aftalens indgåelse eller opfyldelse.

Specielt i en børsretlig sammenhæng vil stedet for noteringen af de handlede værdipapirer, eventuelt i kombination med det børsnoterede selskabs hjemsted i selskabsretlig henseende være et relevant tilknytningsmoment. Sammenholdes dette med, at den nationale børsretlige regulerings primære formål er at skabe tillid til et bestemt marked og beskytte investorerne på dette marked, vil den individualiserende metode i relation til privatretlige konflikter vedrørende børsnoterede værdipapirer ofte føre til, at der er formodning for, at den nærmeste tilknytning er det land, hvor værdipapirerne er optaget til notering, således at dette lands regler skal anvendes. Til støtte herfor kan yderligere anføres, at man i den internationale privatret i relation til konflikter om fast ejendom eller andre aktiver, hvortil der er knyttet registrering i et bestemt land, som formodningsregel anvender dette lands ret på løsning af konflikter, der vedrører sådanne aktiver.¹⁴

¹¹ Artikel 3, stk. 1 i Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser fra 19. juni 1980 (80/934/EØF) har følgende ordlyd: »En aftale er underkastet den lov, som parterne har vedtaget. Lovvalget skal være udtrykkeligt eller fremgå med rimelig sikkerhed af kontraktens bestemmelser eller omstændighederne i øvrigt. Parternes lovvalg kan omfatte hele aftalen eller kun en del heraf.« Lovvalgskonventionen, som udspringer af EU, gælder i følge artikel 1, stk. 1 for »kontraktlige forpligtelser, i alle situationer, hvor der skal foretages et valg mellem lovene i forskellige lande«, dvs. også for aftaler om handel med værdipapirer. Derimod gælder konventionen ikke for forpligtelser, der udspringer af et værdipapirs negotiable karakter, jf. artikel 1, stk. 2, litra c. Haagerkonventionen af 15. juni 1955 om, hvilket lands retsregler der skal anvendes på løsrækøb af international karakter, jf. nu lovbekendtgørelse nr. 722 af 24. oktober 1986, gælder ikke for køb af værdipapirer, jf. lovens § 1, stk. 2, litra b.

¹² Kutymen anvendes i betydeligt omfang inden for handel med værdipapirer især blandt professionelle handlere og investorer. I en række tilfælde har domstolene tillagt disse kutymen vægt, se således UfR 1996.770 HD (fast praksis, hvorefter telefoniske aftaler blev bekræftet ved skriftlig advis) og UfR 2000.2291 HD (kutymen for tre dages afvikling også i relation til handel med ikke-professionelle investorer).

¹³ Det er en forudsætning for anvendelse af et lands regler, at dette ikke efter bestemmelse indhold er udelukket.

¹⁴ Jf. således Lovvalgskonventionens artikel 4, stk. 3, vedrørende fast ejendom og den internationale købelov § 4, stk. 3, vedrørende køb på varemærker.

3. Tilknytningskriterier

Med hensyn til den del af den børns- og værdipapirhandelsretlige regulering, som for dansk rets vedkommende findes i værdipapirhandelsloven, er den primært af offentligretlig og strafferetlig karakter.¹⁵ I relation hertil vil partsautonomien som udgangspunkt ikke spille nogen rolle i forbindelse med afgørelsen af, hvilket lands regler der finder anvendelse. Dette må bero på indholdet af den nationale regulering og en fortolkning heraf.

På denne type af regler er det helt naturligt at knytte den territoriale anvendelse til det forhold, at et værdipapir er optaget til notering på en fondsbørs eller anden form for reguleret marked, som er beliggende (registreret) i det pågældende land. Det er da også det tilknytningskriterium, som de fleste europæiske lande lægger vægt på i den børnsretlige regulering, eventuelt for visse reglers vedkommende i kombination med at det udstedende selskab efter det pågældende lands selskabsretlige regler har sit hjemsted (registrerings- eller hovedsæde) i landet.¹⁶ Det kan også udtrykkes således, at når en udsteder frivilligt indgiver en ansøgning om at få et eller flere værdipapirer optaget til notering på en fondsbørs, må selskabet også betale prisen herfor - at blive underlagt de regler som gælder for den pågældende børns.¹⁷ Men det skal dog påpeges, at det ikke alene er udstederen, men også dennes aktionærer, potentielle tilbudsgivere og andre, som ved noteringen pålægges at følge det pågældende lands børnsregler.

Mens noteringsstedet således er det centrale tilknytningsmoment i Europa, er det ikke afgørende for anvendelse af de amerikanske regler. I USA er beskyttelsen af investorer på det amerikanske marked afgørende. Det centrale tilknytningsmoment, som udløser krav om overholdelse af de amerikanske regler og registrering hos Securities Exchanges Commission, er, om der i forbindelse med en bestemt

¹⁵ En række af værdipapirhandelslovens regler er dog af privatretlig karakter, se eksempelvis visse regler i kapitel 17 om risikoafdækning, kapitel 18 om betalingssystemer, netting mv., og kapitel 22 om retsvirkninger af registrering mv.

¹⁶ Denne sammenkobling med selskabsretlig tilknytning anvendes primært inden for reguleringen af overtagelsestilbud og tilbudspligt, se således eksempelvis den svenske Rekommendation om overtagelsestilbud fra 1999 og den engelske City Code on Takeover, der kun finder anvendelse på henholdsvis svenske og engelske selskaber.

¹⁷ I forbindelse med børnsnotering i Sverige indgås der en egentlig kontrakt - indregistreringskontrakt - mellem den enkelte udsteder og fondsbørsen. Heri præciseres det blandt andet, at selskaberne er forpligtet til at følge regler fastsat af den selvregulerende organisation Näringslivets börskommitee om rækkevidden heraf, se NJA 1985.343. Tilsvarende betragtninger af aftaleretlig karakter gør sig gældende for den værdipapirhandler eller andre, som vælger at blive medlem af en fondsbørs. Af den tilslutningsaftale, som indgås i forbindelse hermed, jf. værdipapirhandelsloven § 20, fremgår det, at værdipapirhandleren skal overholde de regler, som er udstedt af Fondsbørsen. Vælger en værdipapirhandler at blive medlem af flere fondsbørsers, skal samtlige fondsbørsers regler overholdes, forudsat at de efter deres indhold finder anvendelse. Se nærmere herom, *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen, Børsretten* (2000) s. 38 ff.

transaktion - eksempelvis et udbud eller tilbud om køb af værdipapirer - foretages markedsføring eller andre handlinger i USA, eller om transaktionen rent faktisk har haft betydning eller virkning for amerikanske investorer.

Jf. den såkaldte 'conduct test' med vægt på, om der i USA er foretaget handlinger i forbindelse med eksempelvis et udbud eller tilbud om opkøb af værdipapirer, og den såkaldte 'effect test' med vægt på om udbudet har haft virkning på investorer i USA. Rækkevidden af den eksterritoriale anvendelse af amerikansk ret kan illustreres med en af de ledende afgørelser, *Bersch v. Drexel Firestone*, 519 F.2d 974 (2d Cir.): Det forhold, at det var lykkedes 22 amerikanske investorer at fremskaffe et tilbudsdokument vedrørende et ikke-amerikansk selskabs tilbud om at købe aktier i et ikke-amerikansk selskab, der ikke var noteret i USA, var tilstrækkeligt til at bringe de amerikanske regler i anvendelse.¹⁸

Anvendelse af forskellige tilknytningskriterier i national lovgivning kan, som tilfældet er ved anvendelse af lovvalgsregler, føre til, at en udsteder eller andre i forbindelse med bestemte transaktioner er forpligtet til at overholde regler i flere lande.¹⁹

4. Notering og udbud af værdipapirer

Når et selskab lader dets værdipapirer notere på en bestemt fondsbørs, skal det som nævnt følge det pågældende lands regler om noteringsbetingelser og prospektkrav, og det underlægges samtidig det pågældende lands øvrige børsregler.

Det prospekt, som Københavns Fondsbørs godkender med henblik på notering af aktier i Danmark, skal opfylde de danske krav, herunder indeholde erklæringer fra ledelsen, revisor og finansiel rådgiver, jf. Udstederforpligtelserne § 52, og prospektet affattes på dansk.²⁰

Ønsker selskabet samtidig at notere eller udbyde de pågældende aktier i et andet land inden for Den Europæiske Union, kan det danske prospekt (oversat til det relevante sprog) efter de særlige EU-retlige regler om gensidig anerkendelse anvendes ved denne notering eller udbud.²¹ Ønsker selskabet at notere eller udbyde

¹⁸ Se nærmere *James D. Cox, Robert W. Hillman & Donald C. Langevoort, Securities Regulation*, 2nd ed. (1997) s. 1201 ff. For en diskussion af hensigtsmæssigheden af og muligheder for at ændre den amerikanske regulering territoriale anvendelse, se *James D. Cox, Law and Contemporary Problems*, vol. 63 (2000) s. 28 ff.

¹⁹ Om de forskellige tilknytningskriterier, se tillige *Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen, NTS 1999/1* s. 81 ff.

²⁰ Selvom danske selskaber noteret på Københavns Fondsbørs i dag kan og KFX-selskaber skal offentliggøre fondsbørsmeddelelser på engelsk, jf. Udstederforpligtelserne § 11, stk. 1, godkender Fondsbørsen ikke prospekter fra danske selskaber, der er affattet på engelsk.

²¹ Reglerne om gensidig anerkendelse af prospekter findes i direktiv 80/390/EØF som ændret ved direktiv 87/345/EØF (børsnoterede værdipapirer) samt i direktiv 89/298/EØF (første offentlige udbud af ikke-noterede værdipapirer).

aktierne uden for EU, typisk i USA, er der ikke regler om gensidig anerkendelse, og de særlige og vidtgående amerikanske krav må som udgangspunkt iagttages. I praksis vil selskabet søge om fritagelse fra det fulde registreringskrav hos den amerikanske børsmyndighed Securities Exchange Commission og eventuelt begrænse udbudet til institutionelle investorer.²² Ved et udbud i USA indgår det danske prospekt (oversat) i udbudsmaterialet, dog således at de ovenfor nævnte erklæringer ikke vil være medtaget, idet sådanne ikke anvendes i USA og i øvrigt vil kunne give anledning til betydelige vanskeligheder i erstatningsretlig henseende.

Selvom der således kan foreligge flere varianter af et prospekt, må det fastholdes, at det er det af Københavns Fondsbørs godkendte prospekt, som er afgørende efter dansk ret, og ved eventuelle uoverensstemmelser er det dette prospekt, der er relevant. Ansvar for eventuelle oversættelsesfejl eller andre uoverensstemmelser med det godkendte prospekt påhviler udstederen. Dette er dog ikke ensbetydende med, at de andre prospekter er uden retlig relevans. Eksempelvis er der næppe tvivl om, at amerikanske myndigheder og domstole vil lægge den på det amerikanske marked anvendte version til grund ved en eventuel retskonflikt.

Ønsker et selskab med hjemsted inden for EU²³ at notere aktier på Københavns Fondsbørs (eller at udbyde aktier i Danmark efter de særlige regler i værdipapirhandelsloven §§ 43-46 om prospekter ved første offentlige udbud af ikke noterede værdipapirer), kan selskabet anvende et i hjemlandet godkendt prospekt, såfremt betingelserne for gensidig anerkendelse er opfyldt.²⁴ Udover krav om oversættelse og indsættelse af særlige oplysninger beregnet for det danske marked, herunder om skattemæssige forhold, kan Fondsbørsen (Fondsrådet) ikke stille krav til prospektets indhold og udformning, men må acceptere den udenlandske kompetente myndigheds godkendelse af prospektet efter dette lands regler. For selskabets vedkommende har en dobbelnotering i øvrigt som konsekvens, at selskabet må overholde to landes børslovgivning.

Det forekommer i stigende omfang, at udenlandske selskaber ønsker at sælge værdipapirer til danske investorer, uden at der nødvendigvis foreligger et i hjemlandet godkendt prospekt, og uden at der ønskes en notering på Københavns Fondsbørs. I sådanne tilfælde omfattes selskaberne naturligvis ikke af de danske

²² Jf. om mulighederne herfor eksempelvis Rule 144 A og Regulation S.

²³ Selvom et udenlandsk selskab noteres i København og hermed undergives de danske børsregler, er selskabet fortsat underlagt hjemlandets selskabslovgivning, jf. betingelsesbekendtgørelsen (nr. 331/1996) skema A,I,1 og II,1. Om samspillet mellem den selskabsretlige og børsretlige regulering, som har tiltrukket sig stigende interesse i retslitteraturen, se blandt andet *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen, Børsretten* (2000) s. 3 ff og 203 ff, *Erik Werlauff, Børs- og kapitalmarkedsret* (2000) s. 293 ff og *Peer Schaumburg-Müller og Erik Bruun Hansen, Dansk Børsret - Værdipapirmarkedsret*, 2. udg. (1996) 203 ff.

²⁴ Jf. børsprospektbekendtgørelsen (nr. 330/1996) §§ 25-28 og udbudsprospektbekendtgørelsen (nr. 1207/2000) §17.

børsregler, men spørgsmålet er, om de særlige prospektkrav i værdipapirhandelsloven §§ 43-46 og udbudsprospektbekendtgørelsen skal iagttages.²⁵

Det afgørende, for om en udenlandsk udsteder skal iagttage disse regler, må - som for danske udsteders vedkommende - være, om der i Danmark foretages et offentligt udbud i lovens forstand. Fondsrådets hidtidige praksis, med hensyn til hvad der skal forstås ved et offentligt udbud (som primært har vedrørt danske udstedere), er således også afgørende for, om en udenlandsk udbyder skal og kan udarbejde et prospekt med Fondsrådets godkendelse. Sker der et offentligt udbud i udlandet, men er der alene tale om en private placement i Danmark, eller er udbuddet i Danmark omfattet af de særlige undtagelsesbestemmelser i udbudsprospektbekendtgørelsen §§ 2 og 3, skal der ikke udarbejdes et prospekt efter de danske regler.

5. Oplysningsforpligtelse

En af de væsentligste konsekvenser af børsnotering er, at selskabet skal overholde kravene til oplysningsforpligtelse. Efter formuleringen af værdipapirhandelslovens § 27 og § 28 udløses selskabets oplysningsforpligtelse af selve noteringen på Københavns Fondsbørs, og oplysningspligten påhviler ethvert - dansk som udenlandsk - selskab, indtil dets værdipapirer slettes fra noteringen. Der gælder dog en række særlige regler, såfremt der foreligger et transnationalt element.

For det første, såfremt et selskab er noteret på flere fondsbørser, skal selskabet ikke alene opfylde oplysningsforpligtelserne på begge børser, men selskabet er efter Udstederforpligtelserne § 7, stk. 3, forpligtet til at sikre et ensartet oplysningsniveau på begge børser, og oplysningerne skal gives samtidig. Selskaber med dobbelnotering vil således normalt have et højere informationsniveau på begge børser end selskabet, som kun er noteret et sted. Et dansk selskab, der er noteret både i København og i Stockholm, er således forpligtet til at offentliggøre kvartalsrapporter i København, idet det er et krav efter de svenske regler. At der efter de danske regler, jf. Udstederforpligtelserne § 24, stk. 2, kun foreligger en - kraftig - anbefaling af kvartalsrapporter er i den henseende uden betydning.

At oplysningerne skal gives samtidig på begge fondsbørser må forstås strengt. Københavns Fondsbørs accepterer ikke, at et selskab på grund af tidsforskel og forskudt åbningstid på børserne, først fremsender en fondsbørsmeddelelse til Fondsbørsen, når denne åbner.²⁶

²⁵ Ved den seneste ændring af udbudsprospektbekendtgørelsen har man søgt at tage højde for det øgede udenlandske udbud af værdipapirer i Danmark. Et prospekt efter disse regler kan således i modsætning til ved notering på Københavns Fondsbørs affattes på, svensk, norsk, engelsk eller andet sprog godkendt af Fondsrådet, jf. § 15.

²⁶ Jf. *Nis Jul Clausen, Børsret - Oplysningsforpligtelse* (1993) s. 71.

Se således Afgørelser og udtalelser 2000 nr. 1.15, hvor der generelt anføres: »Selskabet er ansvarlig for, at offentliggørelse af fondsbørsmeddelelser gives til Fondsbørsen senest samtidig med anden offentliggørelse, uafhængig af eventuelle tidsforskelle.«

For det andet gælder der særlige regler for regnskabsaflæggelse og regnskabsmæssige meddelelser fra udenlandske selskaber noteret på Københavns Fondsbørs. For disse selskaber gælder ikke alene hjemlandets selskabsretlige regler, men de skal også over for Københavns Fondsbørs aflægge et revideret regnskab i overensstemmelse med regnskabslovgivningen i hjemlandet og følge almindeligt anerkendte regnskabsvejledninger der, jf. Udstederforpligtelserne § 21. Det er i denne sammenhæng uden betydning, om de udenlandske krav er mere eller mindre vidtgående end de danske.²⁷

Der findes også andre eksempler på, at der i den danske børsretlige regulering stilles mindre vidtgående - ofte betegnet omvendt diskriminerende - krav til udenlandske selskaber. Kravene om udarbejdelse af interne regler for udstedernes handel med egne aktier og for ledelsens handel med selskabets aktier i henholdsvis Udstederforpligtelserne § 15 og § 16 gælder således kun for danske selskaber.²⁸

Et selskabs notering udløser ikke alene selskabets oplysningspligt efter de danske børsregler. Selskabets storaktionærer skal ligeledes give oplysninger efter de danske storaktionærregler, det vil sige om aktiebesiddelser, jf. værdipapirhandelsloven § 29 og storaktionærbekendtgørelsen (nr. 386/2000) samt om aktionæroverenskomster, jf. takeoverbekendtgørelsen (nr. 827/1999) § 10. Det er uden betydning, om der er tale om en dansk eller udenlandsk aktionær, og meddelelser fra udenlandske aktionærer skal opfylde de danske krav med hensyn til indhold, procedure mv., uanset hvilke krav der måtte gælde i den pågældende aktionærs hjemland.

Jf. således Afgørelser og udtalelser 1998 nr. 1.16, hvor Københavns Fondsbørs over for en udenlandsk aktionær i et dansk selskab påtalte, at en meddelelse om en aktiepost på ca. 25 pct. alene var givet til selskabet og ikke til Fondsbørsen. Den pågældende aktionær var, hvilket er retsstillingen i en række europæiske lande og i overensstemmelse med kravene i storaktionærdirektivet 88/627/EØF artikel 10, stk. 1, af den opfattelse, at selskabet var forpligtet til at videresende oplysningerne til Fondsbørsen.²⁹

Er et dansk selskab alene eller tillige noteret på en fondsbørs beliggende i EU, følger det af storaktionærbekendtgørelsen § 3, stk. 3, at det er selskabet, der skal sikre, at

²⁷ Se dog den særlige regel i betingelsesbekendtgørelsen skema C, pkt. 4 c for selskaber, der ikke aflægger regnskaber og årsberetning i overensstemmelse med EU's direktiv om regnskabsaflæggelse.

²⁸ De øvrige krav om interne regler i værdipapirhandelsloven § 36, stk. 2, og § 37 samt Udstederforpligtelserne § 1, stk. 2, gælder derimod for alle udstedere på Københavns Fondsbørs.

²⁹ Se tillige Afgørelser og udtalelser 2000 nr. 1.12. Nærmere om storaktionærdirektivet og storaktionærreglerne i de europæiske lande, se *Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen, Ekspertundersøgelse vedrørende åbenhed i aktionærbesiddelser* (netpublikation: <http://www.ftnet.dk>).

der sker offentliggørelse af storaktionærbesiddelser i overensstemmelse med reglerne i det pågældende land.³⁰

Det er ligeledes selve børsnotering på Københavns Fondsbørs, der udløser indberetningspligt for værdipapirhandlere og andre efter værdipapirhandelsloven § 33, indberetningsbekendtgørelsen (nr. 429/1999) og Fondsbørsens detaljerede regler herom.

6. Overtagelsestilbud og tilbudspligt

Værdipapirhandelslovens regler om overtagelsestilbud og tilbudspligt i § 31 og § 32 samt takeoverbekendtgørelsen gælder ligeledes for selskaber med aktier noteret på en dansk fondsbørs (eller autoriseret markedsplads). Det er uden betydning, om selskabet har sit selskabsretlige hjemsted i Danmark eller udlandet.³¹ Alle - danske såvel som udenlandske - personer og selskaber,³² som direkte eller indirekte i forbindelse med en aktieoverdragelse overtager kontrollen i et selskab med en eller flere aktieklasser noteret på Københavns Fondsbørs, skal fremsætte et pligtmæssigt tilbud efter de danske regler. På tilsvarende vis skal den, der offentligt fremsætter tilbud om at købe aktier i et sådant selskab, følge de danske regler om frivillige tilbud, og det er i denne henseende uden betydning, om tilbudet er rettet til danske eller udenlandske investorer.

Jf. således den såkaldte Stinnes-sag gengivet i Afgørelser og udtalelser 1997 nr. 2.4, hvor Københavns Fondsbørs fastslog, at de danske tilbudspligtsregler i værdipapirhandelsloven § 31

³⁰ Bestemmelsen må ses i sammenhæng med, at en storaktionær efter storaktionærdirektivet altid er forpligtet til at give selskabet meddelelse om sin besiddelse.

³¹ Hermed adskiller de danske takeoverregler sig fra den generelle tendens i de europæiske lande, hvor man typisk kun lader takeoverreglerne gælde for aktier noteret i de pågældende land, når det udstedende selskab tillige hermed er hjemmehørende i det pågældende land. Se nærmere *Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen*. Udredning om overtagelsestilbud. En analyse af reguleringen i 11 europæiske lande og USA (1998) (netpublikation: <http://www.ftnet.dk>) og *samme*, *International and Comparative Corporate Law Journal*, vol. 1 (1999) p. 169 ff.

³² Eller flere af disse der samarbejder om at opnå bestemmende indflydelse over et selskab, jf. takeoverbekendtgørelsen § 1, stk. 5. Se tillige Afgørelser og udtalelser 2000 nr. 2.1, hvor to græske aktionærer samme dag meddelte, at de havde købt henholdsvis 20 pct. og 16,5 pct. af aktierne i et dansk selskab. På baggrund af aktionærernes oplysninger om, at der ikke var nogen form for relationer mellem dem, fandt Fondsbørsen ikke, at de skulle betragtes som én aktionær i relation til værdipapirhandelsloven § 31, stk. 1, og der var derfor ikke indtrådt tilbudspligt. Sagen illustrerer, at det for Fondsbørsen kan være yderst vanskeligt ikke mindst i relation til udenlandske aktionærer at fastslå, om der foreligger et samarbejde om opnåelse af bestemmende indflydelse. I en række lande er disse bevismæssige problemer søgt begrænset gennem opstilling af formodningsregler, jf. nærmere *Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen*. Udredning om overtagelsestilbud. En analyse af reguleringen i 11 europæiske lande og USA (1998) s. 25 ff (netpublikation: <http://www.ftnet.dk>). Kritisk overfor den danske regel i takeoverbekendtgørelsen § 1, stk. 5, se *Erik Werlauff*, UFR 2000 B 601 ff.

skulle iagttages af det tyske selskab Stinnes AG, såfremt det overtog stemmemajoriteten i det svenske selskab Bilspedition AB, hvis aktier var noteret i såvel København som i Stockholm. At der på daværende tidspunkt ikke fandtes regler om tilbudspligt i Sverige, som var selskabets primære noteringssted, var uden betydning i relation til anvendelsen af de danske regler.³³

For anvendelsen af de danske regler er det uden betydning, at tilbudsgiveren som følge af tilbudets tilknytning til et andet land ligeledes må overholde dette lands regler om overtagelsestilbud, og der er næppe efter de danske regler mulighed for at dispensere eller fritage fra de danske krav eksempelvis med henvisning til, at den fornødne beskyttelse af aktionærerne og markedet opnås via reglerne i et andet land. Konsekvensen heraf kan være, at en tilbudsgiver risikerer at skulle overholde to landes regelsæt, og indtil det 13. selskabsdirektiv om overtagelsestilbud vedtages, eksisterer der ikke på EU plan, som for prospekters vedkommende, regler om gensidig anerkendelse af tilbudsdokumenter. Hensigtsmæssigheden af de danske regler på området er diskutabel.³⁴

For så vidt angår spørgsmålet om målselskabets ledelses muligheder for at modarbejde et overtagelsesforsøg - anvendelse af defensive foranstaltninger som kapitalforhøjelse, køb af egne aktier mv. - indeholder værdipapirhandelsloven ikke særlige regler herom, og begrænsningerne beror derfor på de aktieselskabsretlige regler.³⁵ For udenlandske selskaber med aktier noteret på Københavns Fondsbørs må disse problemstillinger løses efter de selskabsretlige regler i selskabets hjemland. Derimod skal det udenlandske målselskabs ledelse afgive en redegørelse om tilbudet efter de danske regler i takeoverbekendtgørelsen § 7.

7. Insiderhandel og kursmanipulation

Indtil ændringen af værdipapirhandelsloven ved lov nr. 1327 af 20. december 2000 var der en særlig fastlæggelse af anvendelsesområdet for reglerne om insiderhandel

³³ Nærmere om Fondsbørsens afgørelse, se *Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen*, NTS 1999/1 s. 81 og *Erik Werlauff*, UFR 1998 B 307 ff. Om samspillet mellem de dagældende skandinaviske takeover regler, se *Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen*, Takeoverbids (1998) s. 69 ff.

³⁴ Det skal i den forbindelse bemærkes, at en række europæiske lande, herunder Sverige, typisk har et snævrere anvendelsesområde for takeoverreglerne, eksempelvis derved at reglerne kun er anvendelige, såfremt det noterede selskab tillige har hjemsted i det pågældende land. I andre lande, herunder i Norge, er der mulighed for at fritage fra overholdelse af reglerne, såfremt den fornødne beskyttelse af aktionærerne og markedet opnås gennem et andet lands regler. I USA er det derimod afgørende, om tilbudet rettes til aktionærer i USA, jf. den såkaldte 'conduct test' og 'effect test' omtalt ovenfor. Om de forskellige tilknytningskriterier for takeoverreguleringen, se *Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen*, *International and Comparative Corporate Law Journal*, vol. 1 (1999) p. 169 ff og *samme*, NTS 1999/1 s. 81 ff.

³⁵ Se nærmere herom blandt andet *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, *Børsretten* (2000) s. 337 ff.

og kursmanipulation i lovens § 34, stk. 1, 1. pkt. Bestemmelsen tog udtrykkeligt stilling til reglernes territoriale anvendelse. De danske regler gjaldt ikke alene for værdipapirer optaget til notering på en dansk fondsbørs eller en autoriseret markedsplads, men også for værdipapirer, der var noteret eller handlet på en fondsbørs eller tilsvarende reguleret marked »i et land inden for Den Europæiske Union eller i lande, som Fællesskabet har indgået samarbejdsaftale med.«

Dette særlig anvendelsesområde for insiderreglerne (men ikke for reglerne om kursmanipulation) er en følge af EU's insiderdirektiv 89/592/EØF, der i artikel 5 foreskriver, at medlemstaternes lovgivning skal finde anvendelse på værdipapirer noteret på ethvert reguleret marked inden for EU. I forbindelse med insiderhandel med en international tilknytning vil det således kunne forekomme, at der foreligger overtrædelse af insiderforbudene i flere europæiske lande.³⁶

Spørgsmålet om den territoriale anvendelse af det danske forbud mod insiderhandel i værdipapirhandelsloven § 35, stk. 1, har været forelagt domstolene i to sager - UfR 1999.513 ØLD og UfR 2000.2356 ØLD.³⁷

I den første sag havde de foretagne transaktioner tilknytning til Danmark, Belgien, Schweiz og Liechtenstein. Skulle forholdet henføres til de to sidstnævnte lande, ville den tiltalte blive frifundet, idet disse landes insiderregulering ikke omfattede transaktioner med værdipapirer, som ikke var noteret i landene. I Belgien, der som følge af insiderdirektivet havde samme anvendelsesområde for insiderreglerne som Danmark, ville straffen maksimalt kunne blive en bødestraf, mens der i Danmark var mulighed for fængselsstraf, jf. værdipapirhandelsloven § 94, stk. 1. Forholdet blev henført til dansk ret, og straffen fastsat til 5 måneders ubetinget fængsel.

UfR 1999.513 ØLD: Sagen vedrørte et bestyrelsesmedlem T i selskabet C.W. Obel, som købte 20.000 aktier i det ligeledes børsnoterede selskab SN Holding. Begge selskaber var alene noteret i København og med hjemsted i Danmark. Købsordren blev afgivet dagen efter, at T havde deltaget i et ekstraordinært bestyrelsesmøde i Obel afholdt i Danmark. På mødet havde man besluttet at fremsætte et tilbud om at købe alle aktierne i SN Holding til en kurs, som lå betydeligt over børskursen. Købsordren blev afgivet fra Belgien, hvor T var bosiddende, til en investeringsrådgiver i Schweiz, som skulle indkøbe aktierne til en fond med hjemsted i Liechtenstein, som T foretog sine aktieinvesteringer igennem. Efter at tilbudet var offentliggjort, solgte T aktierne med en fortjeneste på ca. 640.000 kr. Landsretten fandt med henvisning til straffelovens § 6, nr. 1, at der forelå en overtrædelse af det danske forbud mod insiderhandel, og straffen fastsattes til 5 måneders ubetinget fængsel. I relation til det almindelige territorialprincip i straffelovens § 6, nr. 1 lagde byretten især vægt på, at de i sagen omhandlede aktier blev købt og solgt af et dansk pengeinstitut i København, at handlerne blev indberettet til Københavns Fondsbørs, at betalingen skete i danske kroner, samt at der var tale om et dansk

³⁶ For at der i Danmark kan straffes for overtrædelse af insiderforbudene i værdipapirhandelsloven skal straffelovens almindelige regler om jurisdiktionskompetence i §§ 6 ff tillige være opfyldt.

³⁷ Det skal bemærkes, at insidersagen refereret i UfR 1997.1504 HD også havde et om end begrænset transnationalt element, idet de foretagne transaktioner blev afregnet via en konto og et depot i Andorra. Dette forhold var dog uden betydning for sagens udfald.

selskab noteret på Københavns Fondsbørs. Østre Landsret stadfæstede byretsdommen ved blot at anføre, at det tiltrædes, at værdipapirerne blev købt i den danske stat.³⁸

I UfR 2000.2356 ØLD var spørgsmålet, om det danske insiderforbud var anvendeligt på handler, som en dansk statsborger havde foretaget med aktier i et amerikansk selskab noteret på Nasdaq i USA. Den tiltaltes interne viden stammede fra ansættelse i et dansk selskab. De danske regler fandtes ikke anvendelige.

UfR 2000.2356 ØLD: A var sigtet for overtrædelse af forbudet mod insiderhandel i § 35, stk. 1, i forbindelse med køb af aktier og optioner i et amerikansk selskab, som var noteret på Nasdaq. På handelstidspunktet var A i besiddelse af endnu ikke offentliggjort viden om, at hans danske arbejdsgiver ville fremsætte et købstilbud på aktierne i det amerikanske selskab til en kurs, der lå betydelig over noteringskursen. Anklagemyndigheden fremsatte anmodning om beslaglæggelse af A's vinding på ca. 800.000 kr. Da det amerikanske selskab alene var noteret i USA, og da Danmark ikke havde indgået nogen samarbejdsaftale med USA, jf. formuleringen af værdipapirhandelsloven § 34, stk. 1, nr. 1, og der ikke forelå oplysninger om, at de amerikanske myndigheder havde rejst tiltale mod A,³⁹ fandtes anklagemyndigheden ikke at have sandsynliggjort, at sigtelsen kunne føre til strafansvar i Danmark, jf. straffelovens § 10. Anmodningen om beslaglæggelse blev derfor ikke taget til følge.

Reaktionen på sidstnævnte afgørelse var, at der ved lov nr. 1327/2000 blev gennemført en ændring af bestemmelsen i værdipapirhandelsloven § 34, stk. 1, nr. 1, således at ordene »i et land inden for Den Europæiske Union eller i lande, som Fællesskabet har indgået samarbejdsaftale med« udgik.

I forarbejderne til ændringen af § 34, stk. 1, nr. 1 anføres det blandt andet: »Den generelle internationalisering af danske virksomheder og den øgede internationale værdipapirhandel har medført et behov for at udvide anvendelsesområdet for reglerne om kursmanipulation og insiderhandel. Det foreslås derfor, at forbudene mod insiderhandel og kursmanipulation også kommer til at omfatte værdipapirer, der er optaget til notering eller handel på fondsbørser eller handles på autoriserede markedsplasser eller tilsvarende regulerede markeder uden for EU, eller uden for de lande som EU har indgået samarbejdsaftale med (for tiden EØS-landene). Derved bliver der tale om et generelt globalt forbud. Af den nuværende § 34 fremgår det, at definitionen af, hvad der i værdipapirhandelsloven anses som insiderhandel eller kursmanipulation er territorielt begrænset til EU eller lande, som EU har indgået samarbejdsaftale med.... Handel med værdipapirer er gennem de seneste år blevet stærkt internationaliseret. Således kan danske borgere gennem internethandlere handle næsten direkte på udenlandske børser. Endvidere er det ikke usædvanligt, at danske virksomheder opkøber eller sælger datterselskaber i tredjelande eller indgår store kontrakter med udenlandske selskaber. Danske medarbejdere og rådgivere kan derfor komme i situationer, hvor de opnår insiderviden om værdipapirer, der er optaget til handel på børser eller regulerede markeder i et tredjeland. Det kan med

³⁸ Nærmere om sagen, se *Nis Jul Clausen og Lars Schjødt*, UfR 1999 B 210.

³⁹ Efter amerikansk ret ville sagen formentlig alene have udløst en civilretlig sanktion i form af erstatningsansvar.

de nuværende regler ikke udelukkes, at denne viden kan udnyttes til berigelse i strid med principperne i værdipapirhandelslovens § 34, uden at forholdet vil kunne strafforfølges i Danmark...«⁴⁰

Det er i øvrigt anden gang, at værdipapirhandelslovens regler i kapitel 10 om misbrug af intern viden og kursmanipulation ændres som følge af en domstolsafgørelse. Som følge af den tvivl om rækkevidden af definitionen på kursmanipulation i værdipapirhandelsloven § 34, stk. 3, som gjorde sig gældende i den såkaldte Hallengreen-sag, nu UfR 2001.578 HD blev kravet om væsentlig kurspåvirkning ved lov nr. 414/1998 fjernet fra bestemmelsen, ligesom bestemmelsens nr. 3 om handel med sig selv blev udvidet til også at omfatte handel med selskaber, som kontrolleres af samme person eller personkreds.⁴¹

Hensigtsmæssigheden af sådanne hurtige ændringer af lovgivningen som følge af enkeltstående retsafgørelser må betvivles, og givet er det, at dette ikke harmonerer særlig godt med den reguleringsfilosofi med fremhævelse af blandt andet behovet for fremtidssikring af lovgivningen, som var fremherskende i forbindelse med børsreform II.⁴²

Reglerne om insiderhandel og kursmanipulation gælder nu for: »Værdipapirer, der er optaget til notering eller handel på en fondsbørs eller handles på en autoriseret markedsplads eller tilsvarende regulerede markeder for værdipapirer.« Denne formulering svarer i alt væsentligt til de formuleringer, som anvendes i reglerne om børsnotering, oplysningsforpligtelse og overtagelsestilbud, jf. værdipapirhandelsloven § 23, stk. 1 »værdipapirers optagelse til notering på en fondsbørs«, § 27, stk. 1 »værdipapirer, der er optaget til notering på en fondsbørs«, og § 31, stk. 1 »en eller flere aktieklasser optaget til notering på en fondsbørs eller optaget til handel på en autoriseret markedsplads«. Der er som nævnt næppe tvivl om, at disse regler alene gælder for værdipapirer, der er optaget til notering på en dansk fondsbørs mv. På den anden side er der ej heller tvivl om, at de danske regler om insiderhandel som følge af insiderdirektivet artikel 5 og de netop citerede lovbemærkninger gælder for værdipapirer, der er optaget på fondsbørser mv. beliggende uden for Danmark. Anvendelsesområdet for forbudet mod kursmanipulation, som ikke er direktivbestemt, er tilsvarende vidtgående i territorial henseende.

Anvendelse af stor set ens formuleringer i forskellige bestemmelser i samme lov, men med vidt forskelligt territorialt anvendelsesområde, er ikke hensigtsmæssig. Det kan desuden undre, at det ikke har givet anledning til nærmere overvejelser, at en sådan territorial vid anvendelse ikke kan, endsige bør begrundes i hensynet til

⁴⁰ Jf. Folketingstidende, Tillæg A 2000/01 L 75.

⁴¹ Se tillige *Jens Madsen*, UfR 2000 B 569 ff. Specielt om retsvirkningen af opgivelse af væsentlighedskravet i relation til kurspleje, se *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, *Børsretten* (2000) s. 393 ff og *Jesper Lau Hansen*, UfR 2000 B 65.

⁴² Kritisk over for anvendelse af kodeord som fremtidssikring, fleksibilitet og deregulering i forbindelse med det børs- og selskabsretlige lovreformarbejde i 1990'erne, se *Nis Jul Clausen i Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.)*, *To reguleringstraditioner - Om sondringen mellem offentlig ret og privatret* (1996) s. 128 ff.

tilliden til og investorbeskyttelsen på det danske værdipapirmarked, hvilket ellers er centrale beskyttelseshensyn for værdipapirhandelsloven. De retlige, bevismæssige og andre praktiske konsekvenser af den udvidede territoriale anvendelse af forbudene mod insiderhandel og kursmanipulation synes ej heller at være overvejet nærmere. Spørgsmålet er, om et sådant bredt eksterritorialt anvendelsesområde og ikke mindst håndhævelsen heraf ikke må forudsætte en vis harmonisering af reglerne landene imellem og et nærmere samarbejde mellem de involverede tilsynsmyndigheder mv., hvilket alene er tilfældet inden for EU.⁴³

8. Afsluttende bemærkninger

Den øgede internationalisering af værdipapirhandelen, og de enkelte landes forskellige holdninger til, hvorledes og i hvilket omfang man skal regulere handelen med børsnoterede værdipapirer med et internationalt element giver anledning til flere overvejelser.

For udstederne, investorerne, handlerne og disses juridiske rådgivere er det ikke længere tilstrækkeligt at sikre sig, at de danske regler er overholdt i forbindelse med en bestemt transaktions gennemførelse. Der er et stigende behov for at søge afklaret, om andre landes børs- og værdipapirhandelslovgivning finder anvendelse på transaktionen, og i bekræftende fald hvilke krav der da skal opfyldes.

Der kan næppe herske tvivl om, at hovedformålet med reglerne i værdipapirhandelsloven er at sikre tilliden til det danske marked og beskytte investorerne her, jf. bestemmelsen i værdipapirhandelsloven § 83, stk. 1, hvorefter Fondsrådet gennem sit markedtilsyn »skal virke for et velfungerende dansk værdipapirmarked«. Men den danske regulering befinder sig dog ikke i et vakuum.

De danske regler må konstant tilrettes under hensyntagen til markedsudviklingen og den internationale standard for børsretlig regulering, vel vidende at det kan være vanskeligt præcist at fastslå, hvad der er den internationale standard på et givent område, og hvilke lande vi skal og bør sammenligne os med. NOREX-samarbejdet må dog her spille en central rolle.

Samtidig er der behov for en øget fokus på at få afklaret, i hvilket omfang de danske regler skal og bør finde anvendelse på de stigende antal værdipapirtransaktioner med et internationalt element, herunder at få taget stilling til om det er hensigtsmæssigt, at en bestemt transaktion er omfattet af reguleringen i flere lande. På dette område er der på en og samme gang behov for en præcisering af de danske

⁴³ Spørgsmålet om anvendelsesområdet for insiderreglerne blev også drøftet i forbindelse med implementeringen af insiderdirektivet i 1991. I det daværende børsudvalgs betænkning nr. 1219/1991 Insider-handel s. 31 anføres det således: »Udvalget har overvejet, hvorvidt insiderforbudene tillige bør udstrækkes til at gælde for værdipapirer optaget til notering på børser uden for EF. Det er udvalgets vurdering, at et generelt forbud ikke er ønskeligt. Håndhævelsen af et sådant forbud forudsætter dels en vis harmonisering af det materielle forbud mod insider-handel, dels at der fastlægges nærmere procedurer for samarbejde mellem tilsynsmyndighederne i de pågældende lande.«

regler og gennemførelse af mere fleksible regler med mulighed for dispensation, hvis andre landes regler giver den fornødne investorbeskyttelse mv. Det kan ikke undgås, at visse transaktioner vil være omfattet af flere landes - typisk forskelligartede - regler, men det kan som udgangspunkt ikke betragtes som den i en økonomisk eller juridisk henseende optimale løsning.

Betragtninger over en denuntiation

af

Lektor Leif Heiselberg

1. Indledning

I forbindelse med erhvervsretsundervisningen for et års tid siden fik jeg, efter at have gennemgået reglerne om pengefordringer, en henvendelse fra en studerende, der forelagde mig en fotokopi af en faktura, hvis indhold han gerne ville have forklaret.

I sin anonymiserede stand fremtrådte fakturaen som en sædvanlig kontoopgørelse, hvis underkant afsluttedes med et giroindbetalingskort beregnet til afrivning og benyttelse. Efter kontoopgørelsen fandtes sålydende påtegning, der helt givet var udført samtidig med fakturaens udskrivning:

»Vort tilgodehavende ifølge nærværende kontoudtog er overdraget til XXX, YYY, tlf. ZZZ, til hvem betaling med frigørende virkning herefter alene kan ske. Ved forfald bedes betaling ske til PBS nr. ÆÆÆ eller gironr. ØØØ med angivelse af kunde- og fakturanr. Eventuelle indsigelser bedes omgående meddelt XXX. Ved betaling efter forfald beregnes rente 1,5 % pr. måned.«

Spørgeren kendte factoring og han var i tvivl om, hvorvidt der forelå en gyldig denuntiation, fordi det indeholdte giroindbetalingskort som betalingsmodtager angav overdrageren og ligeledes anførte dennes gironr. Hvis skyldneren, der havde modtaget fakturaen, benyttede dette kort til gældens betaling ville beløbet således tilgå overdrageren og ikke erhververen.

Efter at have tænkt over den foreliggende situation måtte jeg svare, at jeg ikke synes det var muligt at give et sikkert svar, da der var momenter, der trak i hver sin retning. Denne artikel er resultatet af mine efterfølgende overvejelser.

2. Dommen UfR 1956.444HD

De teoretiske fremstillinger på området tager for det meste, men i sagens natur ikke udelukkende, udgangspunkt i denne dom af Højesteret, som indeholder momenter af lignende art som vort foreliggende tilfælde.

Sagen drejede sig om et finansieringsselskab, der havde finansieret en manufakturhandlers salg på købekontrakter af sine manufakturvarer. Efter først at have brugt sine egne blanketter hertil skulle manufakturhandleren senere benytte kontraktsblanketter, der var udleveret af finansieringsselskabet. I disse fandtes umiddelbart

ovenover pladsen, der var bestemt til køberens underskrift, en bestemmelse, trykt med fed skrift og indrammet, der var sålydende:

»Denne kontrakt er tiltransporteret Aktieselskabet af 22. maj 1953, Nybrogade 8, København K., og betaling finder sted til dette selskab på det sted, som selskabet måtte anvise. Indtil videre kan ordinære afdrag indbetales til: FERSLEV DAME-KONFEKTION«.

Der var mellem parterne aftalt en ugentlig afregning, hvorefter manufakturhandleren fik udbetalt værdien af nyoverdragne kontrakter med fradrag af beregnede afdrag fra tidligere overdragne kontrakter. Dertil kom, at indbetalte beløb skulle overgives selskabet.

I et enkelt tilfælde havde finansieringsselskabet ladet ordningen kontrollere ved et revisorbesøg, hvor der alene fandtes en mindre uoverensstemmelse, der henførtes til manufakturhandlerens forglemmelse.

Manufakturhandleren gik senere konkurs og ved boets behandling viste det sig, at han i et vist ikke ubetydeligt omfang havde undladt at videresende modtagne afdrag vedrørende overdragne kontrakter, ligesom han også havde overdraget kontrakter, der ikke dækkede over et reelt indhold. Boet krævede herefter kontraktens udbytte tillagt til sig.

Ved Højesterets afgørelse fandt flertallet på 4 dommere, at boet skulle have medhold, idet der herom udtaltes:

»Det tiltrædes, at den lidet betryggende fremgangsmåde, der af appellantens er benyttet i dette mellemværende ved meddelelse om de stedfundne transporter, i forbindelse med den omstændighed, at der er indrømmet firmaet incassobeføjelse og ikke fra appellantens side er udøvet en sådan kontrol med firmaets virksomhed, som under disse omstændigheder måtte udkræves -«¹

Mindretallet på 3 dommere, der var enige med flertallet om resultatet fandt: »ikke, at indsættelsen i kontrakterne af den i dommen gengivne bestemmelse om transport af kontrakten er tilstrækkelig til at skabe en overfor Ferslevs kreditorer gyldig sikkerhedsret for appellantens -«

De forhold højesteretsdommen² tager stilling til findes også i den følgende praksis, nemlig 1) er der foretaget en denuntiation, hvis indhold er i overensstemmelse med gbl. § 31 og 2) er der ført en sikker kontrol med den incassobeføjelse, der af erhververen er tillagt overdrageren at administrere?

¹ I gengivelsen er appellantens erhververen, medens firmaet er overdrageren.

² Dommen er omtalt hos: *Jesper Berning*, *Finansieringsret*, 1977, *W.E. von Eyben*, *Panterettigheder*, 7. udgave, 1984, *Preben Lyngsø*, *Gældsbrevsloven*, 3. udgave, 1989, *Bernhard Gomard*, *Obligationsret*, 3. del, 1993, *Lennart Lyngge Andersen m.fl.*, *Gældsbrevsloven med kommentarer*, 1997, *Thomas Rørdam og Vagn Carstensen*, *Pant*, 6. udgave, 1998, *Nis Jul Clausen*, *Sikkerhed i fordringer*, 3. udgave, 2000. De nævnte værker omfatter tillige udførlige teoretiske gennemgange af de nævnte problemer.

3. Domspraksis vedrørende denuntiations- og incassoproblematik

Det har i domspraksis flere gange været til afgørelse, om en denuntiation er udformet på en sådan måde, at det af dennes ordlyd fremgår, at der er sket en *overdragelse* fra overdrageren til erhververen. Det forhold, at det af denuntiationspåtegningen ikke klart er fremgået, hvilken retsakt der er tale om, in casu overdragelse, har i flere afgørelser givet anledning til at fastslå manglende retsvirkning af denuntiation.

Der vil derfor i det følgende blive set nærmere på, hvad der i disse afgørelser har været lagt vægt på skulle være til stede og i fortsættelse heraf, hvad der ikke har måttet forekomme.

UfR1963.214V. vedrørte et firma, der af sin bank fik sine trækingsrettigheder ud over en bevilget kassekredit forøget med de pålydende beløb på fakturaer for leverede varer mod, at firmaet overdrog leveringsdokumenter til banken, som derefter skulle *inkassere* fakturabeløbene. Til kunderne blev alene angivet, at betaling skulle ske til banken. Dommen kom ikke uventet til det resultat, at banken ikke var beskyttet mod firmaets kreditorer.³

En tilsvarende situation forelå i UfR 1975.971V. Her havde et firma overdraget sin fordring på købesummen til sin bank. Da køberen var udlænding, blev fakturaen af firmaet forsynet med engelsksproget påtegning, hvoraf det fremgik, at betaling alene kunne ske til banken. Også her blev afgørelsen, at da det ikke klart fremgik af ordlyden, at der var tale om andet end en incassobeføjelse, var der ikke opnået beskyttelse mod overdragerens kreditorer.⁴

Et bilfirma overdrog sine købekontrakter til et større finansieringsselskab. Fra dette fremkom herefter til debitorerne en reklamepræget folder, der meddelte, at selskabet havde *overtaget* kontrakten, ligesom der blev givet oplysninger om betalingsmåder mv. Folderen indeholdt desuden oplysninger om erhververens finansieringsvirksomhed. Ved dommen refereret i UfR 1977.636HD fandtes denuntiationen ikke fyldestgørende, selvom ordet »overtaget« var brugt, idet de øvrige oplysningers mængde og art bidrog til, at det ikke på tilstrækkelig klar og tydelig måde blev tilkendegivet debitorerne, at der var tale om en overdragelse.⁵

I UfR 1979.573HD omhandles en sag, hvor en dansk restauratør havde overdraget 5 løsøre pantebreve til et engelsk firma. Dette firma fremsendte nu - på engelsk - til sin danske advokat meddelelse om, at firmaet havde fået pantebrevene overdraget, og anmodede ham om at give meddelelse herom til skyldneren. Advokaten efterkom anmodningen ved at fremsende en skrivelse, hvori det hed, at pantebrevene nu var

³ Se herom *Berning* s. 231, *Clausen*, s. 73, *Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff*, *Kreditretten*, 3. udgave, 2000, s. 271, *Lyngsø*, s. 213 og *Rørørdam og Carstensen*, s. 405.

⁴ Se herom *Clausen*, s. 73, *Andersen og Werlauff*, s. 271, *Lyngsø*, s. 213 og *Rørørdam og Carstensen*, s. 402.

⁵ Se herom *Clausen*, s. 73, *Lyng Andersen m.fl.* s. 208, 213, *Andersen og Werlauff*, s. 271, *Lyngsø*, s. 213, og *Rørørdam og Carstensen*, s.402.

i besiddelse af det engelske selskab, ligesom han vedlagde en fotokopi af meddelelsen fra det engelske firma. Ved dommen blev det fastslået, at advokatens skrivelse ikke på tilstrækkelig klar og tydelig måde gjorde det klart for skyldneren, at der forelå en overdragelse, og at fotokopien af den på engelsk affattede meddelelse ikke ændrede dette, idet skyldneren ikke forstod engelsk.⁶

En afgørelse, der går i modsat retning, er gengivet i UfR 1981.520SHD. Et selskab havde indgået en leasingkontrakt med et sygehus, og havde transporteret sine rettigheder til et finansieringsselskab. Overdrager og erhverver meddelte derefter i en fælles skrivelse til sygehuset, at kontrakten var *deponeret* hos overdrageren, hvorfor fremtidige ydelser alene skulle betales til denne. Denne skrivelse fandtes tilstrækkelig, når den sammenholdtes med en forsikringsdeklaration og de tre parter fælles forståelse af, at der var sket en overdragelse.⁷

I en senere afgørelse, UfR 1987.915HD, pådømtes et tilfælde, hvor der også var anvendt betegnelsen »deponeret« i forbindelse med en overdragelse. Der var i denne sag tale om et byggefirma, der havde en restkøbesum til gode i forbindelse med et ejendomssalg. Dette beløb blev af byggefirmaet overdraget til firmaets bankforbindelse til sikkerhed for et lån. Banken sendte herefter meddelelse til skyldneren (køberen af ejendommen) om sikkerhedsstillelsen. Det hed bl.a. heri, at fordringen i henhold til ovennævnte skøde var *deponeret* i banken. Renter og ordinære afdrag kunne indtil videre indbetales til byggefirmaet, hvorimod ekstraordinære afdrag indtil videre skulle indbetales til banken. Det fremgår af dommen, at der udover anvendelse af ordet »deponeret« også var lagt vægt på, at det ikke var angivet, hvem der, jf. ordvalget »indtil videre«, var berettiget til at ændre de angivne krav om indbetaling, ved afgørelsen af, at den skete underretning ikke var tilstrækkelig til at opfylde kravene i gbl. § 31.⁸

I UfR 1992.501V var der mellem et firma og dettes bank truffet aftale om, at samtlige udstedte fakturaer var overdraget til sikkerhed. Når fakturaerne var udfærdiget, blev de indsendt til banken, der videresendte dem til debitorerne efter at have forsynet dem med en påstemplet påtegning, der var sålydende: »NB. I henhold til gældsbrevslovens § 31 skal vi hermed meddele Dem, at betaling med frigørende virkning alene kan ske til A/S Skjern Bank - 6900 Skjern, postgiro nr. 3048713.« Landsretten afviste at tillægge meddelelsen retsvirkning med den begrundelse, at oplysningen om, hvor betaling med frigørende virkning skulle ske, ikke var tilstrækkelig, idet det samtidig blev fastslået, at henvisningen til gældsbrevslovens § 31 ikke medførte nogen ændring i dette tilfælde, hvor skyldneren

⁶ Se herom Clausen, s. 74, Lyng Andersen m.fl., s. 208, 214, Andersen og Werlauff, s. 271, Lyngsø, s. 213, Rørdam og Carstensen, s. 402, og von Eyben, s. 492.

⁷ Se herom Clausen s. 74-75, Andersen og Werlauff, s. 271, Lyngsø, s. 213, og Rørdam og Carstensen, s. 402-403.

⁸ Se herom Clausen, s. 75, Andersen og Werlauff, s. 271, Lyng Andersen m.fl., s. 216, Lyngsø, s. 214, og Rørdam og Carstensen, s. 403.

(modtageren af meddelelsen) i denne sammenhæng var usagkyndig, medens banken i sagens natur var sagkyndig.⁹

I afgørelsen i TfS1995.167 der vedrører skattevæsenets udlæg i en pantsat fordring, havde en vognmand til sin bank transporteret nuværende og fremtidige tilgodehavender hos en kommune, der havde modtaget en behørig meddelelse herom, således at der ikke var spørgsmål om dennes udformning under sagen. I transporterklæringen var det angivet, at denne skete til sikkerhed for enhver forpligtelse. Det forelå nu til afgørelse, om det forhold, at banken havde indsat modtagne beløb fra skyldneren på dennes kassekredit hos banken, og derved havde givet denne mulighed for at disponere herover ved at hæve på kreditten, medførte, at banken ikke var beskyttet mod et udlæg i et tilgodehavende hos kommunen. Landsretten fandt, at dette ikke var tilfældet, selv om retten var opmærksom på, at sådanne transporter i sammenhæng med en kassekredit giver mulighed for misbrug. Dette støttedes af, at der også havde været tale om inddækning af overtræk, at der var andre mellemværender med banken og at banken efter transportens ordlyd havde valgmulighed med hensyn til anvendelsen.¹⁰

4. Kort om legitimation

Hvis *skyldneren* i eksemplet benytter det vedhæftede giroindbetalingskort til hel eller delvis betaling før eller ved forfaldstiden, vil betalingen tilgå overdrageren, som er identisk med skyldnerens medkontrahent. Set fra erhververens side er den skete betaling derfor ikke sket til ham på hans adresse som det rette betalingssted, medmindre giroindbetalingskortet skal forstås som en angivelse af et andet betalingssted. Der vil derfor være tale om misligholdelse med eventuelle ubehagelige følger for skyldneren. Gbl. § 29 vil ikke være til megen hjælp for ham, for en gennemlæsning af fakturaen bør gøre det klart for ham, at der er tale om en overdragelse, således at det vel kan tænkes, at forholdet må sidestilles med viden eller i hvert fald med udvist manglende agtpågivenhed, jf. bestemmelsens sidste del. Derimod kan der meget vel foreligge god tro med hensyn til hvem, giroindbetalingskortet har som adressat. Ikke desto mindre er det vel sandsynligt, at skyldneren kommer til at betale en gang til som en konsekvens af gbl. § 29.¹¹

Overdragerens forpligtelse over erhververen følger af deres aftale om overdragelsen. Efter gbl. § 9 er overdrageren objektivt ansvarlig for, at fordringen består. Det er et spørgsmål om denne bestemmelse eller dens grundsætning kan anvendes analogt. Muligheden foreligger, men det er trods alt ikke et sandsynligt resultat

⁹ Se herom *Clausen*, s. 76, der tillige nævner den debat, der udspandt sig ved dommens offentliggørelse, *Andersen og Werlauff*, s. 275, hvor dette også er tilfældet, *Lynge Andersen m.fl.*, s. 208, 217 og *Rørdam og Carstensen*, s. 403

¹⁰ Se herom *Andersen og Werlauff*, s. 274.

¹¹ Se herom *Clausen*, s. 76, og *Andersen og Werlauff*, s. 273-274.

Snarere kan der tænkes et sædvanligt erstatningsansvar, hvis de almindelige betingelser herfor foreligger. I hvert fald må der formodes at være tale forsæt eller uagtsomhed med hensyn til udformningen. Det økonomiske tab vil naturligvis være begrænset, hvis der sker en omgående videreførsel til erhverver. Ansvar vil kunne tænkes gjort gældende både af skyldner og erhverver.¹²

Hvis der sker betaling til overdrageren, vil *erhververen* lide et tab, hvis den fejlplacerede betaling ikke straks videreføres til ham, og i visse situationer endda selvom dette sker. Det spørgsmål kan rejses, om det ikke kan kræves af erhververen, at han kontrollerer, at meddelelser til skyldneren bliver givet på en forsvarlig måde, dvs. i overensstemmelse med gbls. regler, fordi det er udnyttelsen og sikringen af hans rettigheder, der er tale om. Hvis dette besvares bekræftende, må erhververen, hvis der kan påvises forsømmelser fra hans side, skulle betragtes som medvirkende med den følge, at erstatningskravet nedsættes eller helt bortfalder.¹³

Det har indtil nu været forudsat, at erhververen ikke har medvirket til den særlige udformning. Hvis det modsatte skulle være tilfældet, således at forstå, at det er overladt til overdrageren fortsat at *oppebære indbetalinger* fra skyldnerne, foreligger der naturligvis ikke noget legitimationsproblem. Hvis der ikke sker en korrekt afregning fra overdrageren, vil dette være erhververens eget ansvar og derfor skyldneren uvedkommende.

Det kan *konkluderes*, at et egentligt legitimationsproblem, der kan berøre skyldneren, kun foreligger, hvis udformningen skyldes en fejltagelse eller med vilje er udført af overdrageren.

5. Generelt om krav til sikringsakten

Den følgende fremstilling vil falde i to punkter, som har været nævnt indledningsvis foran, og som i øvrigt også er indeholdt i den foreliggende retspraksis og behandlet i områdets teoretiske fremstillinger. Det skal for fuldstændighedens skyld nævnes, at denuntiationen er et påbud, der som sådant binder skyldneren ved sin fremkomst, og at det er ligegyldigt, om afgiveren er overdrageren eller erhververen.

5.1 Den sproglige udformning

Der kan for det første stilles det krav, at det efter gennemlæsning af påkravet efter almindelig bedømmelse må være helt klart for debitor, at der er tale om en overdragelse af fordringen.¹⁴ På dette punkt viser den nævnte praksis, at anvendelse

¹² Se herom *Henry Ussing*, *Obligationsretten almindelig del*, 4. udgave, 1961, s. 224-225.

¹³ Den foreliggende situation ses ikke beskrevet i litteraturen, og der foreligger så vidt vides ikke domstolsafgørelser.

¹⁴ Kravet om klarhed er understreget hos *Andersen og Werlauff*, s. 271, der heri lægger, at meddelelsen ikke må være sløret af andet indhold, *Andersen m.fl.*, s. 208, *Rørדם og Carstensen*, s. 400 og *Clausen*, s. 72.

af ordet »overdragelse« er det sikreste, selv om der ikke er formkrav. Angivelse af, at der foreligger inkasso af fordringen er fundet utilstrækkelig i UfR 1963.214 og 1975.971. Endvidere er det i UfR 1977.636 slået fast, at brugen af udtrykket »overtaget« i forbindelse med et reklamepræg ej heller er tilstrækkeligt. Ligeså er anvendelse af udtrykket »i besiddelse af« samtidig med fremsendelse af en engelsksproget meddelelse i UfR 1979.573 ikke fundet tilstrækkelig klar og tydelig. Afgørelse af om udtrykket »deponeret« er tilstrækkeligt, har været til pådømmelse i to sager, UfR 1981.520 og 1987.915. Medens det i den førstnævnte sag fandtes at være tilstrækkeligt, blev det i den sidstnævnte slået fast, at dette ikke var tilfældet.¹⁵ En henvisning til Gbl. § 31 er hverken nødvendig eller tilstrækkelig, således som det fremgår af UfR 1992.501.

Det skal dernæst for det andet på samme måde være klart for debitor, hvilken fordring meddelelsen vedrører, således at der i tilfælde, hvor der mellem ham og overdrageren er flere fordringer, ikke er tvivl om meddelelsens genstand.

Der kan ikke stilles noget krav om, at der skal vedlægges eller indeholdes en nøjere dokumentation for, at der virkelig er sket en overdragelse. En sådan kan derimod være nødvendig for at skabe legitimation for erhververen. Det må dog slås fast, at de to bestemmelser i gbl. § 29 og § 31 er uafhængige af hinanden, og en meddelelse i henhold til § 29 kan derfor ikke gøre det ud for en denuntiation, selv om skyldneren derved bliver bekendt med, at der er sket en overdragelse.¹⁶

I fortsættelse heraf skal det nævnes, at det ikke er nødvendigt, at det i meddelelsen angives, at betaling med frigørende virkning nu kun kan ske til erhververen. Hvis det alligevel sker, kræves det, at betalingsanmodningen er så præcist udformet, at det fremgår, at der *skal* betales til erhververen, således at der ikke på grund af angivelsen opstår tvivl om, at der foreligger en overdragelse.¹⁷

5.2 Incassobeføjelserne

Denuntiation som sikringsakt ved simple fordringer bygger på den opfattelse, at der ved dennes iagttagelse indtræder en rådighedsberøvelse, således at overdrageren ikke længere kan disponere som kreditor i forhold til fordringens skyldner. Hvis skyldneren kan betale til overdrageren i stedet for til erhververen, vil det alt andet lige være ensbetydende med, at erhververen ikke får de fordele, der er en følge af ejerskabet, medmindre det modtagne bliver videregivet til ham. Hvis dette skulle være tilfældet, er det rimeligt at rejse det spørgsmål, om det overhovedet har været meningen, at der materielt set skulle ske et ejerskifte eller en pantsætning. I benægtende fald bliver det nødvendigt at tage hensyn til overdragerens kreditorer,

¹⁵ Se herom *Andersen og Werlauff*, s. 271, hvor det om den førstnævnte dom fastslås, at den er »ikke holdbar«.

¹⁶ Se herom *Clausen*, s. 72, *Andersen og Werlauff*, s. 273, og *Rørørdam og Carstensen*, s. 401

¹⁷ Se herom *Clausen*, s. 72, *Andersen og Werlauff*, s. 273, og *Rørørdam og Carstensen*, s. 401.

og dette vil kunne ske ved, at det konstateres, at rådighedsberøvelsen ikke er opretholdt.¹⁸

Det er allerede i dommen fra 1956 under 2. omtalt, at det vil være muligt, at lade overdrageren optræde som betalingsmodtager på erhververens vegne under den afgørende forudsætning, at der fra erhververens side føres en så nøje kontrol som omstændighederne måtte udkræve med, at der sker afregning til denne. I dommen UfR 1987.915 fandtes en angivelse af, at indtil videre skulle betaling af ordinære renter og afdrag til overdrageren og ekstraordinære afdrag til erhververen, at være en medvirkende årsag til, at underretningen ikke havde retsvirkning.

Hvis en erhvervende bank faktisk modtager ydelser i henhold til fordringer, men indsætter disse på en bevilget kassekredit til overdrageren, vil der, lige meget om kassekreditten er positiv eller negativ, derved opstå en mulighed for, at overdrageren får rådighed over det indbetalte ved hævnning på kassekreditten. Sådanne situationer må reelt ligestilles med de tilfælde, hvor overdrageren får rådighed over den overdragne fordring helt eller delvis. I TfS 1995.167 havde banken mulighed for at benytte modtagne beløb til andet end indsættelse på overdragerens kassekredit, hvilket var årsagen til, at meddelelsen fik retsvirkning efter sit indhold.

Desværre er der ikke domspraksis herudover, der angiver, hvad en tilstrækkelig kontrol indebærer. Overdrager og erhverver er henvist til efter deres egne forhold at aftale en ordning med forhåbning om, at den i givet fald viser sig tilstrækkelig. Et uomgængeligt krav må det dog være, at ordningen skal være tilstrækkelig sikker, således at den kan forhindre overdrageren i at disponere til egen fordel over de indkomne beløb fra skyldnerne. De teoretiske fremstillinger henholder sig hertil¹⁹

Hvis der foreligger den situation, at skyldneren på trods af en modtagen meddelelse alligevel betaler til overdrageren, vil en sådan *fejlindbetaling* ikke i sig selv give anledning til at statuere, at meddelelsen er uden virkning. Hvis fejltagelsen derimod skyldes, at udformningen af meddelelsen har vildledt skyldneren, kan resultatet let blive et andet.

6. Foreligger der en denuntiation, der har virkning efter sit indhold?

Når det under pkt. 5 beskrevne anvendes på fakturaen, skal det indledningsvis bemærkes, at erhververen er et professionelt finansieringsselskab, som der kan stilles særlig strenge krav til, fordi der må formodes dér at være praktisk indsigt i gbl. § 31's regler. Derfor skal der ved bedømmelsen af fakturaen lægges til grund, at enhver unøjagtighed må trække i retning af, at der foreligger en utilstrækkelig denuntiation.

Meddelelsen fastslår i første sætning, at tilgodehavendet »er overdraget til« finansieringsselskabet. Dette er i overensstemmelse med, hvad der foran blev anset som det sikreste. Derefter følger angivelse af, at der »alene kan ske« betaling med

¹⁸ Se herom Lyngsø, s. 214.

¹⁹ Se Clausen, s. 76-77, Andersen og Werlauff, s. 274, og Lyngsø, s. 214

frigørende virkning til selskabet. Endelig følger angivelse af, at ved forfaldstid »bedes« indbetaling ske til en af to angivne konti. Som tidligere nævnt er betalingsangivelse ikke en nødvendig del af meddelelsen. Det forekommer ikke helt overvejende, at der ved forfaldstid bedes om betaling, medens der tidligere er blevet fremsat et kategorisk krav. Ganske nøjagtigt kan det vel næppe siges at være, når erhververens profession tages i betragtning, men det er rimeligt at konkludere, at dette forhold ikke i sig selv kan medføre meddelelsens manglende virkning.

Vedrørende det vedhæftede giroindbetalingskort med overdragerens navn og kontonummer bliver det nødvendigt at skelne mellem situationer, hvor det har været *hensigten*, at betaling kan ske til overdrageren, og hvor det er en *fejltagelse* eller misforståelse, der ligger til grund.

Foreligger der en *fejltagelse*, er det foran nævnt, at dette ikke i sig selv medfører uvirksomhed. Formentlig kan dette ikke uden videre antages hér. Hvis der, hvad der ikke kan påvises, men er sandsynligt, ikke er tale om et enkeltstående tilfælde, men en generel udformning, kan der spørges, om det ikke falder under de kontrol- og tilsynsforpligtelser, der påhviler en professionel financier, at sikre, at den form, hvori der gives denuntiatio om erhvervede fordringer, er i overensstemmelse med gbl. § 31's krav, hvis vedkommende selskab ønsker en beskyttelse? Hertil kan svares, at det ikke forekommer rimeligt at overlade dette til overdrageren for bagefter, i tilfælde af fejl og forglemmelser af mindre betydende omfang, at kunne henvise til, at dette er foretaget af overdrageren, der i denne henseende er uprofessionel. Dette synspunkt kunne så måske føre til, at den professionelle erhverver på grund af sin uagtsomhed ikke kan påberåbe sig beskyttelse overfor overdragerens omsætningserhververe og kreditorer.

Hvis det har været tilsigtet at give giroindbetalingskortet den nævnte udformning, må det betyde, at der mellem overdrager og erhverver er truffet en aftale om, at overdrageren modtager betaling på erhververens vegne, som der i dette tilfælde i sagens natur ikke vides noget om. Der burde da ved påtegningens udformning være optaget en meddelelse om, at overdrageren ved modtagelse af betaling handler på erhververens vegne. Den konstaterede modsætning mellem det i meddelellespåtegningen angivne om kontonumre og kortets indhold, som reelt betyder, at skyldneren kan betale til hvem han vil, medfører en sådan uklarhed om eksistensen af en overdragelse, at det på baggrund af den strenge praksis om virkningerne af manglende nøjagtighed fra professionelle erhververs side må være rimeligt at fastslå, at sikringsakten er uvirksom.

Det er således konklusionen på overvejelserne om den foreliggende faktura med denuntiationspåtegningen, at denne ikke opfylder de betingelser, som kan opstilles på grundlag af § 31's indhold, og at overdragelsen til erhververen derfor ikke har opnået nogen sikring af sin ret.

Fra autonomi til styring - et blik ind i universitetsforskerens hverdag*

af

Professor Bent Iversen

Der har gennem tiderne stået en ganske særlig aura omkring den, der har kunnet fremvise en af ham selv gjort opfindelse af en ting, som er ny i forhold til de ting, som indtil da har været en del af hverdagen for en større eller mindre del af menneskeheden.

Spektret af personligheder, der har forbavset eller beriget omgivelserne er vidt og rækker lige fra den kendte Ole Opfinder-figur, som er blevet et samtaleemne i det lokale sogn på grund af hans lidt sære opfindelser, som er fostret i en snurrig hjerne, til den, der har gjort en verdensopfindelse, der er epokegørende på grund af sin kompleksitet eller betydning for menneskers hverdag. Imellem disse yderpunkter befinder der sig en uhomogen skare af personer, som har levet et langt liv optændt af en evig drøm om at gøre lige netop den opfindelse, der kunne skabe anerkendelse og berømmelse.

For flertallet af disse opfindere in spe er det blevet ved drømmen; de har slået sig til tåls med, at omgivelserne undertiden blot har rystet på hovedet af deres stædighed og over, at de har kunnet udholde at friste en tilværelse i parcelhusets uopvarmede skunk eller trange køkken, som undertiden har udgjort de fysiske rammer for eksperimenterne, og hvorfra små fremskridt end ikke fandt vej til den lokale avis.

Hvis vores opfinder på denne baggrund mister interessen for som privatperson selv at afholde omkostningerne med at engagere sig i opfindelser og i stedet satser på at gøre opfindelser inden for sit fagområde på den forskningsinstitution, hvor han er ansat, må han se i øjnene, at hans autonome ret til at nyttiggøre opfindelsen ved f.eks. på egen hånd at indgå aftale med andre om udnyttelse af denne, kan blive beskåret.

Hvis han f.eks. er universitetsansat har han nemlig i lighed med en række andre forskere med tilknytning til det offentlige ansættelsessystem fra 1. januar 2000 været underlagt lov nr 347 af 2. juni 1999 om opfindelser ved offentlige forskningsinstitutioner (»forskerpatentloven«). Herved underlægges han en ordning, der indfører det nye moment i hans tilværelse, at han ikke kan være sikker på, at han, hvis han gør en opfindelse, selv kan råde over denne og udnytte den f.eks. ved efter en patentering af opfindelsen at indgå licenskontrakt med virksomheder uden for universitetet og forsøde tilværelsen med de beløb, der udgør løbende afkast fra en sådan kontrakt.

* Baggrunden for valg af emne for denne artikel er, at forfatteren med virkning fra 1. januar 2000 er udpeget som formand for det af Rektor ved Syddansk Universitet nedsatte Patentudvalg, der er nærmere er omtalt i den følgende tekst.

Den nye lov bestemmer nemlig i § 8, stk. 1, jf. § 2, at den forskningsinstitution, hvor han som led i sit arbejde har gjort en opfindelse, har krav på under den nedenfor omtalte procedure at få de til opfindelsen knyttede rettigheder overdraget til sig. Forhandlingsretten vedrørende udnyttelse af opfindelsen overgår i så fald til forskningsinstitutionen, og opfinderen må - hvis sagen sættes på spidsen - tage til efterretning, at hans rolle i den givne sammenhæng kan være minimeret til at være modtager af det eventuelle økonomiske overskud, der er resultatet af andres dispositioner på hans vegne.

Universitetsansatte forskere har indtil udgangen af 1999 været begunstiget af en særlig ordning, når det gjaldt de opfindelser, de gjorde i forbindelse med deres daglige virksomhed på institutionen.

Indtil år 2000 har videnskabeligt personale og lærere ved universiteterne haft den særstilling i forhold til deres kolleger ved andre offentlige institutioner, herunder videnskabeligt personale (og andre ansatte) ved sektorforskningsinstitutionerne og i forhold til andre ansatte ved universiteterne, at de opfindelser, de gjorde i forbindelse med udførelsen af deres arbejde, ikke var omfattet af de almindelige regler, der fulgte - og fortsat følger - af loven om arbejdstageres opfindelser, lovbk. nr. 131 af 18. marts 1986 (LAO).

Hovedsynspunktet i denne lov er, jf. lovens § 5, at retten til opfindelser, der kan patenteres og frembringelser, der kan registreres som brugsmønstre her i landet, jf. § 1, stk. 1, og som en arbejdstager må anses at have realiseret gennem sin tjeneste, på begæring af arbejdsgiveren kan kræves overdraget til denne. Samme ret tilkommer arbejdsgiveren, selv om udnyttelsen af opfindelsen ikke falder inden for virksomhedens arbejdsområde, hvis arbejdstagerens opfindelse angår en nærmere angiven ordre, som virksomheden har stillet ham. Arbejdsgiveren kan inden for en frist af 4 måneder fra det tidspunkt, hvor han i kraft af arbejdstagerens pligtmæssige oplysning herom får oplysning om opfindelsen, tage stilling til, om han ønsker at erhverve retten til opfindelsen, jf. § 7, stk. 1. Inden for denne frist må arbejdstageren ikke uden arbejdsgiverens skriftlige samtykke disponere over opfindelsen eller åbenbare den for andre på en sådan måde, at den kan offentliggøres eller udnyttes for andres regning, jf. § 7, stk. 2.

Den særlige regel for lærere og andet videnskabeligt personale ved universiteter og andre højere læreanstalter fulgte af lovens § 1, stk. 3, og medførte, at denne persongruppe før forskerpatentloven blev ligestillet med bl.a. den ovenfor omtalte Ole Opfinder, der hverken er knyttet til det private arbejdsmarked eller er optaget i den eksklusive kreds af ansatte ved sektorforskningen og derfor efter forgodtbefindende og uden indblanding fra arbejdsgiveren har kunnet udnytte - eller undlade at udnytte - eventuelle økonomiske fordele af egne opfindelser.¹

¹ Opfinderens »modpart« (arbejdsgiveren) benævnes i forskerpatentloven »institutionen«. Herunder falder, jf. lovens § 6, det universitet under Forskningsministeriet, den sektorforskningsinstitution, det offentlige sygehus eller den sundhedsvidenskabelige forskningsinstitution under amtskommunerne eller Hovedstadens Sygehusfællesskab, hvor den pågældende arbejdstager (opfinderen) er ansat.

Forskerpatentloven gælder for opfindelser, der er gjort af en arbejdstager »som led i arbejdet«, jf. § 2.

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget er udtryksmåden »som led i arbejdet« anvendt i erkendelse af, at »megen forskning foregår i de mange ulønnede forskningstimer, der er normalt i mange [universitets]miljøer« - hvilket utvivlsomt er sød læsning for mangan en forhutlet universitetsforsker. Det samme gælder, når det særligt er fremhævet, at videnskabeligt personale ved offentlige forskningsinstitutioner ikke er omfattet af tjenestetidsaftaler og for universiteternes vedkommende - sikkert til ærgrelse for mangan en institutleder - heller ikke er forpligtet af regler om mødepligt og kun i begrænset omfang er underlagt instruktionsbeføjelse, jf. universitetslovens § 7, stk. 3, 2. pkt. Afgørende for institutionens krav på retten til en given opfindelse er, at opfindelsen skal udspringe af et forskningsprojekt, som den ansatte er beskæftiget med *i kraft af sit ansættelsesforhold*. Det er derfor ikke afgørende, på hvilket sted eller på hvilken tid opfindelsen er gjort. *Bevisbyrden* for, om en opfindelse er gjort i eller uden for ansættelsesforholdet, påhviler den, der ønsker at gøre krav på opfindelsen.

Det er uden betydning for anvendelsen af loven, om arbejdstageren er ansat i en fast eller tidsbegrænset stilling.

Som arbejdstagere anses også Ph.D.-studerende, når disse er *ansat* ved den pågældende institution, medens Ph.D.-studerende, der ikke er ansat på institutionen, falder uden for loven, og derfor har den fulde ret til eventuelt gjorte opfindelser. Alle Ph.D.-studerende, der er omfattet af finansministeriets cirkulære af 25. november 1997 om aftale om lønnede Ph.D.-stipendiater, betragtes som ansatte i lovens forstand (»lønnede Ph.D.-stipendiater« i modsætning til Ph.D.-stipendiater med stipendium fastsat med hjemmel i lovgivningen om statens uddannelsesstøtte (»SU-Ph.D.-stipendium«)).

Eksternt ansatte Ph.D.-studerende, f.eks. erhvervsforskerstuderende, falder uden for kredsen af ansatte. Efter forskerpatentlovens § 9 kan institutionen og den pågældendes ansættelsesvirksomhed indgå aftale om retten til opfindelser gjort som led i Ph.D.-forløbet.

Øvrige studerende falder uden for loven. Dog er studerende, der samtidig er ansat på institutionen, omfattet af loven for så vidt angår arbejde udført som led i ansættelsesforholdet. Hvis en opfindelse er gjort i samarbejde mellem studerende uden ansættelse og ansatte ved institutionen, skal rettighederne til opfindelser fastsættes ved en konkret aftale mellem parterne.²

² Gennemførelsen af forskerpatentloven har medført en uhensigtsmæssig *regelkrydsning* i forhold til det princip om offentlighed, der gælder for Ph.D.-afhandlinger. Efter disse regler er *offentliggørelse* af en Ph.D.-afhandling en forudsætning for erhvervelse af den akademiske grad, men et sådant krav vil ikke kunne opfyldes, såfremt institutionen benytter sig af sin ret til med henblik på eventuel senere patentering at overtage en opfindelse, som Ph.D.-stipendiaten har beskrevet i sin afhandling, men som først skal underkastes en nærmere nyhedsundersøgelse, forinden patent kan anmeldes. Se også bemærkningerne nedenfor om patentlovens *nyhedskrav*, § 2, stk. 1, og om *hemmeligholdelseserklæringen* i medfør af forskerpatentlovens § 11, stk. 2.

Ved projekter, der gennemføres i samarbejde med eller helt eller delvis finansieres af en part, der ikke er omfattet af forskerpatentloven, kan institutionen i medfør af den netop nævnte bestemmelse i lovens § 9 på egne og arbejdstagerens vegne ved *forudgående* aftale med den pågældende part helt eller delvis afstå retten til de opfindelser, der fremkommer ved projektet. Bestemmelsen tilsikrer, at private virksomheder gennem aftaler med institutionen forlods kan erhverve retten til opfindelser. Sådanne aftaler vil typisk komme på tale, hvor den eksterne part - som forudsat i lovteksten - bidrager med kapital, men vil også praktisk kunne forekomme, hvis han stiller knowhow eller andre ressourcer til rådighed for projektet. Aftaleretten tilkommer institutionens leder, for universitetets vedkommende dets rektor.

Baggrunden for den nye lov, som finder anvendelse på opfindelser, som den pågældende forsker ikke har gjort institutionen bekendt med inden 1. januar 2000, er ifølge lovens § 1 at sikre, at »forskningsresultater frembragt ved hjælp af offentlige midler nyttiggøres for det danske samfund ved erhvervsmæssig udnyttelse«.

Til gengæld pålægger lovens § 11, stk. 6, den institution, der har fået rettighederne overført til sig, en pligt til aktivt at søge rettighederne nyttiggjort.

Hensigtsmæssigheden (og rimeligheden) af en lov, der til dels sætter opfinderens autonomi ud af kraft, kan vel altid diskuteres - og meningene om den nye lov, der skal ses i sammenhæng med regeringens allerede iværksatte initiativer med etablering af et landsdækkende net af innovationsmiljøer, har da også været delte.³ Tilbage står imidlertid, at der nu er indført en rammelov, der i vidt omfang giver de enkelte institutioner, herunder universiteterne, frihed til at beslutte, hvordan man i lokalt regi vil udforme egne politikker og procedurer for patentering, handel med rettigheder og fordeling af eventuelle licensindtægter mv.

Der er grund til at pege på, at de opfindelser, loven finder anvendelse på, er begrænset til sådanne opfindelser eller frembringelser, der vil kunne *patenteres efter patentloven* eller registreres som *brugsmodeller efter brugsmodelloven*, jf. lovens § 3. Uden for loven falder derfor f.eks. *ophavsretten* til et litterært eller kunstnerisk værk, idet denne ret er omfattet af ophavsretsloven og ikke af den nye lov.

Patentretten og brugsmodellen hører til kredsen af *immaterielle rettigheder*, dvs. rettigheder, der ikke er forbundet med de færdige resultater, der kommer ud af opfindelsen, f.eks. de produkter, der er frembragt under anvendelse af en særlig maskine, som er patenteret, eller er frembragt under anvendelse af en særskilt patenteret metode. Retten til en immateriel rettighed refererer til det *idégrundlag*, der ligger bag frembringelsen af produkterne under anvendelse f.eks. af den nævnte maskine eller metode. Herved er det samtidig tilkendegivet, at det særkende, der ligger bag patentretten og brugsmodellen (lovbestemte enerettigheder), er retten til at kunne *forbyde* visse handlinger, der går ud på at benytte det idégrundlag, som er

³ Med gennemførelsen af loven er der skabt harmonisering med retstilstanden i bl.a. Storbritannien, Frankrig, Holland og USA, hvor universitetsforskere længe har haft samme retsstilling som andre arbejdstagere, hvorimod retstilstanden i de øvrige nordiske lande samt i Tyskland er mere nuanceret, idet der flere steder er eksempler på, at forholdene udelukkende reguleres af lokale aftaler.

udtrykt i den immaterielle rettighed. Dette idégrundlag kan rettighedshaveren benytte - principielt i det uendelige - eller han kan undlade at benytte idéen og derved hindre, at andre gør brug af den.

Det er patenteringen, dvs. registreringen af patentet (brugsmodellen), der *skaber* retten og derved skaber noget, der ved en licenskontrakt kan overføres til en licenstag, eller - hvis patentretten ikke gøres til genstand for omsætning - bevirker, at patenthaveren kan forbyde andre at gøre brug af opfindelsen. Andre steder i systemet kendes også rettighedsregistrering, f.eks. tinglysningssystemet; her er der imidlertid tale om at *beskytte* en ret, der er stiftet på anden vis, typisk ved aftale eller kreditorforfølgning.

Patentet:

Ved fastlæggelsen af, hvad der skal forstås ved en *patenterbar opfindelse*, yder patentloven (lovbk. nr. 926 af 22. september 2000) og - navnlig - den administrative praksis ved Patent- og Varemærkestyrelsen (tidligere Patentdirektoratet) en væsentlig støtte. Derimod er egentlige retsafgørelser om forståelsen af patentkrav mv. forholdsvis sjældne, hvilket dog ikke skal tages som udtryk for, at tvister herom er sjældent forekommende. Forklaringen må søges i, at patentstridigheder ofte afgøres ved forhandling mellem de berørte parter.⁴

Patentloven giver ikke nogen egentlig definition af, hvad en opfindelse er, men rummer i § 1, stk. 1, et krav om, at opfindelsen - for at kunne patenteres - skal kunne *udnyttes industrielt*, dvs. at opfindelsen skal have *teknisk karakter*, ligesom loven i konsekvens heraf giver en række eksempler på, hvad en opfindelse *ikke* kan være. Herunder falder bl.a. *opdagelser, videnskabelige teorier og matematiske metoder og kunstneriske frembringelser*.⁵ Uden for den tekniske emneverden falder endvidere blotte *anvisninger til den menneskelige ånd*, herunder bl.a. *undervisningsmetoder, edb-programmer* mv.⁶

⁴ Undertiden pågår der dog retssager, som vækker opsigt og bekymring i den globale patentverden. Dette er bl.a. tilfældet med en verserende retssag, som en række medicinalsekskaber, herunder danske Novo Nordisk og Lundbeck, har anlagt mod den sydafrikanske regering i anledning af, at denne angiveligt skulle have tilladt parallelimport af ulovligt producerede kopipræparater samt produktion af patenterede medicinske præparater. Dette til trods for, at Sydafrika som deltager i WTO er forpligtet af de såkaldte TRIPS-regler (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) (fra 1995), der binder medlemmerne til at respektere internationale, vigtige regler om immaterialrettigheder.

⁵ Ved en opfindelse bliver omverdenen konfronteret med noget *konstruktivt*, hvorimod *opdagelser* udtrykker noget *konstaterende*. Der er ved opdagelser tale om noget, der allerede forekommer i naturen, men som blot ikke hidtil har været kendt eller beskrevet.

⁶ Navnlig spørgsmålet om den eventuelle patentering af *software-programmer* har givet anledning til tvivl, idet der bl.a. i USA i vidt omfang er tilladt udtaget patent på sådanne programmer. Der har dog været fremsat forslag om ændring af artikel 52 i Den Europæiske Patentkonvention (omtalt nedenfor). Art. 52 udelukker efter sin formulering patentering af software »as such«, men bestemmelsen er i den seneste halve snes år blevet betydeligt udhulet i praksis, jf. bl.a. at Realkredit Danmark har opnået europæisk patent på forretningskonceptet Flex-lån®.

Herudover er der grund til at fremhæve, at opfindelsesbegrebet ikke omfatter *fremgangsmåder* til kirurgisk eller terapeutisk behandling eller til diagnosticering, som anvendes på mennesker eller dyr, jf. patentlovens § 1, stk. 3.⁷ Biologisk materiale, dvs. materiale, som indeholder genetisk information, og som kan reproducere sig selv eller kan reproduceres i et biologisk system, kan udgøre en opfindelse, når det er isoleret fra sit naturlige miljø eller er frembragt ved en teknisk fremgangsmåde, jf. § 1, stk. 6.

Bestemmelsen i § 1a., hvorefter det menneskelige legeme på alle de forskellige stadier af dets opståen og udvikling og den blotte opdagelse af en del af det, ikke kan udgøre patenterbare opfindelser, er indført i loven i 2000 på baggrund af den debat om de menneskelige *gener*, som er ført i den nyeste tid.⁸ Af særlig betydning for den genteknologiske forskning er dog bestemmelsen i § 1a. stk. 2, hvorefter patent på et gen eller en del af et gen kan opnås, når genet er isoleret fra, dvs. er uden for det menneskelige legeme.

Mindst lige så vigtig som betingelsen om, at patentbarheden af en opfindelse skal referere sig til dennes tekniske karakter, er kravene i patentlovens § 2, stk. 1, hvorefter en opfindelse for at kunne registreres som patent skal være *ny* i forhold til, hvad der var kendt, forinden ansøgningen om patent blev indgivet, og at den tillige skal *adskille sig væsentligt* fra det hidtil kendte. Det vil navnlig være disse krav om henholdsvis *nyhedsværdi* og *opfindelseshøjde*, der udgør den praktiske hurdle for registrering.

Kravet om nyhedsværdi indebærer, jf. § 2, stk. 2, at alt, hvad der er blevet almindeligt kendt gennem skrift, foredrag eller udnyttelse vil være diskvalificerende for nyhedskravet.⁹ Kravet er objektivi (og globalt), idet det bl.a. er uafhængigt af opfinderens egen indsigt i den eksisterende teknik.¹⁰ Betingelsen om opfindelseshøj

Udviklingen i retning af at tillade patentering af software på trods af patentlovens negative stilling hertil heraf skyldes måske den indvending, at det ikke er hensigtsmæssigt at sondre mellem software med og uden teknisk effekt, idet der er tale om et program, som skal anvendes i en computer, og at der under alle omstændigheder ved placering i en computer udløses visse virkninger.

⁷ Derimod kan *genstande*, f.eks. operationsinstrumenter, som er beregnet til brug ved sådanne fremgangsmåder, opfylde opfindelseskravet og - når øvrige betingelser herfor er opfyldt - kunne være patenterbare.

⁸ Forbudet i § 1a. stk. 1, mod patentering er selvsagt ikke af ny dato, men blev tidligere indfortolket i det fortsat gældende forbud mod patentering af opfindelser, hvis udnyttelse ville stride mod sædelighed eller offentlig orden, jf. nu. § 1b. stk. 1.

⁹ På denne baggrund er der i forskerpatentlovens § 11, stk. 2, givet den institution, der overvejer, om den i medfør af § 8, stk. 1, vil kræve en opfindelse overdraget, adgang til at pålægge arbejdstageren ikke at offentliggøre eller disponere over en opfindelse i op til 2 måneder fra modtagelsen af underretningen om opfindelsen.

¹⁰ Se bl.a. højesteretsafgørelsen UFR 1983.131, hvorefter den omstændighed, at den ved fremstillingen af et lægemiddel beskrevne fremgangsmåde i forvejen var gengivet i litteraturen, var én af flere samvirkende årsager til, at patent ikke kunne meddeles. Se også det hos *Mogens*

de indebærer, at opfindelser for at kunne patenteres skal adskille sig væsentligt fra, hvad der tidligere var kendt. Opfindelsen, således som den er nærmere beskrevet i patentansøgningen og de til denne hørende *patentkrav* (»definitionen« af de væsentlige træk ved opfindelsen, jf. patentlovens § 8 og § 39), må ikke fremstå som nærliggende for en fagmand inden for det område, opfindelsen refererer sig til. Dokumentation for opfindeshøjde vil navnlig kunne skabe problemer for opfindelser, der angives at rumme *forbedringer* af en eksisterende teknik.¹¹

De anførte bemærkninger om patentbarhed mv. yder på grund af deres kortfattede ikke immaterialrettens flagskib, patentretten som juridisk disciplin, fuld retfærdighed. Dertil er denne disciplin for omfattende og for kompliceret. Bemærkningerne er alene medtaget for at fremhæve den begrænsning i forskerpatentlovens saglige virkeområde, der følger af lovens § 3, hvorefter loven som nævnt kun rammer opfindelser, der kan patenteres efter patentloven, samt de nedenfor omtalte brugsmodeller, der kan registreres efter brugsmodelloven.

Der er dog grund til afslutningsvis at rette den udbredte misforståelse, at der i *kraft af en enkelt registrering* skulle kunne opnås en *global* beskyttelse af opfindelsen. Et »verdenspatent« i denne forstand er endnu ikke udviklet.

Patentansøgeren, f.eks. en dansk virksomhed, kan indgive sin patentansøgning til den danske Patent- og Varemærkestyrelse, der - såfremt ansøgningen imødekommes - kan udstede patent, der giver ansøgeren eneret i Danmark. I så fald er der tale om et *nationalt* patent.

På den anden side er der ikke noget i vejen for, at en patentansøgning kan *designere* en række lande, hvor beskyttelsen efter særskilt registrering kan indtræde.

En dansker, der søger patent i fremmede lande, har krav på national behandling af en ansøgning i disse lande, såfremt disse lande - som Danmark - er tilsluttet Pariserkonventionen om beskyttelse af industriel ejendomsret fra 1883.

En dansk eller udenlandsk ansøger kan imidlertid også gå frem efter reglerne om *international patentansøgning*, hvorved, jf. patentlovens § 28, stk. 1, forstås en ansøgning i henhold til den såkaldte *Patent Cooperation Treaty* (PCT), som

Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret (1996) s. 214, nævnte eksempel, hvorefter bl.a. en teknisk udredning på japansk, publiceret i en japansk provinsavis, vil være nyhedsskadelig i Danmark (!).

¹¹ Svarende til *nyhedsværdi, opfindeshøjde mv.* gælder der også for andre enerettigheder visse kvalitative krav. F.eks. ville der ikke eksistere noget *varemærkeretligt* system, hvis der ikke - jf. varemærkelovens §§ 1 og 2 om »særlige kendetegn.....der er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders« - blev stillet et krav om *særpræg* som betingelse for at få et varemærke registreret. Samtidig skal et særprægskrav opfylde det formål at hindre, at en enkelt erhvervsdrivende frem for andre bemægtiger sig brugen af sprogets og tilværelsens almindelige ord og vendinger. Noget andet er, at ganske almindelige ord og vendinger ved praktisk brug kan få en overført betydning (*secondary meaning*). Et klassisk eksempel er betegnelsen »4711«, der dækker over en særlig parfume, men som oprindeligt blot var et nummer i et varekatalog.

Danmark tilsluttede sig ved ratifikation i 1978.¹² En international patentansøgning indgives til en patentmyndighed eller international organisation, som i henhold til traktaten er berettiget til at modtage en sådan ansøgning, jf. § 28, stk. 2. I Danmark er Patent- og Varemærkestyrelsen modtagende myndighed. Samtidig med ansøgningen designeres de konventionsstater, i hvilke ansøgeren måtte ønske patent. Hvis en international ansøgning, der er indleveret i en af de kontraherende stater, designerer f.eks. Danmark, skal ansøgningen først underkastes enten en international nyhedsundersøgelse og forberedende patenterbarhedsprøvning eller blot international nyhedsundersøgelse, inden ansøgeren får behov for at tage stilling til, om ansøgningen ønskes videreført for Danmark. Tidsfristen er i de to situationer henholdsvis 20 måneder og 20 måneder regnet fra indleveringen af den internationale ansøgning, jf. patentlovens § 31, stk. 1 og 2.

En international patentansøgning, for hvilken den modtagende myndighed har fastsat en international indleveringsdag, har samme virkning som en her i landet den pågældende dag indleveret patentansøgning, jf. § 29, hvorved der bl.a. - når ansøgningen videreføres i henhold til § 31 - kan opnås nyhedshindrende virkning i forhold til senere indleverede ansøgninger, smh. de foregående bemærkninger til patentlovens § 2. Ønsker ansøgeren derfor på denne baggrund at videreføre en international ansøgning for Danmark, skal han inden for en nærmere angiven frist indlevere en oversættelse til dansk af den internationale ansøgning, jf. patentlovens § 31, stk. 1, og efter videreførelsen vil ansøgningen i alt væsentligt blive behandlet *efter de samme regler, som i henhold til patentloven gælder for danske ansøgninger*, jf. patentlovens § 33. Fordelen ved anvendelsen af PCT-systemet - ud over den, der følger af § 29 om fastlæggelse af indleveringsdag - består navnlig i, at en række formaliteter undgås, hvis flere lande er designeret, ligesom man ved en PCT-ansøgning opnår en udskydelse af de ofte store omkostninger, der er forbundet med at have en række nationale ansøgninger under behandling.

Et patent kan ligeledes opnås ved indlevering af ansøgning til *Den Europæiske Patentmyndighed*, EPO, der færdigbehandler ansøgningen og herunder bl.a. tager stilling til, om opfindelsen opfylder betingelserne med hensyn til patenterbarhed, nyhed og opfindelseshøjde.

Reglerne om det europæiske patent hviler på *Den europæiske Patentkonvention*, EPK, der blev vedtaget i München i 1973. Danmark gik med i det europæiske samarbejde i 1990. Den danske patentlovgivning er i hovedsagen udformet i overensstemmelse med de materielle regler i EPK, hvilket er baggrunden for, at patentloven om dette patent alene indeholder regler om indlevering, oversættelse, offentliggørelse, betaling af gebyrer, tilbagekaldelse af ansøgninger mv. (patentlovens §§ 75-90). Når patent er meddelt, hvilket sker, når EPO har bekendtgjort sin afgørelse herom, smh. patentlovens § 76, gælder patentet i hvert af de lande, som ansøgeren har udpeget (designeret), se dog § 77 om oversættelse og publicering. Et europæisk patent kan meddeles for alle de kontraherende stater (p.t. samtlige EU-medlemsstater, Schweiz, Lichtenstein, Monaco og Cypern), for flere af disse eller

¹² PCT-konventionen er tiltrådt af de vigtigste af de industrialiserede lande.

blot for en af dem. Det europæiske patent giver fra dagen for offentliggørelsen af meddelelsen om dets udstedelse i enhver kontraherende stat, for hvilken det er udstedt, indehaveren de samme rettigheder, som et i den pågældende stat meddelt nationalt patent ville give. Uanset den ændrede udstedelseskompetence er det dog vigtigt at mærke sig, at der altid vil være tale om patenter, der er underkastet national (dansk) patentlovgivning. EPK har relation til *patentudstedelsen* (den formelle patentret) ikke til patenternes retsvirkning (den materielle patentret). EPO-praksis, der angår bl.a. patenterbarheden af en opfindelse mv., vil imidlertid være normgivende for den nationale praksis vedrørende patentudstedelsen, idet det siden 1. januar 1990 har været reglen, at EPO's praksis finder direkte anvendelse i dansk ret.¹³

Den europæiske Patentkonvention har sammenhæng med *Fællesskabets Patentkonvention* EF-PK, der bygger på en i Luxembourg i 1989 indgået aftale om EF-patenter. Medens Den europæiske Patentkonvention som nævnt regulerer patentudstedelsen på grundlag af en fælles ansøgning, tilsigter Fællesskabets Patentkonvention at regulere patentet efter udstedelsen. Folketinget besluttede i 1992 at tillade dansk ratifikation af EF-PK, der dog først træder i kraft, når (hvis) samtlige EU-medlemsstater har ratificeret konventionen.

Brugsmodellen:

En *brugsmodel* repræsenterer en »mindre opfindelse«, som ikke har en sådan opfindeshøjde, at retten hertil kan patenteres. Den typiske brugsmodel udgør en *løsning på et teknisk problem* og materialiserer sig i eksempelvis mekaniske indretninger, apparater, værktøj mv., hvorimod der indtil videre ikke kan registreres brugsmodelbeskyttelse for fremgangsmåder, medmindre de knytter sig til produkter og apparater.

Den herom gældende lovgivning, nu lovbkg. nr. 906 af 9. juni 1998, har et anvendelsesområde, der stort set svarer til patentet, herunder de regler, der i medfør af patentlovens § 3, stk. 1-3, § 4 og § 5 gælder om enerettens indhold, for benyttelse og udnyttelse.

For at kunne registreres som brugsmodel skal opfindelsen (frembringelsen) være ny i forhold til, hvad der var kendt forud for indlevering af ansøgning om registrering, og den skal »tydeligt adskille sig« derfra, jf. § 3, stk. 1, smh. heroverfor patentlovens § 2, stk. 1, om det noget strengere krav om opfindeshøjde som forudsætning for, at en opfindelse kan registreres som patent. Som en yderligere forskel i forhold til patentet gælder, at brugsmodelbeskyttelsen indtræder ved registreringen uden forudgående prøvelse, hvorfor det af patentmyndigheden udstedte brugsmodelcertifikat - i modsætning til patentskriftet - ikke rummer nogen garanti for, at opfindelsen er uangribelig under en eventuel retssag. Brugsmodelregistreringen gælder i 3 år fra den dag, da ansøgning om registrering blev indleveret og kan fornys for yderligere to perioder af henholdsvis 3 og 4 år, således at beskyttelsesperioden udgør maksimalt 10 år, jf. brugsmodellovens § 28, stk. 1.

¹³ Smh. bemærkningerne foran i note 6 om patentering af software og forretningskoncepter.

Hovedbudskaberne i forskerpatentloven findes i lovens §§ 7 og 8.

Det følger - lidt demagogisk - af det første led i § 7, at retten til opfindelser, der er gjort af en arbejdstager ved en institution tilkommer arbejdstageren. Det følger dog allerede af slutningsbestemmelsen i § 7, at loven indeholder *begrænsninger* i dette udgangspunkt. Og i umiddelbar forlængelse af § 7 får vi at vide, hvad der er lovens sande væsen, dvs. det omdrejningspunkt, som de øvrige bestemmelser knytter sig til. § 8, stk. 1, bestemmer nemlig, at institutionen har krav på at få de til en opfindelse knyttede rettigheder overdraget til sig, når der foreligger en opfindelse, som en arbejdstager har gjort som led i sit arbejde for institutionen.¹⁴

Den underretningspligt, der påhviler en arbejdstageren, når han har gjort en opfindelse, der er omfattet af forskerpatentloven, går ifølge lovens § 10, stk. 1, ud på, at han »uden ugrundet ophold« skal underrette institutionen herom.

Kravene til arbejdstageren skal forstås i overensstemmelse med lovens § 3, stk. 1, og patentlovens § 8 og brugsmodellovens § 7. Der ligger heri, at arbejdstageren skal vide eller burde vide, at retten til opfindelsen kan patenteres eller registreres som brugsmodel. En sådan erkendelse kommer næppe i almindelighed fra den ene dag til den anden, men fremstår vel i almindelighed som resultatet af længere tids modningsproces. Arbejdstageren må have tid til at gøre sine overvejelser færdig, ligesom han må have tid til at beskrive opfindelsen og overveje, hvilke patentkrav, han vil stille, jf. patentlovens § 8. Hvis arbejdstageren har særlige forslag til udnyttelse af rettighederne, kan dette passende tilkendegives i underretningen til institutionen.¹⁵

Forbudet i forskerpatentlovens § 10, stk. 3, mod, at arbejdstageren offentliggør eller disponerer over en opfindelse, før institutionen skriftligt har bekræftet modtagelsen af underretningen efter § 10, stk. 1, skal ses i sammenhæng med, at nyhedskravet, jf. ovenfor om patentlovens § 2, stk. 1, og brugsmodellovens § 3, skal være opfyldt, såfremt institutionen beslutter sig for på et senere tidspunkt at søge opfindelsen patenteret eller registreret som brugsmodel. I forlængelse heraf følger det af § 11, stk. 2, at institutionen samtidig med sin bekræftelse efter § 10, stk. 3, kan pålægge arbejdstageren den samme forpligtelse i op til 2 måneder fra modtagelsen af underretningen. En forlængelse af fristen, der vil kunne blive aktuel, hvis en vurdering af opfindelsen forudsætter en ekspertise, som må rekvireres uden for

¹⁴ § 7 har dog den lovgivningstekniske betydning at betone, at retten til opfindelsen »forbliver« hos forskeren, hvis institutionen ikke vil gøre brug af sine rettigheder ved f.eks. at erklære, at den ikke ønsker at erhverve rettighederne eller ved at undlade inden for de nærmere i § 11 fastsatte frister at meddele forskeren, hvorledes den agter at forholde sig, smh. § 11, stk. 5.

¹⁵ Det er patentansøgningen *verbale beskrivelse* med eventuelle tilhørende tegninger af den pågældende opfindelse, der er afgørende. Hovedsynspunktet er, at der sker en beskrivelse af opfindelsen og dennes egnethed til på en hensigtsmæssig måde at løse et teknisk problem. Der må end ikke afleveres ikke fysiske modeller. Undtagelse herfra gøres dog ved ansøgninger om patent på mikrobiologiske fremgangsmåder eller produkter, idet der i disse tilfælde sker en *deponering af mikroorganismerne*, jf. patentlovens § 8, stk. 2, jf. § 8a.

institutionens normale kreds af rådgivere og samarbejdspartnere, kan ske efter aftale med arbejdstageren, jf. § 11, stk. 3.¹⁶

Hemmeligholdelsespligten ophører og et eventuelt påbud herom bør derfor ophæves, så snart en offentliggørelse vurderes at være uden skadevirkning, hvilket i forhold til nyhedskravet sker ved indgivelse af patentansøgningen eller ansøgningen om registrering af brugsmodel, jf. henholdsvis patentlovens § 2, stk. 1, og brugsmodellovens § 3, stk. 1, der begge bygger på det såkaldte *first to file-princip*. I modsætning hertil gælder i enkelte lande, herunder i USA, det såkaldte *first to invent-princip*, hvorefter retten tilkommer den første opfinder.¹⁷

Da ansøgninger ikke offentliggøres, og indholdet af disse derfor ikke er umiddelbart tilgængeligt, kan en ansøger komme ud for, at der tidligere er indgivet ansøgning om patent på samme opfindelse. På denne baggrund bestemmer patentlovens § 2, stk. 2, 2. pkt., jf. § 6, at den (indtil 12 måneder tidligere) indgivne ansøgning kan blive nyhedsskadelig for den senere indgivne, såfremt akterne i sagen holdes tilgængelige for enhver, inden der er forløbet 18 måneder fra ansøgningdagen, jf. § 22, stk. 2. Se også brugsmodellovens § 3, stk. 2, 2. pkt., jf. § 5, om den tilsvarende regel for brugsmodeller.¹⁸

Inden for den nævnte 2-måneders frist (eventuelt forlænget i medfør af § 11, stk. 3) påhviler det efter forskerpatentlovens § 11, stk. 1, institutionen at »få foretaget« en vurdering af muligheden for at udnytte opfindelsen erhvervsmæssigt og for at beskytte de til opfindelsen knyttede rettigheder. Bestemmelsen forudsætter endvidere, at der inden for de samme tidsmæssige rammer sker en drøftelse med arbejdstageren om, hvorledes rettighederne til opfindelsen kan udnyttes.

Den enkelte institution skal for at leve op til forskerpatentlovens krav etablere et *internt administrativt beredskab*, ligesom den skal indrette sine procedurer til at gøre

¹⁶ Det vil ikke i almindelighed indebære et brud på hemmeligholdeserklæringen, at der sideløbende med den indledende behandling af opfindelsen indsendes f.eks. et manuskript til fortrolig bedømmelse hos en tidsskriftsredaktion eller conferencearrangør. Der vil som oftest gå flere måneder fra indsendelse til publicering, hvorved den mellemliggende periode kan benyttes til vurdering af opfindelsen og eventuel indgivelse af en prioritetskabende patentansøgning. Påbud om hemmeligholdelse af en opfindelse behøver derfor ikke at medføre nogen forsinkelse af publiceringen.

¹⁷ En vis afsvækkelse af prioritetsprincippet er dog sket ved patentlovens § 4, der rummer den såkaldte *forbenyttelsesret*, der beskytter den, som, da patentansøgningen blev indleveret her i landet, erhvervsmæssigt udnyttede opfindelsen. Uanset et meddelt patent kan den pågældende fortsætte udnyttelsen med bibeholdelse af dennes almindelige karakter, såfremt udnyttelsen ikke udgør et åbenbart misbrug i forhold til ansøgeren eller nogen, fra hvem hans ret hidrører. Beviskravene for at statuere forbenyttelse er dog vanskelige at overvinde, jf. f.eks. UfR 1964.628 HD, der - uanset at der forelå erklæring herom underskrevet af 6 personer - ikke fandt forbenyttelse af en særlig indretning til et tærskelværk godtgjort.

¹⁸ Princippet om *konventionsprioritet* i patentlovens § 6 og brugsmodellovens § 5 kan også blive aktuelt i forbindelse med indgivelse af ansøgning om patent eller brugsmodelbeskyttelse i flere lande. Se også bemærkningerne foran om international patentansøgning og ansøgning om europæisk patent.

brug af eksterne *konsulenter og rådgivere* med særlig teknisk, juridisk eller markeds-mæssig ekspertise. Institutionens indsats vil navnlig være knyttet til varetagelse af følgende funktioner:

- Registrering af indberettede opfindelser
- Forundersøgelser af opfindelsens erhvervs-mæssige perspektiver
- Nyhedsundersøgelser i relation til eventuel patent
- Udarbejdelse og indgivelse af ansøgning om patent- eller brugsmodelbeskyttelse (hvor der ikke i udgangspunktet forefindes en erhvervspartner)
- Licensformidling, herunder identifikation af mulige virksomhedspartnere samt udarbejdelse af salgs- og licensaftaler
- Afregning af vederlag mellem institution og ansatte.

Det er ikke intentionen med forskerpatentloven, at offentlige forskningsinstitutioner på egen hånd skal drive erhvervsvirksomhed eller opbygge en større egen portefølje af patenter, brugsmodeller mv. Formålet er at øge den erhvervs-mæssige udnyttelse af forskningsbaserede opfindelser gennem licensgivning eller salg af rettighederne til partnere i erhvervslivet, der kan forestå det videre arbejde med eventuel patentering.

I forarbejderne til loven er det lagt til grund, at de enkelte institutioner kun i meget begrænset omfang vil have mulighed (eller behov) for internt at opbygge en teknisk, juridisk og markeds-mæssig ekspertise til på egen hånd at forestå arbejdet med vurdering, licensformidling og eventuel patentering af de anmeldte opfindelser. En sådan ekspertise skal i vid udstrækning rekvireres *ekstern* gennem et formaliseret samarbejde med private patentbureauer (patentagenter), de tidligere omtalte innovationsmiljøer m.fl.¹⁹

Tyngdepunktet i institutionens arbejde ligger derfor i *første omgang* i at få afgjort, om opfindelsen skal overdrages til institutionen efter lovens § 8, eller om arbejdstageren skal bevare retten til opfindelsen efter § 7- *der næst*, hvis mulighederne skønnes at være til stede at søge opfindelsen nyttiggjort ved eksempelvis - med eller uden patentering af opfindelsen - at indgå licenskontrakter mv. med opfindelsen som genstand, jf. lovens § 11, stk. 6, hvorefter institutionen, når den har fået en opfindelse overdraget med henblik på erhvervs-mæssig nyttiggørelse, har en pligt til aktivt at søge rettighederne nyttiggjort.

Navnlig proceduren i forbindelse med eventuel koncipering af licenskontrakt kræver omhu og betydelig indsigt i tilgrænsende retsforhold, herunder bl.a. national og international konkurrenceret, idet en mulig licenstagere oftest ønsker at være helt sikker på, at han som den eneste får adgang til at udnytte den patenterede opfindelse

¹⁹ Til støtte for institutionernes rekvirering af sådanne ydelser er der på finansloven for 1999 afsat i alt 58 mio. kr. for perioden 1999-2002. Efter udløbet af denne periode forudsættes institutionernes indtægter og udgifter ved omsætning af rettigheder at balancere, og i forarbejderne til loven er der udtrykt et fromt håb om, at der herefter ikke vil blive behov for yderligere statslig finansiering.

(eksklusivlicens) og herved risikerer at blive part i et retsforhold, der berøres af reglerne om parallelimport, varenes fri bevægelighed og lignende.²⁰

Hvis retten til en opfindelse overdraget til institutionen efter § 8 udnyttes erhvervsmæssigt, har den arbejdstager, der har gjort opfindelsen, krav på et rimeligt vederlag fra institutionen, jf. § 12, stk. 1.

Forskerpatentloven definerer ikke én given model for vederlagets fordeling, men standardfordelingen ved de forskellige institutioner - en fordeling, som også er godkendt for Syddansk Universitet, jf. § 12, stk. 3 - er den såkaldte tredjedelsregel, som går ud på, at institutionen af indkomne indtægter først får dækket alle eksterne udgifter, dvs. f.eks. udgifter til nyhedsvurdering, vederlag til eksterne samarbejdspartnere, anmeldelse af patent mv., hvorefter nettoindtægterne fordeles med 1/3 til universitetet, 1/3 til opfinderens institut samt 1/3 til opfinderen(erne).²¹

Det følger af § 12, stk. 1, at der med »rimeligt vederlag« sigtes til et vederlag, der rækker ud over den betaling, der kan siges at være indeholdt i den almindelige løn, som den ansatte opfinder oppebærer.

Udtryksmåden »rimeligt vederlag« genfindes i § 12, stk. 2, der for så vidt angår tilfælde, hvor opfindelsen ikke er forlangt overdraget til institutionen og derfor udnyttes erhvervsmæssigt af opfinderen selv, giver institutionen ret til et sådant vederlag. Vederlaget skal efter bestemmelsen tilfalde institutionen som kompensation for, at en erhvervsmæssig udnyttelse af opfindelsen har baggrund i, at opfindelsen er gjort under anvendelse af institutionens ressourcer.²² Ved fastsættelse af fordelingen af eventuelle indtægter ved nyttiggørelse af opfindelsen er det ifølge forarbejderne til loven forudsat, at der ved den - politisk bestemte - udformning af

²⁰ Til varetagelse af de indledende skridt i en patent- eller brugsmodelsag har Syddansk Universitet nedsat et Patentudvalg, hvis sammensætning afspejler repræsentation fra samtlige universitetets fakulteter. Udvalget er modtagende instans, er registrant for anmeldte opfindelser, indkalder opfinderne og andre interesserede til fastlæggelse af strategien for den enkelte opfindelse og drager bl.a. omsorg for, at opfindelsen videresendes til nyhedsvurdering og eventuel patentering og anmeldelse som brugsmodel mv. På senere stadier af sagen skal udvalget tage stilling til eventuel nyttiggørelse af opfindelsen i form af eventuelt salg af patent eller brugsmodel, indgåelse af licenskontrakter mv. Udvalget yder endvidere juridisk og teknisk rådgivning - for det sidstnævnte områdes vedkommende sædvanligvis efter indhentede udtalelser fra eksterne samarbejdspartnere, herunder patentbureauer, forskerparker m.fl. Udvalget er begunstiget af, at dets sekretær i kraft af sin mangeårige varetagelse af administrative funktioner på universitetet har et indgående kendskab til universitetets potentielle opfindere, ligesom han har været aktiv deltager i arbejdet med implementering af forskerpatentloven.

²¹ For Syddansk Universitet kan Rektor dog også efter indstilling fra Patentudvalget bestemme, at den normale fordelingsnøgle skal fraviges, således at universitetet modtager 2/3 af bruttoindtægterne og opfinderen(erne) 1/3 af bruttoindtægterne. Når universitetets eksterne udgifter er betalt, fordeles indtægterne herefter i overensstemmelse med den normale fordelingsnøgle (tredjedelsreglen).

²² Ved Syddansk Universitet sker fordelingen på den måde, at opfinderen(erne) først får dækket alle eksterne udgifter, hvorefter nettoindtægterne fordeles med 85 % til opfinderen(erne) og 15 % til universitetet. I det omfang universitetet har afholdt eksterne udgifter, dækkes disse på lige fod med opfindernes eksterne udgifter.

beregningsmodellen i henhold til § 12, stk. 2, tilstræbes at fastholde et klart økonomisk incitament for forskningsbaserede iværksættere og andre, der på egen hånd ønsker at nyttiggøre egne opfindelser erhvervsmæssigt. Der skal således - stadig ifølge forarbejderne - tages hensyn til det vederlag, som opfinderen alternativt ville opnå efter § 12, stk. 1, ved institutionens egen udnyttelse af opfindelsen. Arbejdstageren forudsættes på denne måde at kunne opnå en reduceret pris for rettighederne i forhold til udenforstående tilbudsgivere, idet det samtidig er forudsat, at afregning af vederlag til institutionen kan afdrages over en flerårig periode.

Både efter § 12, stk. 1, og efter § 12, stk. 2, er det en betingelse, at kravet om vederlag kun kan rejses, såfremt den erhvervsmæssige udnyttelse af opfindelsen har genereret indtægter, der overstiger de afholdte udgifter.

Hvis opfindelsen under de i § 12, stk. 2, nævnte omstændigheder er gjort af flere i forening, beror det på en aftale mellem opfinderne, hvorledes fordeling mellem dem skal ske. I mangel af enighed herom kan institutionen - med respekt af fristreglen i § 11, stk. 4 - overtage rettighederne efter den almindelige regel i lovens § 8, stk. 2, og efterfølgende overdrage rettighederne til »tredjemand«, herunder én eller flere af opfinderne, jf. § 14, stk. 1. Vederlæggelse af de øvrige parter sker herefter i overensstemmelse med § 12, stk. 1.

Afslutningsvis skal der knyttes et par bemærkninger til forskerpatentlovens § 16, der i stk. 1 bemyndiger institutionens ledelse til at udøve dispositionsretten over den eventuelle indtjening, der måtte opnås som følge af institutionens udnyttelse af rettighederne til opfindelser.

Ifølge bestemmelsen kan indtjeningen anvendes til aktiviteter inden for institutionens formål, idet det dog ifølge bemærkningerne til loven er en betingelse, at institutionen overholder bevillingsforudsætninger og disponeringsregler og varetager de opgaver, hvortil bevillingerne er givet, dvs. undervisningsvirksomhed, forskningsvirksomhed og andre opgaver, som er henlagt til institutionen.

I forlængelse heraf bestemmer § 16, stk. 2, imidlertid, at institutionen kan oppebære indtægter i form af udbytte ved i overensstemmelse med § 14, stk. 1, at overdrage sine rettigheder til en opfindelse til et aktieselskab mod betaling i form af *aktier* i det pågældende selskab. Institutionen kan endvidere acceptere at modtage et vederlag i henhold til § 12, stk. 2, i form af aktier i et aktieselskab. Institutionen må dog i intet tilfælde herved opnå en sådan forbindelse til selskabet, som et moderselskab har til et datterselskab efter aktieselskabsloven. Det er derfor udelukket, at institutionen modtager aktier i et sådant omfang, at den får dominerende indflydelse på datterselskabets drift og øvrige forhold.

I betragtning af, at det er et hovedformål med forskerpatentloven at skabe incitamenter til bl.a. etablering af iværksættervirksomheder til gavn for det danske samfund, jf. den højtidelige programformulering i lovens § 1, forekommer det mindre hensigtsmæssigt, at det modsætningsvis følger af § 16, stk. 2 - og efterfølgende er bekræftet af Forskningsministeriet - at det vil være udelukket, at institutionen som alternativ til kontant betaling opnår medejerskab i et anpartsselskab ved at modtage *anpart* fra dette selskab. Konsekvensen af en sådan holdning vil være, at institutionen vil støde på vanskeligheder i forhold til virksomheder, der er nystartede på innovationsmarkedet og for en stor dels vedkommende må antages at

have vanskeligheder med at honorere det kapitalkrav, der skal være opfyldt for stiftelse af aktieselskaber (mindst 500.000 kr., jf. aktieselskabslovens § 1, stk. 3), og som måske - i strid med lovens formål - afstår fra den påtænkte etablering, fordi virksomheden ikke kan »nøjes med« at opfylde det kapitalkrav på 125.000 kr, som udgør minimum for stiftelsen af et anpartsselskab, jf. anpartsselskabslovens § 1, stk. 3.

Kritikken af begrænsningen i § 16, stk. 2, forekommer berettiget og understøttes af, at der allerede på nuværende tidspunkt, hvor lovens har været virksom i mindre end 1½ år, fra flere af de berørte institutioner er rapporteret om tilfælde, hvor samarbejdsaftaler med mindre, nystartede virksomheder enten af samme grund er blevet udsat eller har måttet etableres under anvendelse af metoder, der modvirker eller besværliggør de forudsatte, nyttige relationer mellem institutionerne og det omgivende erhvervsliv.

Venture capital selskaber - samspil mellem jura og økonomi

af

Ph.D.-stipendiat Dan Moalem

1. Indledende bemærkninger

Venture capital er det overordnede emne i denne fremstilling, og det har været intentionen at præsentere et emne i spændingsfeltet mellem jura og økonomi.¹ Nærværende bidrag skal således ses som et eksempel, hvor økonomisk forståelse kan bidrage til juristens arbejde med klassiske juridiske problemstillinger. Det understreges dog, at nærværende bidrag ikke er en principiel stillingtagen til værdien af retsøkonomi i juridisk forskning.

Mens det overordnede emne er venture capital, er det mere konkrete emne etablering af venture capital selskaber i form af partnerselskaber, jf. aktieselskabslovens § 173. Det er således venture capital selskaber i form af partnerselskaber, samt forholdet mellem investorerne i venture capital selskabet og det af dem antagne managementselskab, der er genstand for behandling. Artiklen vil forsøge at demonstrere, at økonomisk teori også kan bidrage til juristens arbejde med udformning af kontrakter i en venture capital konstruktion. Valget af netop partnerselskabet skyldes, at det er min erfaring, at netop denne selskabsform illustrerer samspillet mellem jura og økonomi.²

Samspillet mellem jura og økonomi er en grundpille i forståelsen af venture capital relationen. Samspillet kommer primært til udtryk i to relationer:

- *mellem investorerne og Managementselskabet, og*
- *mellem Managementselskabet og porteføljeselskaberne.*³

¹ Eftersom mit Ph.D.-stipendium er finansieret ligeligt af Syddansk Universitet og advokatkontoret Lindh Stabell Horten, har det tillige været mit ønske at beskrive et emne, hvor jeg samtidig har praktisk erfaring, hvorved erhvervsforskerordningen demonstrerer sit formål.

² Partnerselskabsmodellen er den danske pendant til det amerikanske Limited Liability Partnership (LLP), der er den mest almindeligt anvendte amerikanske juridiske enhed for venture capital selskaber, jf. *Paul Gompers og Josh Lerner, An analysis of compensation in the U.S. venture capital partnership, Journal of Financial Economics, 1999.3 ff.* Forfatterne oplyser således, at 80% af den kapital, der bliver rejst til venture capital selskaber, bliver placeret i LLP's.

³ For en behandling af kontraktforholdet mellem entreprenøren og managementselskabet i retsøkonomisk belysning, se *Bernard S. Black og Ronald J. Gilson, Venture capital and the*

Til trods for at begge relationer er af væsentlig betydning for forståelsen af venture capital i juridisk og økonomisk perspektiv, er det alene den første relation, der beskrives i denne sammenhæng. Dette skyldes ikke manglende relevans.

2. Hvad er venture capital?

Venture capital, som økonomiske studier viser har en positiv effekt på virksomheds-etablering og iværksætterkultur,⁴ er, som det vil fremgå nedenfor, et forholdsvis bredt begreb, der har sin største udbredelse i USA. Venture capital er investeringer i specialiserede teknologibaserede højvækst- og højrisikovirksomheder, der meget tidligt i selskabets udvikling har behov for kapital til at finansiere produktudvikling og/eller vækst. Kapitaltilførsel kan i princippet ske på et hvilket som helst tidspunkt i et selskabs liv.⁵

Den tilførte kapital manifesterer sig typisk som kapitalandele/konvertible lån i nye højteknologi virksomheder, der på investeringstidspunktet er forholdsvis ukendte for den investerende offentlighed. Virksomhederne er samtidig typisk uden traditionelle aktiver, som kan stilles til sikkerhed for kapitalen, der tilvejebringes.⁶ Venture capital finansiering sker således uden traditionelle sikkerhedsmuligheder, hvilket sammenholdt med det tidlige stadie, hvor investeringen finder sted, er med til at gøre venture capital investeringer til endog særdeles risikofyldte. Derudover vil der ved venture capital investeringer være informationsasymmetri mellem managementselskabet/kapitalselskabet og dets potentielle porteføljeselskab, idet entreprenøren har en overlegen viden om projektet, eftersom der typisk for high tech virksomheder er tale om teknisk komplicerede processer, som er vanskelige at verificere.

Usikkerheds- og risikofaktorerne forsøger kapital-selskabet at minimere med managementselskabets assistance, der manifesterer sig som engagement i beslutningsprocessen i porteføljeselskabet, ved kontakt til leverandører og aftagere, ved udarbejdelse af virksomhedsstrategier, senere kapitaltilførsel eller fusioner mm.⁷

structure of capital markets: banks versus stock markets, *Journal of Financial Economics*, 1998.243 ff. og *Gordon Smith*, *Venture Capital Contracting in the Information Age*, *The Journal of Small and Emerging Business Law*, vol. 133, 1998.

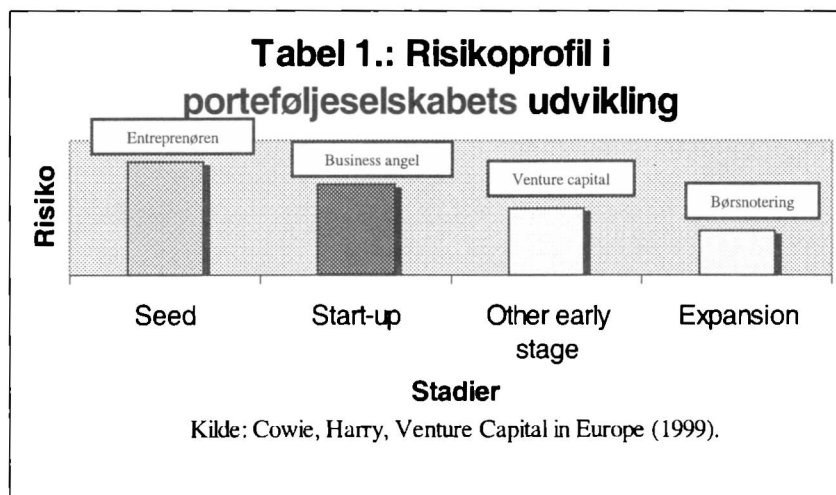
⁴ Det er forsøgt dokumenteret, at venture capital har stor effekt i relation til virksomheds-etablering og fremelskelse af iværksætterkultur, jf. *Samuel Kortum og Josh Lerner*, *Does Venture Capital Spur Innovation?*, National Bureau of Economic Research, Working Paper W6846, 1998.

⁵ *Harry Cowie*, *Venture Capital in Europe* (Federal Trust 1999), s. 13 ff.

⁶ *David Gladstone*, *The Venture Capital Handbook* (1988), s. 3 ff.

⁷ *Paul Gompers og Josh Lerner*, *The Venture Capital Cycle* (1999), s. 127 ff.

Der er som nævnt ovenfor en betydelig risiko forbundet med venture capital investeringer. Foruden managementassistance vil venture capital finansieringen typisk ske i stadier, der korresponderer med såkaldte *corporate milestones*, hvilket eksempelvis vil sige formuleringen af en business plan, første demoproduct etc.⁸



Det resulterer i, at virksomheden udvikler sig vel vidende, at der kun er kapital til at finansiere det nuværende stadie. Stadiefinansieringen giver herved venture capital selskabet mulighed for periodisk at evaluere investeringen. Der er således et væsentligt kontrolelement forbundet med finansiering hos et venture capital selskab, men samtidig er der også et kraftigt incitament for entreprenøren til at forvalte ressourcerne bedst muligt. Derfor er tidspunktet for investeringen og kravet om management assistance nært forbundet.⁹

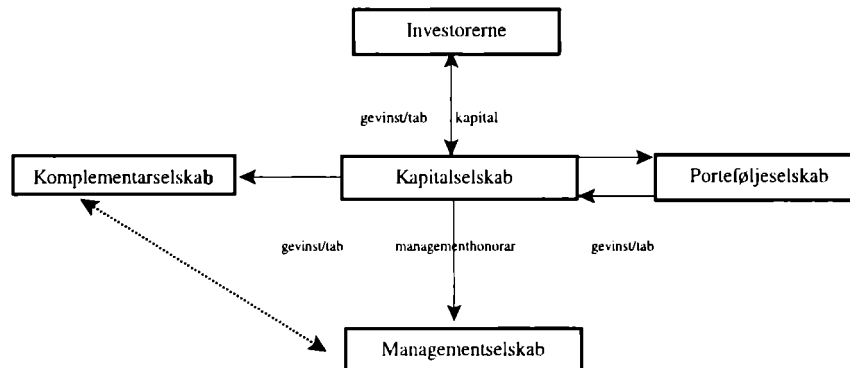
3. Venture capital konstruktionen

I det følgende vil der blive foretaget en kort introduktion til selve venture capital konstruktionen. Partnerselskabet vil blive præsenteret, ligesom de enkelt aktører kort skitseres. Denne præsentation har til hensigt at skabe en basal forståelse for de enkelte aktørers afhængighed af hinanden.

⁸ *Stadiefinansieringen* er i denne sammenhæng synonym med, at porteføljeselskabet ikke modtager den fulde finansiering til exit på én gang. Der skal flere investeringsrunder til.

⁹ *William A Sahlman*, The structure and governance of venture-capital organizations, Journal of Financial Economics, 1990.507.

Figur 1. Venture capital aktørerne



3.1 Kort beskrivelse af partnerselskabets karakteristika

Inden for rammerne af dansk lovgivning kan et venture capital selskab gyldigt etableres på flere forskellige måder. Uanset de mange forskellige muligheder for juridiske enheder synes p.t. to at være de foretrukne:¹⁰

- Aktieselskabet og
- Partnerselskabet.

Denne fremstilling begrænser sig til alene at beskæftige sig med partnerselskabet. Eftersom partnerselskabet er forholdsvis ukendt i Danmark, foretages indledningsvis en kort gennemgang af partnerselskabets karakteristika.¹¹

Partnerselskabet er i civilretlig henseende at betragte som et aktieselskab, hvorimod det ikke er noget selvstændigt skattesubjekt - dvs. at partnerselskabet er

¹⁰ Ultimo år 2000 er der dog opstået en tredje mulighed for venture capital selskaber, nemlig *Innovationsforeningen*. Innovationsforeninger udgør en ny enhed i det danske juridiske system, jf. lov nr. 1328 af 20. december 2000, der træder i kraft 1. april 2001. Denne struktur er så vidt vides endnu ikke blevet anvendt som juridisk struktur for venture capital selskaber stiftet i Danmark. Egentlige praktiske erfaringer vedrørende denne model kan således ikke deles med læseren.

¹¹ Se dog for en mere udtømmende behandling af partnerselskabet, *Erik Werlauff*, *Selskabsret* (2000), s. 59 ff., *Carsten Fode og Noe Munck*, *Valg af selskabsform* (2000), s. 228 ff., *Lise Høgh*, *Kommanditaktieselskab/Partnerselskab - en ny selskabsform?*, R&R 1996, nr. 4, s. 27 ff., *Jon Balsby*, *Partnerselskaber - hvad er det?*, *Advokaten* 9/1996.166 ff. og *Jacob Hjortshøj*, *Kommanditaktieselskabets renæssance som partnerselskab?*, *Skattepolitisk Oversigt*, nr. 2 - 1996.50 ff.

skattetransparent. Herved opnås således de bedste egenskaber fra henholdsvis aktieselskabet og kommanditselskabet.¹²

Et partnerselskab skal således ganske som et aktieselskab have en kapital på mindst kr. 500.000,00. Partnerselskabet består af en eller flere komplementarer og en eller flere kommanditister. Komplementaren, der kan være såvel en juridisk som en fysisk person, hæfter ubegrænset og solidarisk for partnerselskabets forpligtelser. Kommanditisten hæfter kun med det beløb, han har forpligtet sig til at investere i partnerselskabet.¹³ Partnerselskabets kapital skal være fuldt indbetalt ved selskabets stiftelse, ligesom komplementaren skal have forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser over partnerselskabet (dette kan eksempelvis ske ved, at komplementarselskabet har tegningsret eller ved andel i et eventuelt overskud).

En umiddelbar fordel ved partnerselskabet er netop kombinationen af den aktieselskabsretlige formalisme og kommanditselskabets skattetransparent. Den aktieselskabsretlige tryghed er med til at give konstruktionen den nødvendige troværdighed. Investorerne deltager i en selskabsform, hvor de interne og eksterne spilleregler og beskyttelseshensyn er velkendte. Skattetransparenten er endvidere hensigtsmæssigt ved venture capital konstruktioner, hvor der deltager pensionskasser (eftersom de alene beskattes med 15% af gevinster på ejerandelene), ligesom transparenten for udenlandske investorer medfører, at den pågældende udenlandske investor bliver beskattet i sit eget hjemland. Det vil sige, at hver deltager svarer skat personligt i forhold til sin andel af partnerselskabets resultat, uanset om dette er et overskud eller tab.

En anden fordel ved at benytte partnerselskabet som selskabsform er, at løbende kapitalnedsættelser kan foretages, uden at det udløser udbyttebeskatning (modsat aktieselskaber). Sådanne kapitalnedsættelser foretages, når investorerne i kapital-selskabet har modtaget det samlede investerede beløb inklusive overkurs og en aftalt årlig forretning. Således udbetales overskuddet i det øjeblik, hvor det rent faktisk er realiseret. Herved skabes et konstant incitament for såvel kapital-selskabets investorer som managementselskabet/komplementaren. De involverede parter behøver således ikke nødvendigvis at vente i 10 år på at modtage andel i succeshonoraret. Dette udbetales løbende, når først investorerne penge er tilbagebetalt inklusive den aftalte minimumsforrentning.

¹² For en kritisk behandling af kommanditselskabet se, *Henrik Gulddammer Nielsen og David Schjælde, Kommanditselskabet – societatis obsoleta* (1999).

¹³ Såfremt denne forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelse ikke opretholdes eller ikke er reel, idet komplementaren eksempelvis ikke har nogen forvaltningsmæssige eller økonomiske beføjelser, kan det medføre, at kommanditisternes begrænsede hæftelse falder bort, se herom, *Erik Werlauff, Selskabsret* (2000), s. 61ff.

3.2 Investorerne

Investorerne er typisk institutionelle, industrielle eller - mere sjældent - private investorer. *Institutionel*¹⁴ er typisk pensionskasser, »fund-of-funds«, banker, forsikringsselskaber etc. og *industriel*¹⁵ som et traditionelt selskab, hvis primære formål ikke er finansieringsrelateret. Indtil videre har *private* investorer ikke været almindelige i danske venture capital selskaber. I Danmark synes institutionelle investorer klart at stå for den største del af den kapital, som rejses til venture capital selskaber. Foruden et overordnet ønske om profit, investerer disse investorer - i hvert fald de institutionelle - typisk i venture capital selskaber, fordi de ikke selv besidder de fornødne kompetencer til at drive venture capital virksomhed. For så vidt angår de industrielle investorer er det ofte ønsket om adgang til ny (og måske for deres virksomhed komplementær) teknologi, der motiverer investeringer i venture capital selskaber.

3.3 Kapitalselskabet

Kapitalselskabet er den enhed, der »ejer« de midler, som skal investeres i porteføljeselskaberne. Normalt vil kapitalselskabet ikke have andre aktiviteter end at investere og eje aktier/konvertible lån i porteføljeselskaber og betale honorarer til managementselskabet.

Et kapitalselskab går normalt igennem fire udviklingsfaser, hvor den *første* fase er tilvejebringelse af midler (»fundraising«).¹⁶ Den *anden* fase - der de facto forestås af managementselskabet - består i søgning efter potentielle porteføljeselskaber. Derefter foretages en grundig due diligence¹⁷ af disse selskaber og endelig den faktiske foretagelse af investeringen. Den *tredje* fase, der varer indtil likvidation (og mere sjældent salg) af kapitalselskabet, består i, at managementselskabet - igen efter opdrag fra kapitalselskabet - hjælper porteføljeselskaberne med deres vækst, hvor

¹⁴ Indtil nu har den karakteristiske danske *institutionelle* investor ikke kunnet beskrives som en *aktiv* investor, der er aktivt involveret i venture capital selskabets daglige forretningsbeslutninger. Den typiske institutionelle investor investerer i et venture capital selskab, fordi denne ikke internt besidder de ledelses kvalifikationer, der er nødvendige for at skabe et attraktivt afkast på investeringen. Det at have en institutionel investor i et venture capital selskab kan tillige være fordelagtigt, når yderligere finansiering til porteføljeselskaber skal tilvejebringes.

¹⁵ Den typiske danske *industrielle investor* kan f.eks. være et stort konglomerat eller et teleselskab. At have en sådan investor kan - afhængig af aktionæroverenskomsten - forsyne managementselskabet med vigtig vertikal teknologisk forståelse (og i visse tilfælde tillige en exit-mulighed!). Sådanne investorer kan typisk bibringe viden risikoidentificering af potentielle og faktiske porteføljeselskaber.

¹⁶ Det tager typisk 3-6 måneder at opnå kapitaltilsagn fra investorerne.

¹⁷ En sådan undersøgelse er typisk meget detaljeret og indeholder analyser af det pågældende porteføljeselskabs brancher, udviklingstendenser med hensyn til kunder, forholdet til den global økonomi, samt analyse af ledelsen og nøglepersoner, jf. bl.a. *Paul Gompers og Josh Lerner, An analysis of compensation in the U.S. venture capital partnership, Journal of Financial Economics, 1999.3 ff.*

porteføljeselskabet og managementselskabet udgør et team, hvis mål er at øge værdien pr. aktie i porteføljeselskabet. Den fjerde og afsluttende fase i kapitalselskabets levetid er dennes likvidation/salg og endelige distribution af aktiver, der ikke tidligere måtte være udloddet.

3.4 Managementselskabet

Managementselskabet er den enhed, der reelt udfører arbejdet med investeringerne, herunder kontakten til porteføljeselskaberne. Managementselskabet modtager typisk kompensation for deres investering og ledelsesaktiviteter på to måder.¹⁸

For det første modtages et årligt administrationshonorar, der betales af kapitalselskabet.¹⁹ Størrelsen af det årlige administrationshonorar relaterer sig til den fase, hvori selskabet investerer, f.eks. »pre-seed«, »seed« eller »early stage«.²⁰ Managementhonoraret dækker typisk alene managementselskabets daglige omkostninger i forbindelse med forvaltningen af kapitalselskabets midler. Managementhonoraret er således ikke isoleret set den inciterende økonomiske kraft. For det andet modtager managementselskabet direkte som investor i kapitalselskabet eller via ejerskabet af komplementarselskabet et succeshonorar, hvis udbetaling og størrelse afhænger af forrentningen af kapitalselskabets midler samt managementselskabets evner. Succeshonoraret, der udbetales efter det samlede beløb, som investorerne har forpligtet sig til at indbetale i kapitalselskabet efter en årlig forrentning (beregnet efter intern rente (IRR) eller nutidsværdi (NPV) metoderne), deles således mellem investorerne og komplementarselskabet/managementselskabet. Typisk modtager investorerne procentuelt klart den største andel.

3.5 Komplementarselskabet

Komplementarselskaber optræder alene i venture capital konstruktioner, der er oprettet som partnerselskaber, jf. aktieselskabslovens § 173. Som anført nedenfor vil komplementarselskabet ofte være helt eller delvist ejet af managementselskabet eller dette selskabs ejere. Komplementarselskabets mål er at være den fuldstændigt solidarisk hæftende part med forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser over partnerselskabet. Derudover er komplementarselskabet ofte modtager af succeshonoraret fra kapitalselskabet.²¹

¹⁸ Paul Gompers og Josh Lerner, An analysis of compensation in the U.S. venture capital partnership, Journal of Financial Economics, 1999.3 ff.

¹⁹ Det første år modtages tillige et engangshonorar, typisk på eksempelvis 1 % af den kapital, som investorerne har forpligtet sig til at indbetale i kapitalselskabet inklusiv overkurs.

²⁰ Selve sammensætningen af managementhonoraret er ofte genstand for forhandling. Typisk vil managementhonoraret være højere i starten af kapitalselskabets levetid og falde i de sidste år af kapitalselskabets levetid. Dette skyldes, at managementselskabets indsats er størst i porteføljeselskabernes første år.

²¹ Dette skyldes, at eksempelvis tilknyttede eksterne rådgivere og interne medarbejdere typisk er medejere af dette selskab modsat et ejerskab af managementselskabet. Herved undgår

Komplementarselskabet illustrerer et af risikoforholdene i en venture capital konstruktion, eftersom dette selskab de facto skal have kontrol med partnerselskabets midler, eftersom ejerkredsen af Komplementarselskabet er identisk med Managementselskabet og ikke Kapitalselskabet. Managementselskaber, der tilbyder investorer at være med i en partnerselskabskonstruktion, signalerer således umiddelbart, at de ikke ønsker den store indblanding fra investorerne i relation til investeringsbeslutninger. Sådanne træffes i komplementarselskabet efter indstilling fra managementselskabet. Dette sker i erkendelse af, at investorerne ikke nødvendigvis besidder de fornødne kompetencer, der gør dem i stand til at træffe kvalificerede investeringsbeslutninger.

På den anden side har investorerne et berettiget krav om, at deres kapital forrentes og forvaltes på forsvarlig vis. Udover en grundig evaluering af managementselskabet sker der i praksis det, at bestyrelsen i komplementarselskabet og partnerselskabet, der med fordel kan være identiske, ofte er beklædt med erfarne erhvervsfolk/universitetsforskere, der giver investorerne den fornødne sikkerhed for, at investeringerne kontrolleres på overordnet niveau.

Årsagen til at partnerselskabet benyttes i venture capital sammenhænge kan ses i lyset af nedennævnte retsøkonomiske betragtninger. I kraft af at managementselskabet typisk ejer eller kontrollerer komplementarselskabet, vil investorerne ikke kunne influere på den daglige drift, herunder særligt investeringerne i porteføljeselskaberne. Investorerne kan alene overvåge kapitalselskabets udvikling. Involverer investorerne sig i den daglige drift, således at komplementaren ikke længere udøver de forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser over selskabet, er der stor sandsynlighed for, at investorerne mister deres begrænsede hæftelse.²²

4. Venture capital – samspillet mellem jura og økonomi

De foregående afsnit har præsenteret venture capital som begreb og et eksempel på den juridiske venture capital konstruktion og dens aktører. Det er blevet slået fast, at venture capital investeringer i porteføljeselskaber er risikofyldte – en risiko, der i første omgang påføres investorerne i kapitalselskabet og i sidste ende managementselskabet/komplementarselskabet via andelen i succeshonoraret.²³

Det er således naturligt, at juridiske rådgivere ønsker at minimere denne risiko, når de juridiske rammer for konstruktionen skal etableres.

managementselskabet af afgive ejerandele til medarbejdere og eksterne rådgivere, der måske alene er ansat af managementselskabet i en kortere årrække.

²² Erik Werlauff, Selskabsret, s. 61 ff.

²³ Se for en beskrivelse af denne indbyggede risiko, Gavin Reid, The application of principal-agent methods to investor-investee relations in the UK venture capital industry, *Venture Capital: An International Journal of Entrepreneurial Finance*, 1999.285 ff.

Når en sådan risiko skal identificeres forsøger juristen typisk at kortlægge de involverede parter beskyttelsesinteresser. En hjælp i så henseende kan være at indhente inspiration fra den økonomiske Principal Agent teori.²⁴ Således vil det følgende afsnit indeholde en kort introduktion til Principal Agent teorien.

4.1 Principal Agent teorien

I økonomisk teori forudsættes normalt, at individet konstant søger at optimere sin egeninteresse ved at foretage handlingsvalg, der giver ham selv den størst forventede nytteværdi, givet de tilstedeværende informationer og den aflønningsmekanisme, han er underlagt.

I et principal - agent forhold, hvor principalen er den residual aflønnede, der har antaget agenten til at varetage sine interesser, bliver konsekvensen af dette handlingsmønster typisk en iboende interessekonflikt, eftersom agenten ofte ikke vil kunne optimere sin egeninteresse, uden at dette sker på principalens bekostning. For principalen vil der således eksistere en risiko for, at agenten forfølger egne mål, og dermed træffer andre beslutninger end dem, der måtte være optimale for principalen. I erkendelse af denne risiko for interessekonflikt har principalen en umiddelbar økonomisk interesse i gennem kontrol, overvågning og tilskyndelse at sikre, at interessekonflikten minimeres, således at agenten i videst muligt omfang handler i overensstemmelse med sit opdrag.²⁵

Med risikoen for en interessekonflikt følger en række transaktionsomkostninger. I økonomisk teori benævnes disse *agentomkostninger*, der opstår som en følge af informationsasymmetri mellem principalen og agenten vedrørende det konkrete opdrag (ellers ville principalen jo selv udføre opdraget).²⁶

For at minimere disse agentomkostninger kan principalen vælge at detailregulere (overvågning og kontrol) forholdet til agenten, hvilket realistisk set er meget vanskeligt (og dyrt!), eftersom enhver tænkelig situation vanskeligt kan forudses.²⁷ I stedet for en detailregulering kan principalen imidlertid skabe en attraktiv

²⁴ For en generel beskrivelse af Principal Agent teorien se, *John W. Pratt og Richard J. Zeckhauser*, *Principal and Agents – the structure of Business* (1985). For en jurist kort og mere tilgængelig version se, *Niels Chr. Nielsen og Jan Ebbesen*, *Stemmelofter. En økonomisk analyse af den retlige regulering*, J.1993.253 ff.

²⁵ *Niels Chr. Nielsen og Jan Ebbesen*, *Stemmelofter. En økonomisk analyse af den retlige regulering*, J.1993.253 ff.

²⁶ *Michael C. Jensen og William H. Meckling*, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, *Journal of Financial Economics* 1976.303 ff.

²⁷ Se for en behandling af kontrakter i Principal Agent belysning, *Margrét Jónasson*, *Virksomhedens finansielle beslutninger ved asymmetrisk information og interessekonflikter* (1996), s. 105 ff.

incitamentsstruktur, der forsøger at etablere økonomisk interessesammenfald mellem principalen og agenten.²⁸

Anvendelsen af detailregulering (overvågning og kontrol) og incitamentsprogrammer medfører således omkostninger, der ikke helt fjerner risikoen i principal-agent relationen. For det første kan ikke alle aspekter af agentens adfærd observeres. Det medfører, at principalen uanset overvågningsintensiteten ikke kan kortlægge, om agenten tilgodeser principalens interesser på optimal vis. Derudover kan udfaldet af agentens arbejde være påvirket af andre faktorer, end lige netop agentens handlinger, hvilket komplicerer identificeringen af agentens indflydelse. Det er således ikke lige til at måle agentens evne til at optimere principalens interesser.²⁹

4.2 Venture capital konstruktionen og Principal Agent teorien

Som det vil fremgå af det følgende, er kapitalselskabets investorer og management-selskabet netop et eksempel på denne principal-agent relation.³⁰ Investorerne (principalen) investerer deres penge i et kapitalselskab, hvis midler forvaltes af managementselskabet (agenten). Samtidig er partnerselskabet (som følge af komplementarens rolle) et klart signal til investorerne om - og såfremt de vælger at deltage en accept af - at alene managementselskabet/komplementarselskabet har fornødent kendskab til investeringsområdet, og at investorerne ikke skal deltage aktivt i investeringsbeslutninger. Hermed uddybes informationskløften alt andet lige.

Principal-agent problematikken er ovenfor bredt defineret som et informationsproblem. Det er konstateret, at en blanding af *overvågning*, *kontrol* og *tilskyndelse* skal forsøge at afhjælpe informationsasymmetrien. Informationsproblematikken forstærkes således i partnerselskabet, og det er herefter op til juristen at sikre, at kontrakterne afspejler og tager stilling til denne informationsasymmetri.

Dette kan gøres i relation til de ovenfor nævnte tre forhold, om end det er væsentligt at fastholde de tre punkters interne forbindtlighed;

- Overvågning,
- kontrol og
- incitament.

For så vidt angår *overvågning* kan dette ske, som beskrevet ovenfor, ved at komplementarselskabets bestyrelse er identisk med kapitalselskabets, og managementselskabet ikke deltager aktivt i bestyrelserne. Bestyrelsens kontinuerlige

²⁸ Se for en behandling af incitamentsstrukturer i Principal Agent forhold i en virksomhed, *John Christensen*, Præstationsvurdering i økonomisk belysning, *Ledelse & Erhvervsøkonomi*, nr. 3, 1992.137 ff,

²⁹ *Niels Chr. Nielsen og Jan Ebbesen*, Stemmelofter. En økonomisk analyse af den retlige regulering, *J.1992.254*.

³⁰ Se for en eksemplificering af netop en investeringssag, *Robert Cooter og Thomas Ulen*, *Law and Economics* (1998), s. 193ff.

integritet kan eksempelvis sikres ved, at kapitalselskabet har en vetoet overfor indsættelsen af nye eller yderligere bestyrelsesmedlemmer. Yderligere kan overvågningen tilvejebringes via fastsættelse af begrænsninger i managementselskabets investeringskompetence, således at investeringer over en fastsat størrelse alene kan træffes af bestyrelsen.

Kontrol kan tilvejebringes via kvalitative informationskrav til investeringsindstillingerne, der skal foreligge, forinden investeringer foretages. Et yderligere kontrolelement kan være krav til managementselskabet om at tilvejebringe et kompetent rådgiver panel, eksempelvis bestående af førende forskere og erhvervsfolk. Herved sikres, at eksterne eksperter har vurderet investeringerne. Såfremt kapitalen ikke er fuldstændig indbetalt, kan kontrol tillige ske ved, at investorerne, eksempelvis hvis managementselskabet ikke har investeret selskabets kapital inden for en given årrække, ikke indbetaler yderligere kapital. Herved stoppes managementselskabets yderligere investeringer af kapitalselskabets midler.

Tilskyndelse er fundamentet ved venture capital. Tilskyndelse til at efterkomme principalens økonomiske interesser sker ved, at managementselskabet har andel i kapitalselskabets overskud. Herved skabes et interessesammenfald mellem investorerens ønske om optimal forrentning og managementselskabets adfærd. Yderligere kan tilskyndelse skabes ved, at kapitalselskabet tillader managementselskabet at investere sammen med kapitalselskabet i porteføljeselskaber. Det medfører, at managementselskabet har en direkte økonomisk interesse i at øge porteføljeselskabets værdi pr. aktie.

Et yderligere element, der kan rubriceres under *tilskyndelse* er, at i økonomisk spilteoretisk terminologi kan venture capital deltagerne beskrives som »repeated players«. Ved *repeated* forstås, at aktørerne deltager i »investeringsspillet« flere gange. Managementselskabet ønsker alt andet lige at bidrage til etableringen af yderligere kapitalselskaber, hvis midler de skal forvalte. Investorerne er imidlertid også »repeated players«. De skal investere deres midler på en så rentabel måde som muligt, for at stille deres investorer tilfredse. Deres forrentning på venture capital investeringer er således særdeles vigtigt. Yderligere investerer sådanne investorer typisk i flere kapitalselskaber forvaltet af forskellige managementselskaber. Jo strengere vilkår og mere uetisk opførsel investoren udviser, desto mindre kvalificerede (og/eller uerfarne) managementselskaber ønsker dem som investorer, og derved øges risikoen ved deres finansiering. De involverede deltagere er således alle »repeated players«, hvorved risikoen for, at en rationel part handler risikofyldt, alt andet lige bør blive mindre.

Med disse økonomiske overvejelser in mente kan juristen således indkredse parternes beskyttelsesinteresser og reelle hensyn og udnytte sin viden herom i kontraktskonciperingen til gavn for de involverede parter, idet transaktionsomkostningerne alt andet lige reduceres.

5. Afsluttende bemærkninger

Ovenfor er det forsøgt illustreret, hvorledes samspillet mellem jura og økonomi kan bidrage ved juristens konkrete arbejde i forbindelse med koncipering af kontrakter ved etableringen af venture capital selskaber i form af partnerselskaber. Netop partnerselskaber egner sig til en økonomisk analyse, da denne selskabsform repræsenterer det såkaldte Principal Agent problem. Venture capital er et emne, der ligger i spændingsfeltet mellem økonomi og jura. Evner juristen at inddrage økonomiske overvejelser ved kontraktskonciperingen, er det alt andet lige muligt at indkredse og argumentere for parternes reelle beskyttelsesværdige interesser. Herved burde den målbare værdi af den juridiske rådgivning øges, eftersom transaktionsomkostningerne alt andet lige bør falde.

Retsstiftende passivitet

af

Ph.D.-stipendiat David Moalem

1. Indledning

Den danske obligationsret opdeler traditionelt passivitetslæren i to underbegreber - *retsstiftende*¹ og *retsfortabende*² passivitet. Passivitetsbegrebet udtrykker i læren et faktum i form af en udvist adfærd og som følge heraf, opstilles to mulige retsvirkninger - retsstiftelse eller retsfortabelse. Ved *retsstiftende* passivitet udgør adfærden et selvstændigt forpligtelsesgrundlag, hvorimod den *retsfortabende* passivitet behandles som en obligationsretlig ophørsgrund. Den grundlæggende tvedeling af passivitetslæren må dog suppleres med nogle yderligere retsvirkninger for at opnå et dækkende billede af passivitetsinstituttet.

En tredje retsvirkning forekommer i form af en *indholdsmæssig* påvirkning af aftalen. Der findes adskillige eksempler herpå i lovgivningen. Blandt andre kan fremhæves den almindelige obligationsretlige grundsætning, som udtrykkes ved købelovens § 6.³ Herefter medfører handelskøbers passivitet over for den pris, der er angivet i en fremsendt regning, en pligt til at betale »medmindre lavere pris oplyses at være aftalt, eller regningen er åbenbart urimelig.« En anden interessant bestemmelse er Aftl § 6, stk. 2, vedrørende uoverensstemmende accept. Det særlige er, at retsvirkningen af ikke at reklamere er tvedelt derved, at den passive part dels

¹ Om *retsstiftende* passivitet se bl.a. C. Bang i U1944B101, Bernhard Gomard, Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt, 1958, s. 91 ff, samme i Almindelig Kontraktsret, 2. udgave, 1996, s. 116, Lennart Lynge Andersen m.fl., Aftaler & Mellemmænd, 3. udgave, 1997, s. 94 ff, Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 1997, s.156 ff, Torsten Iversen, Støtteerklæringer, 1994, s. 63 ff, Stig Jørgensen, Kontraktsret, Bind I, s. 66 f og 184 ff, Henry Ussing, Aftaler, 3. udgave, 1950, s. 42, 105, 251 ff, 268, 299 f, 337 f, 399 med note 52, 429 ff. Af relevant nordisk litteratur kan nævnes Hjalmar Karlgren, Passivitet, 1965 og Ulf Cervin, Om passivitet inom civilrätten, 1960.

² Om *retsfortabende* passivitet se bl.a. Jens Valdemar Krenchel i U2000B180, Bernhard Gomard, Obligationsret, 3.del, 1993, s. 221-230 og Bo von Eyben m.fl., Lærebog i obligationsret, Bind II, 2000, s. 163-166. Af relevant nordisk litteratur kan nævnes Carl Jacob Arnholm, Passivitetsvirkninger, 1932, samme i Tre utsnitt av den almindelige privatrett, 1975.

³ Jf. Stig Jørgensen, Kontraktsret, Bind I, s. 185, Henry Ussing, Aftaler, 3. udgave, 1950, s. 431, Bernhard Gomard, Obligationsret, 1.del, 1998, s. 49 og Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret, Bind I, 2000, s. 104.

bliver bundet - dvs. *retsstiftelse* - dels at han bliver bundet af *indholdet* i den uoverensstemmende accept.

En fjerde retsvirkning er den *fortolkningsmæssige* påvirkning. Passiviteten indgår her i den samlede vurdering af dels retsforholdets karakter og dels det nærmere indhold. Som eksempel kan nævnes, at i forretningsforhold vil undladelse af reklamation overfor en faktura normalt medføre, at de nærmere kontraktbetingelser heri bliver bindende for adressaten.⁴

Den femte og sidste retsvirkning, der her skal fremhæves, er den *processuelle* påvirkning. Har en part forholdt sig passiv, kan det efter omstændighederne udgøre et *bevisdatum* samt medføre en *bevismæssig skadevirkning*. Med *bevisdatum* menes, at den udviste passivitet bekræfter påstanden om, at aftale er indgået. Som illustration på den *bevismæssige skadevirkning* kan tænkes, at en person A modtager en ordrebekræftelse fra en samhandelspartner B. A mener ikke, at der er indgået en aftale, men forholder sig passiv over for ordrebekræftelsen. Udgangspunktet må her være, at A bærer bevisbyrden for, at han ikke har afgivet det løfte, ordrebekræftelsen forudsætter. Rationalet er, at A's passivitet skaber en formodning for, at aftale er indgået på baggrund af et løfte fra A. Hvis A ikke mente sig forpligtet, måtte man, som det mindste, forvente en tilkendegivelse af dette over for B. Som følge af A's passivitet vendes bevisbyrden derfor om.⁵

2. Afgrænsning af emnet

Artiklen afgrænser sig til kun at behandle passivitetsvirkningen *retsstiftelse*. Retsstiftelsen i passivitetssituationen er identisk med den almindelige obligationsretlige tvedeling af fordringers stiftelse – løfte og skyld. Tvedelingen knyttes der derfor nogle kommentarer til i afsnit 3, hvor der sondres mellem passivitet med *løftevirkning* og passivitet som *ansvarsgrundlag*. Da retsstiftelsesvirkningen dækker over en bredere vifte af væsensforskellige situationer, foretages der en opdeling heraf i afsnit 4 med en kort beskrivelse af karakteristika. Der sondres mellem tre forskellige passivitetssituationer; passivitet i topartsforhold, mellemmandsforhold og ugyldighedsforhold. I afsnit 5, 6 og 7 udskilles forholdene til selvstændig behandling. Formålet med at behandle de tre forskellige forhold i den samme artikel er at etablere en bredere referenceramme for passivitetsproblematikken. Qua denne indfaldsvinkel illustreres det, at passivitetslæren i meget forskelligartede situationer og på såvel lov- som ulovbestemt grundlag fører til retsstiftelse. Herved søges det tydeliggjort, at læren udgør et naturligt og værdifuldt bidrag til læren om fordringers stiftelse. Artiklen indeholder derfor ikke et udtømmende katalog over de danske

⁴ Jf. *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 431. Som det kan ses, er den principielle grænse mellem de forskellige retsvirkninger flydende.

⁵ Jf. *Trolle* i U1965B, s. 245, *Stig Jørgensen*, *Kontraktsret*, Bind I, s. 66 og 184 og *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 431. Den ovenfor omtalte grundsætning i Kbl § 6 har også denne bevismæssige påvirkning, blot i relation til prisen.

passivitetsbestemmelser, ligesom man kunne forestille sig andre ulovbestemte situationer end de medtagne. Afsnit 8 indeholder en opsummering af emnet.

3. Passiviteten som retsgrundlag

Omdrejningspunktet for passivitetsproblematikken kan sammenfattes i følgende spørgsmål: *Har en person, ved sin egen adfærd, bragt sig i en situation, hvor rimelig hensyntagen til en andens interesser kræver, at han inden en vis tid reklamerer, såfremt han ikke ønsker at være forpligtet?*

Passiviteten kan som tidligere nævnt enten tillægges løftevirkning eller udgøre et ansvarsgrundlag. For begge retsgrundlags vedkommende er udgangspunktet en besvarelse af det grundlæggende spørgsmål, og det bør derfor stedse have i erindring ved læsningen af artiklen.

Selvom de to retsgrundlag har fælles omdrejningspunkt, er de så væsensforskellige, at en sammenblanding ikke bør ske. Tales der om passivitet med *løftevirkning* må argumentationen hentes i kontraktsretten. Udgør passiviteten et *ansvarsgrundlag*, kan argumentationen hentes i såvel kontrakts- som deliktsretten afhængigt af, om der består en partsrelation eller ej. Hvor kontraktsrettens fokus er de forestillinger, *parterne* havde for sig ved aftaleindgåelsen, er deliktsrettens *retsansvenderens* opfattelse af, hvad der er acceptabel handlemåde⁶.

Hertil kommer, at det for parterne ikke er ligegyldigt om de har en *aftalepart* eller besidder et *erstatningskrav*. Ønsker en aftalepart efterfølgende at frigøre sig, kan dette, i mangel af anden aftale, normalt⁷ kun ske ved enten misligholdelse eller efter læren om annullation, hvorefter den frigørende part skal erlægge den *positive opfyldelsesinteresse*. Er der derimod tale om et erstatningskrav uden for kontrakt, kan den berettigede kun kræve den *negative kontraktsinteresse*.

En anden væsentlig forskel er af *processuel* karakter. Hvor løftevirkningen begrunder et *umiddelbart* krav, er erstatningskravet uden for kontrakt *middelbart*. Ved løftevirkningen kan løftemodtager derfor indstævne løftegiver og kræve kontraktsmæssig ydelse. Har han lidt et tab, kan han ligeledes kræve dette umiddelbart. Situationen er derimod en anden ved erstatningskravet uden for kontrakt. At kravet er middelbart vil sige, at den berettigede først må rette sit krav mod tredjemanden, der bærer den primære skyld for hele miseren. Kun hvis der ikke

⁶ Jf. Mads Bryde Andersen i U2001B, s. 123.

⁷ Normalsituationen antages at være en *tidsbegrænset* aftale. Er der derimod tale om en *ikke-tidsbegrænset/vedvarende* aftale, består der en adgang til at *opsige* aftalen med et rimeligt varsel. Se Bernhard Gomard, Obligationsret - 1. del, 1998, s. 16 f. Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 1997, s. 162, antager at opsigelsesadgang kun består »...hvis dette fremgår af aftalen eller af særlig lovgivning«.

derved opnås fuld dækning, har han lidt et *tab*, som han kan kræve erlagt af den passive part. Erstatningskravet er med andre ord et »nettokrav«.⁸

3.1 Passivitet med løftevirkning

Det ligger implicit i formuleringen »passivitet med løftevirkning«, at der etableres en partsrelation. Det beskyttelsesværdige hensyn ved passivitet med løftevirkning er den passive parts medkontrahent. Passivitetsvirkningen *retsstiftelse* begrundes derfor i loyalitetspligten i kontraktsforhold, som ligger bag adskillige af de formueretlige regler/retsgrundsætninger. Loyalitetspligten foreskriver, at der skal tages et rimeligt hensyn til modpartens interesser. I passivitetssammenhængen består forpligtelsen i, at man skal tilkendegive sin stillingtagen.

Løftevirkningen bygger dels på lovregler og dels på den ulovbestemte passivitetsgrundsætning. At der kan eksistere et sådant ulovbestemt grundlag for aftaleindgåelse følger allerede af forarbejderne til aftaleloven, der udtaler følgende herom: »Allerede heraf følger, at den Omstændighed, at et eller andet Punkt indenfor det foreliggende Emne er uomtalt, ikke i Almindelighed vil kunne tages til Indtægt for en Modsætningsfortolkning«.⁹

Som supplement til løftevirkningen er det vigtigt at være opmærksom på passivitetsens værdi som *bevisdatum* for aftaleindgåelse. Der skal derfor kort knyttes nogle bemærkninger til sammenhængen mellem de to.

I forbindelse med et sagsanlæg vil der i visse tilfælde sandsynligvis kunne opnås en fordel ved at anføre begge synsvinkler som anbringender således, at man, som sit *principale* anbringende, anfører, at der er indgået en aftale, og at passiviteten udgør et bevisdatum herfor. *Subsidiært* bør det anføres, at passiviteten i sig selv begrunder retsstiftelsen/aftaleindgåelsen. Tankegangen bag konstruktionen er, at de to synsvinkler komplementerer hinanden. Er der meget, der taler for den primære påstand, må det antages, at en domstol vil være mere tilbøjelig til at følge den subsidiære påstand. Omvendt må det antages, at jo mindre sandsynlig aftaleindgåelsen er (den *principale* påstand), desto mindre tilbøjelig vil domstolen være med hensyn til at statuere aftaleindgåelse ved passivitet (den *subsidiære* påstand).¹⁰

⁸ Sondringen mellem umiddelbar og middelbar må ikke forveksles med begrebet *direkte krav*. Direkte krav er ikke et entydigt begreb, men bruges normalt om den situation, hvor der består et sådant trepartsforhold mellem A, B og C, at C under normale omstændigheder ville kunne gøre et krav gældende mod B, som B ville kunne videreføre mod A. At kravet er direkte, betyder her at C kan springe B over og rette sit krav direkte mod A. Se herom særligt *Vibe Ulfbeck*, *Kontraktens relativitet*, 2000, s. 130 ff og *Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, Bind I, 2000, s. 426 ff.

⁹ Se Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade, s. 15. Udtalelsen vedrører samtlige aftalelovens kapitler.

¹⁰ Jf. også *Hjalmar Karlgren*, *Passivitet*, 1965, s. 10 f og *Lennart Lynge Andersen m.fl.*, *Aftaler & Mellemmænd*, 3. udgave, 1997, s. 95 f i småtrykket.

3.2 Passivitet som ansvarsgrundlag

Passivitet som ansvarsgrundlag kan såvel aktualiseres mellem kontraherende parter som i situationer, hvor der ikke består en partsrelation. I disse situationer udgør passiviteten en sådan mislig adfærd, at den, på baggrund af culpanormen, begrundes i stiftelsen af en fordring – et erstatningskrav.¹¹

Hvor der består en partsrelation, er det beskyttelsesværdige hensyn, som nævnt ovenfor, den passive parts medkontrahent. At passiviteten tillægges retsvirkning begrundes i den obligationsretlige loyalitetspligt. Består der ikke en partsrelation, er det beskyttelsesværdige hensyn den part, der lider skade som følge af den udviste passivitet. Loyalitetspligten kan her ikke anføres som begrundelse, da den forudsætter en partsrelation. Derimod kan retsstiftelse begrundes i almindelige risikobetragtninger, som er karakteristiske for mellemmandslæren, reglerne om tredjemandsforhold samt ejendomsretten i almindelighed. Overvejelser over hvem af parterne, der er nærmest til at bære risikoen for den udviste passivitet, er her i centrum.

4. Passivitetsproblematikkens forskellige ansigter

Arten af den passivitetssituation, man konfronteres med, er bestemmende for de beskyttelsesværdige hensyn og følgelig for problematikken løsnings. I det følgende anføres derfor nogle overordnede betragtninger om problematikken karakteristika – dens »forskellige ansigter«. Artiklen sonder mellem tre typeforhold – topartsforhold, mellemmandsforhold og ugyldighedsforhold.

Ved *topartsforhold* forstås selvsagt, at der kun er to parter involveret i forløbet. Kendetegnende er, at den ene part forholder sig passiv over for eksempelvis tilbud, accept, stadfæstelsesskrivelser, fakturaer etc.

Mellemmandsforhold anvendes i overensstemmelse med mellemmandslæren, dvs. om fuldmagts-, kommissions-, handelsagentforhold etc. Herudover gennemgås visse afgrænsningssituationer. Kendetegnende er den klassiske mellemmandsretlige triangel - hovedmand, mellemmand og tredjemand.

Ugyldighedsforhold anvendes i overensstemmelse med ugyldighedslæren. Interessen samler sig om de situationer, hvor ugyldigheden påberåbes som følge af tredjemands adfærd. Ligesom ved mellemmandsforholdene er der tre parter involveret.

5. Passivitet i topartsforhold

I topartsforholdene synes det kun at være *løftevirkningen*, der begrundes retsstiftelsen. Der foreligger, så vidt vides, ingen trykte domme i nordisk ret, der anvender

¹¹ Se nærmere herom *Ulf Cervin*, Om passivitet inom civilrätten, 1960, s. 205 ff.

passivitet som ansvarsgrundlag i disse situationer. Derimod foreligger der en omfattende nordisk retspraksis, hvorefter passiviteten tillægges løftevirkning.¹²

Passivitetens løftevirkning bygger dels på lovregler og dels på den ulovbestemte passivitetsgrundsætning. Nedenfor i afsnit 5.1 vil de lovbestemte passivitetsregler i aftalelovens kapitel I kort blive gennemgået. Derefter gennemgås i afsnit 5.2 forskellige ulovregulerede situationer, hvor passivitet kan føre til retsstiftelse.

5.1 Passivitetsregler i aftalelovens kapitel I – Om afslutning af aftaler

Aftalelovens kapitel I indeholder tre passivitetsbestemmelser - § 4, stk. 2, § 6, stk. 2 og § 9.

Aftl § 4, stk. 2, omhandler *forsinket accept*. Aftl § 4, stk.1, opstiller som hovedregel, at et tilbud bortfalder, såfremt det ikke bliver accepteret rettidigt. Passivitetsreglen i § 4, stk. 2 indeholder undtagelsen hertil, når acceptanten berettiget tror, at han har svaret rettidigt og tilbudsgiver bør vide, at han tror dette, jf. § 4, stk. 2, 1. pkt. I denne situation pålægges tilbudsgiver *uden ugrundet ophold* at underrette acceptanten, hvis han ikke vil være bundet, jf. § 4, stk. 2, 2. pkt.¹³ Forholder han sig passiv bestemmer § 4, stk. 2, 3. pkt., at retsvirkningen er aftaleindgåelse.

Aftl § 6, stk. 2 vedrørende *uoverensstemmende accept* er bygget op over samme skabelon som § 4, stk. 2. Der kan derfor i det hele henvises til det ovenstående.

Aftl § 9 regulerer den situation, hvor A afgiver et tilbud til B. Tilbudet indeholder dog et forbehold, som gør, at det retligt har karakter af en *opfordring til at gøre tilbud*.¹⁴ Afgiver B herefter tilbud, foreskriver Aftl § 9, 2. pkt., at A skal reklamere uden ugrundet ophold, hvis han ikke vil antage det. De nærmere betingelser for reklamationspligtens indtræden er, (1) at B's tilbud er i overensstemmelse med A's opfordring¹⁵, (2) tilbudet skal være fremkommet inden rimelig tid, (3) tilbudet skal være afgivet af den, opfordringen var rettet til og (4) A må gå ud fra, at tilbudet er fremkaldt ved opfordringen. Forholder A sig passiv i denne situation, anses aftale for indgået, jf. Aftl § 9, 3. pkt.

5.2 Ulovregulerede situationer

Nedenfor vil en række forskellige momenter blive gennemgået for at illustrere bredden og forskelligheden af de situationer, hvor passiviteten tillægges løftevirk-

¹² Ulf Cervin, Om passivitet inom civilrätten, 1960, s. 210 antager, med henvisning til sit omfattende studium i afhandlingens kapitel 1, at nordisk ret kun hjemler *aftalevirkning* i topartsforholdene.

¹³ Der stilles her krav om *specifik reklamation*, jf. også Lennart Lyngge Andersen *m.fl.*, Aftaler & Mellemmænd, 3. udgave, 1997, s. 63, med note 71.

¹⁴ Er erklæringen ikke i sig selv et tilbud, men kun en opfordring til at gøre tilbud, finder princippet i Aftl § 9 anvendelse.

¹⁵ Er situationen den, at B's tilbud er uoverensstemmende med opfordringen, men dette skyldes en fejl/vildfarelse som er kendelig for A, kan dette dog ikke fritage A for reklamationspligten.

ning. Det må erindres, at bedømmelsen af den udviste passivitet er en helhedsbedømmelse, og at samtlige relevante momenter derfor må afvejes overfor hinanden - herunder også modpartens forhold.¹⁶

Har der været *ført forhandlinger*, hvorefter en af parterne fremsender en *stadfæstelsesskrivelse*¹⁷ eller *faktura*, er spørgsmålet, hvilken betydning passivitet heroverfor får. Reageres der ikke, er det et stærkt moment der taler for passivitet med løftevirkning, jf. U1965.300H og U1998.259H forudsætningsvist. *1965-sagen* vedrørte en københavnsk frugtgrosserers salg af kartofler til Skotland. Højesteret lagde til grund, at der var reklameret telefonisk over for ordrebekræftelsen og statuerede bl.a. derfor ikke *aftaleindgåelse/retsstiftelse*. *1998-sagen* vedrørte en entrepriseaftale mellem en tagdugsvirksomhed og en kartoffelmelsfabrik. Også i denne sag lagde Højesteret til grund, at der var reklameret telefonisk samt via fax over for ordrebekræftelsen, og at aftale derfor ikke var indgået.

Processuelt er det vigtigt at være opmærksom på, at forhandlingerne og ordrebekræftelsen i sig selv udgør *bevisdata* for, at aftale er indgået.¹⁸ Procederes der derfor principalt på *aftaleindgåelse* med forhandlingerne og ordrebekræftelsen som bevis herfor, må det antages at øge sandsynligheden for subsidiært at anvende passiviteten som selvstændigt stiftelsesgrundlag, jf. også ovenfor i afsnit 3.1.

En afart af den beskrevne problematik opstår i tilknytning til spørgsmålet om *rette medkontrahent*. Et typisk problem, man her står overfor, vedrører personlig hæftelse contra selskabshæftelse. Som illustration kan man forestille sig følgende situation; A påstår at have indgået aftale med B og derved at have et krav mod B *personligt*. B påstår derimod, at der er indgået en aftale med B's ApS, hvorfor kravet kun kan rettes mod dette.¹⁹ Er selskabsdannelse almindelig på det pågældende område, er udgangspunktet, at A kun kan rette sit krav mod selskabet.²⁰ Der kan dog foreligge momenter, der trækker i modsat retning, sådan at resultatet efter en konkret bedømmelse vil blive det modsatte - at B hæfter personligt. Passiviteten kan udgøre et sådant moment. Har A fremsendt en *stadfæstelsesskrivelse* til B eller til Aps/ved B personligt, må B reklamere i overensstemmelse med den almindelige passivitets-

¹⁶ Om de forskellige momenter se også *Lennart Lyngge Andersen m.fl.*, *Aftaler & Mellemmænd*, 3. udgave, 1997, s. 96 ff.

¹⁷ Herved forstås i denne sammenhæng eksempelvis ordrebekræftelser og lign. Se herom *Stig Jørgensen*, *Kontraktret*, Bind I, s. 67 og 184, *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 431.

¹⁸ Jf. også *Trolle* i U1965.245, der kommenterer U1965.300H.

¹⁹ Om problematikken se særligt *Torkil Rasmussen* i U1993B38 - »Selskabshæftelse eller personlig hæftelse?« og *Erik Werlauff*, *Selskabsmåske*, 1991, s. 192 ff.

²⁰ Dette gælder særligt, hvis det er A der har taget initiativ til aftalens indgåelse. I så fald må han undersøge med hvem han kontraherer, og i tilfælde af uvished herom derfor være nærmest til at bære risikoen herfor.

grundsætning, hvis han ikke vil være bundet.²¹ Retsvirkningen af passiviteten er dermed løftevirkning for B, idet han bliver aftalepart.

Et tredje moment er, hvor *klar* og *entydig* modpartens tilkendegivelse, om at aftale anses for indgået, fremtræder. Er tilkendegivelsen uklar og tvetydig, taler dette imod aftaleindgåelse ved passivitet, jf. U1990.606H. Sagen vedrørte en landmands ønske om køb af to landbrugsmaskiner af en maskinforhandler. Højesteret udtalte »at ordrebekræftelsen...ikke fremtræder som en sådan klar bekræftelse af en endelig købeaftale, at appellanten [landmanden] ved sin passivitet over for skrivelsen...er blevet bundet i overensstemmelse med ordrebekræftelsen«.

Et fjerde moment er *købets karakter*. Er der tale om et forretnings-, civil- eller forbrugerforhold. I forretningsforhold går reklamationspligten utvivlsomt videre end udenfor, idet der kræves større agtsomhed af parterne. Det vil sige, at en handlende lettere bliver bundet af en udvist passivitet end eksempelvis en forbruger. Et beskrivende eksempel er U1974.119H vedrørende A's ønske om at erhverve 2.000.000 liter gasolie fra B. På telefon drøftedes vilkårene for købet, hvorefter B samme dag fremsendte en stadfæstelsesskrivelse i form af en ordrebekræftelse. Først 7 dage senere reagerede A med en tilkendegivelse om, at han ikke anså aftale for indgået. Højesteret udtalte, at »Selv om endelig aftale ikke med fornøden sikkerhed måtte kunne anses indgået ved telefonsamtalen den 10. marts 1972, findes ...[A] der selv havde henvendt sig til ...[B] og under telefonsamtalen drøftet de nærmere vilkår for køb - at have haft pligt til omgående at gøre indsigelse mod ...[B's] ordrebekræftelse, da ...[A] ...modtog denne, idet det i hvert fald da måtte stå ...[A] klart, at ...[B] betragtede handel som afsluttet. ...[A's] unkladelse af reklamation findes at måtte medføre, at [A] anses bundet i overensstemmelse med ordrebekræftelsen. At der er tale om et udpræget forretningsforhold synes her at have skærpet reklamationspligten ganske betragteligt.

Et femte moment er selve *partsrelationen*. Har parterne eksempelvis tidligere indgået aftaler, vil dette skærpe reklamationspligten.²² Det vil sige, at der i denne situation skal mindre til for at statuere aftaleindgåelse.

Et sjette moment er *ydelsens karakter*. Er der tale om varer, der svinger betydeligt og/eller hyppigt i pris eller er letfordærlige, skærpes reklamationspligten for at undgå, at en af parterne får mulighed for at spekulere på den andens bekostning. Det er vigtigt at koble dette moment med *købets karakter*. Det slår sandsynligvis kun fuldt ud igennem i forretningsforhold, men må også antages at få betydning uden for dette område om end med mindre styrke.

Et syvende moment er *passivitetsens udstrækning*. Momentet falder i to led - dels spørgsmålet om *gentagen passivitet* og dels spørgsmålet om *længere tids passivitet*. *Gentagen passivitet* omhandler den situation, hvor en part af flere omgange har haft anledning til og mulighed for at reklamere. Er dette tilfældet, taler det for, at den pågældende bliver forpligtet, jf. også U1965.823SH vedrørende tegning af en

²¹ Bevisbyrden for at have reklameret påhviler B.

²² Trolle i U1965B245 bruger ligefrem ordvalget »...en naturlig pligt« til at reklamere i denne situation.

annonce til et telexkatalog, hvor A forholdt sig passiv i to omgange, hvor han havde mulighed for at reagere. Er der tale om *længere tids passivitet* øges risikoen for, at modparten faktisk har indrettet sig på eller har forventet at kunne indrette sig på, at der er indgået en aftale. Indretningssynspunktet trækker derfor i retning af, at parten bliver bundet, jf. også ovenfor om U1974.119H.

Det ottende og sidste moment der særligt skal fremhæves, er spørgsmålet om, hvem der har taget *initiativet til aftalen*. Er passiviteten udvist af den part, som har taget initiativet til aftalen, trækker dette i retning af, at han bliver bundet, jf. U1974.119H, hvor Højesteret særligt fremhæver dette moment. Momentets vigtighed synes også illustreret ved dommen U1983.597V, ligeledes vedrørende salg af gasolie, hvor Vestre Landsret kom til det modsatte resultat i en situation, hvor passiviteten *ikke* var udvist af den part, der tog initiativ til aftalen. Ræsonnementet er, at i jo højere grad B ved sin egen adfærd har bragt sig i en situation, hvor A med rimelighed kan forvente, at der er indgået en aftale, desto mere nærliggende er det at anse B for forpligtet, når han ikke reagerer på A's tilkendegivelse om at aftale anses for indgået.²³

Konfronteret med en passivitetssituation må man altså foretage en helhedsvurdering og afvejning af samtlige sagens omstændigheder for at kunne afgøre, hvorvidt retsstiftelse er den rette sanktion. De ovenfor anførte momenter kan i denne sammenhæng være en hjælp, men prætenderer ikke at være et udtømmende katalog.²⁴

6. Passivitet i mellemandsforhold

Det centrale spørgsmål i mellemandsretten er, hvorledes og i hvilket omfang mellemanden kan forpligte hovedmanden. Denne relation betegnes også »det ydre forhold«, hvorved det understreges, at den retlige fokus ligger på forholdet mellem hovedmanden og tredjemand. Den mellemandsretlige passivitetsproblematik vedrører ligeledes »det ydre forhold«, men må dog formuleres anderledes. Omdrejningspunktet er, hvorvidt hovedmanden eller tredjemanden ved sin passivitet har legitimeret sig som løftegiver. Legitimationen opstår som følge af, at passiviteten udgør en bestemmende adfærd, og løftemodtageren derfor har haft særlig føje til at forvente den passive part som løftegiver. I denne situation er det nærmere at lægge *risikoen* for »løftemodtagers« fejlagtige opfattelse af retsforholdet på den passive part, som har haft en anledning til at reagere. Afgørende for passivitetsbedømmelsen er således risikovurderingen, herunder særligt løftemodtagers berettigede forventninger.

²³ Jf. Lennart Lynge Andersen m.fl., *Aftaler & Mellemmænd*, 3. udgave, 1997, s. 98.

²⁴ En nyere dom hvor passivitet ikke statueredes er U2000.247V (Udbedring af fast ejendom i forbindelse med købet).

6.1 Lovregulerede passivitetsregler

Aftalelovens kapitel II om fuldmagt indeholder i § 19 en passivitetsregel. Bestemmelsen finder anvendelse, når hovedmanden har særlig grund til at tro, at fuldmægtigen, uanset at fuldmagten er tilbagekaldt eller erklæret uvirksom, vil foretage en retshandel på hans vegne. I denne situation pålægges hovedmanden en reklamationspligt over for den godtroende tredjemand. Forholder hovedmanden sig passiv, er retsvirkningen, at passiviteten tillægges *løftevirkning*, og at han derved bliver bundet over for tredjemanden, jf. § 19, 2. pkt. Passivitetsreglen antages at udtrykke en formueretlig grundsætning.

Kommissionslovens kapitel II indeholder i § 5 en speciel passivitetsbestemmelse, hvorefter en handelskommissionær, efter anmodning fra en forretningsforbindelse om at besørge salg eller køb, skal reklamere, hvis han ikke vil overtage hvervet. Forholder kommissionæren sig passiv tillægges adfærden *løftevirkning*, idet hvervet hermed anses for overtaget, jf. § 5, 2. pkt.

Også Handelsagentlovens kapitel II indeholder særregler om passivitet i § 16, stk. 2, § 19 og § 20, stk. 2.²⁵ Efter § 16, stk. 2, skal *agenturgiveren* reklamere, hvis han ikke vil bindes af en af agenten indgået aftale. Forholder *agenturgiveren* sig passiv, forpligtes han som *løftegiver* over for den godtroende tredjemand, jf. § 16, stk. 2, 2. pkt.

Efter § 19 skal *tredjemand* reklamere, hvis han ikke vil bindes, efter at han har modtaget en godkendelse/accept af aftalen fra *agenturgiveren*. Forholder *tredjemanden* sig passiv forpligtes han som *løftegiver* overfor *agenturgiveren* samt pålægges bevisbyrden for, at aftalen er indgået med et andet indhold end det af *agenturgiveren* anførte, jf. § 19, 2. pkt.

Ifølge § 20, stk. 2 skal *agenturgiveren* reklamere, hvis agenten uden bemyndigelse har modtaget betaling eller foretaget ændringer i aftalen. Forholder *agenturgiveren* sig passiv, forpligtes han som *løftegiver* over for den godtroende tredjemand, jf. § 20, stk. 2, 2. pkt.

Som fremgået er det kendetegnende for lovreguleringen af passiviteten, at bestemmelserne fastlægger passivitet med *løftevirkning* som retsgrundlag. At passiviteten tillægges retsvirkning skyldes, at den reklamationspligtige har særlig anledning til at tilkendegive sin stillingtagen.

6.2 Ulovregulerede situationer

Som et første eksempel på hovedmandens forpligtelse ved passivitet skal fremhæves *adfærdsfuldmagten*. Denne særegne fuldmagtsform bygger på en erkendelse af, at der består et behov for at anerkende fuldmagt i videre omfang, end aftaleloven hjemler.²⁶ Forholder hovedmanden sig passiv overfor en fuldmægtig, der foretager

²⁵ Se nærmere herom *Bent Iversen*, *Handelsagenten og eneforhandleren*, 3. udgave, 1997, s. 132 ff.

²⁶ Jf. for dansk rets vedkommende særligt *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 299.

retshandler på hans vegne, kan dette derfor efter omstændighederne føre til retsstiftelse, således at hovedmanden forpligtes som *løftegiver*.²⁷

Som et andet eksempel kan nævnes U1965.823SH. Dommen illustrerer dels en ulovbestemt retsstiftelse i mellemmandsforhold og dels, at Aftl § 19 blot udgør en kodifikation af en almindelig retsgrundsætning. Sagen vedrørte tegning af en annonce til et telexkatalog, hvor A forholdt sig passiv i to omgange, hvor han havde mulighed for at reagere – først passivitet overfor en kopi af annoncebestillingsaftalen, som var indgået af en medarbejder uden bemyndigelse dertil, og herefter passivitet over for den fremsendte regning. Sø- & Handelsretten udtalte på denne baggrund, at A »Ifølge princippet i aftalelovens § 4, stk. 2, § 6, stk. 2, og § 19 ...findes at måtte være bundet ved aftalen.« Retsgrundlaget er altså også i denne situation passivitet med *løftevirkning*.

Som fremgået er det kendetegnende for de ulovregulerede passivitetssituationer, at den passive forpligtes som *løftegiver*. Dette er også logisk al den stund, at personens adfærd er den bestemmende faktor, og løftemodtageren har haft føje til at forvente ham som løftegiver. Har hovedmanden eller tredjemand særlig grund til at antage, at der handles på deres vegne, må der reklameres, hvis aftaleindgåelse skal undgås.

Det er således de samme forhold og dermed hensyn, der gør sig gældende for både de lov- som uregulerede passivitetssituationer. På den baggrund kan det ikke undre, at passivitsgrundsætningen dækker det ulovregulerede område.

7. Passivitet i ugyldighedsforhold

Det vil fremgå af den nedenstående gennemgang, at Aftalelovens kapitel III om ugyldige viljeserklæringer kun indeholder passivitetsbestemmelser ved stærke ugyldighedsgrunde. Baggrunden herfor skal findes i hensynene bag sondringen mellem de stærke og svage ugyldighedsgrunde.

Sondringens *raison d'être* er, at de ugyldighedsgrunde, som man ikke kan gardere sig imod, er gjort til stærke, mens de øvrige er gjort til svage. Retsvirkningen er, at en stærk ugyldighedsgrund altid kan gøres gældende over for løftemodtager uanset dennes gode eller onde tro, hvorimod den svage ugyldighedsgrund kun kan gøres gældende, når løftemodtager har kendskab eller burde have haft kendskab til dens eksistens, dvs. er i ond tro. Det fremgår heraf, at sondringen bygger på en *risikoafvejning* mellem aftaleparterne. Skal løftegiver eller løftemodtager bære risikoen? Ved de svage ugyldighedsgrunde lægges risikoen på løftegiver, hvorimod man ved de stærke grunde lægger risikoen på løftemodtager.

²⁷ Fuldmagtsformen benævnes også *tolerancefuldmagt*.

Det er vigtigt at erindre, at spørgsmålet om god eller ond tro kun opstår, når der er en tredjepart inde i forbindelse med aftaleindgåelsen.²⁸ Det giver ingen mening at forestille sig, at A, der bevidst og i strid med sandheden, har oplyst, at den bil, han sælger til B, lige har gennemgået en totalrenovering, skulle være i god tro herom. Den følgende gennemgang vedrører derfor kun trepartsforhold, hvor ugyldigheden skyldes en *tredjemands* adfærd. På baggrund af tredjemands adfærd afgiver løftegiver en viljeserklæring over for løftemodtager. Nærmere bestemt er spørgsmålet, om løftegiver fortaber sin ugyldighedsindsigelse ved ikke at gøre den gældende over for den godtroende løftemodtager uden ugrundet ophold. Svares der bekræftende herpå, er retsvirkningen retsstiftelse.

Eftersom den godtroende løftemodtager ved de *svage ugyldighedsgrunde* vinder ret over for løftegiveren, opstår der ikke noget passivitetsproblem, idet løftegiver allerede mistede sin indsigtelse qua løftemodtagers gode tro.

Det modsatte er imidlertid tilfældet ved de *stærke ugyldighedsgrunde*, hvor løftegiveren bevarer sine ugyldighedsindsigelser. Den grundlæggende forudsætning om, at man ikke kan gardere sig mod den stærke ugyldighedsgrund, og at man derved ikke kan lægges noget til last brister, hvis løftegiver efterfølgende forholder sig passiv overfor en løftemodtager i god tro. Som følge af løftegivers passivitet kan løftemodtageren komme til at lide et tab, eksempelvis som følge af at han indretter sig i tillid til løftet. Løftegiveren må derfor have en pligt til at underrette den godtroende løftemodtager, så snart han får mulighed herfor. Gør han ikke det, ændres der ved forudsætningerne for at pålægge løftemodtageren risikoen. Dette er da også baggrunden for bestemmelserne i Aftalelovens § 28, stk. 2, og § 32, stk. 2, hvorefter løftegiver fortaber sin ugyldighedsindsigelse ved efterfølgende passivitet. Af større interesse er det dog, at det anførte også må gælde uden for de lovregulerede tilfælde, jf. nærmere nedenfor i afsnit 7.2.

7.1 Passivitetsregler i aftalelovens kapitel III – Om ugyldige viljeserklæringer Aftalelovens kapitel III indeholder to passivitetsbestemmelser – Aftl § 28, stk. 2 og § 32, stk. 2.

Aftalelovens § 28, stk. 2 omhandler voldelig/mekanisk²⁹ tvang. Den tvungne pålægges en reklamationspligt, hvis tvangen er udøvet af en tredjemand og den til hvem erklæringen er afgivet var i god tro herom. I så fald skal han reklamere uden ugrundet ophold overfor den godtroende løftemodtager, jf. § 28, stk. 2, 1. pkt. Forholder han sig passiv tillægges adfærden *løftevirkning*³⁰, hvorefter retsvirkningen er aftaleindgåelse, jf. § 28, stk. 2, 2. pkt.

Aftalelovens § 32, stk.2 omhandler tredjemands forvanskning af en viljeserklæring. Løftegiver pålægges en reklamationspligt, hvis løftemodtageren var i god

²⁸ Undtagelsen hertil er Aftl § 32 stk. 1, hvor der tales om god tro mellem to parter.

²⁹ Bestemmelsen finder *analog* anvendelse på mekanisk tvang.

³⁰ Forstået derved at ugyldighedsindsigelsen falder bort. Det kan dog forekomme anstrengt at bruge betegnelsen løftevirkning i denne sammenhæng.

tro om forvanskningen. I så fald skal løftegiver reklamere uden ugrundet ophold overfor denne, jf. § 32, stk. 2, 2. pkt. Forholder han sig passiv tillægges adfærd *løftevirkning*, hvorefter retsvirkningen er aftaleindgåelse, jf. § 32, stk. 2, 3. pkt.

Som fremgået er det kendetegnende for lovreguleringen af passivitet, at den kun regulerer de *stærke ugyldighedsgrunde* og at retsgrundlaget er passivitet med *løftevirkning*.³¹

7.2 Ulovregulerede passivitetssituationer

Som tidligere nævnt bygger de stærke ugyldighedsgrunde på en risikoafvejning. Adskillige stærke ugyldighedsgrunde er ikke lovregulerede i dansk ret. Der ses ikke at være grundlag for, at disse som udgangspunkt skal behandles anderledes i relation til en efterfølgende passivitet fra løftegivers side.

På ét væsentligt punkt afviger de dog fra de lovregulerede tilfælde. Bestemmelserne i aftaleloven foreskriver *løftevirkning*. Uden for de lovregulerede tilfælde må udgangspunktet, i overensstemmelse med den almindelige formueret, derimod være et *erstatningsansvar*. Kun i de tilfælde, hvor der er særlige holdepunkter for at anse passiviteten som udtryk for en stiltiende accept eller lignende, vil den kunne tillægges *løftevirkning*.³² Det traditionelle formueretlige udgangspunkt kan formuleres således, at den der tier *ikke* samtykker.³³ Dette må stadig antages at være gældende ret, om end der synes at være en vis objektiverende tendens vedrørende passivitetens *løftevirkning*.³⁴

Som nævnt i afsnit 3 er det vigtigt at være opmærksom på denne forskel i retsgrundlaget, idet den som refleksvirkning har både materiel og processuel betydning for parterne.

Som eksempler på ulovregulerede stærke ugyldighedsgrunde kan fremhæves *falsk* og *forfalskning*. Hvis »løftegiver«³⁵ forholder sig passiv overfor løftemodtager efter, at han er blevet klar over, at en tredjemand har udøvet falsk eller forfalsket en viljes-

³¹ En nyere dom vedrørende retsstiftende passivitet er U1999.1120Ø (Ugyldighedsindsigelse vedrørende aftale indgået i strid med dørsalgsloven fortabt ved passivitet. Køberen blev herefter dømt til at betale det krævede beløb). I dommen U1999.322Ø nåede retten til det modsatte resultat (Telefonsalg af optioner til forretningsdrivende som forbruger i strid med dørsalgsloven).

³² Jf. også *Hjalmar Karlgren*, Passivitet, 1965, s. 8, *Bernhard Gomard*, Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt, 1958, s. 92 og *Lennart Lynge Andersen m.fl.*, Aftaler & Mellemmænd, 3. udgave, 1997, s. 169 i småtrykket vedrørende *falsk*.

³³ Jf. også *Mads Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, 1997, s. 156 og *Bernhard Gomard*, Almindelig Kontrakstret, 2. udgave, 1996, s. 93.

³⁴ Se om denne tendens bl.a. *Ulf Cervin*, Om passivitet inom civilrätten, 1960, s. 180 ff og *Hjalmar Karlgren*, Passivitet, 1965, s. 8. Den objektiverende tendens er et generelt karakteristikon ved retsudviklingen på formueretsområdet, jf. bl.a. *Vibe Ulfbeck*, Kontraktens relativitet, 2000, særligt s. 50 f, 58 og s. 79 ff. og *Mads Bryde Andersen* i U2001B, s. 121.

³⁵ Løftegiver er sat i anførselstegn, da han/hun ikke er løftegiver i falsksituationen.

erklæring, må udgangspunktet være, at han bliver *erstatningsansvarlig* over for løftemodtager.³⁶ Kun hvis det undtagelsesvis kan lægges til grund, at passiviteten er udtryk for en stiltiende accept, forpligtes han som *løftegiver*. Erstatningsansvaret bør dog kun ifaldes, hvis »løftegiveren« har haft rimelig grund til underrette tredjemanden.

8. Opsummering

Som fremgået af artiklen, er retsvirkningerne af passivitet meget forskelligartede. Således sondres mellem retsstiftelse, retsfortabelse, indholdsmæssig påvirkning, fortolkningsmæssig påvirkning og processuel påvirkning. Behandlingen afgrænser sig til den retsstiftende passivitet.

Som grundlag for retsstiftelsen sondres der mellem passivitet med løftevirkning og passivitet som ansvarsgrundlag. Det påpeges, at retsstiftelsen er identisk med den almindelige tvedeling af fordringers stiftelse - løfte og skyld. Opdelingen betydning beror på, at det ikke er ligegyldigt om man besidder et *kontraktskrav* eller et *erstatningskrav*. Ønsker en aftalepart efterfølgende at komme ud af en aftale kan dette, i mangel af anden aftale, normalt kun ske ved enten misligholdelse eller efter læren om annulation, hvorefter den frigørende part skal erlægge den *positive opfyldelsesinteresse*. Er kravet derimod et erstatningskrav, kan den erstatningsberettigede kun kræve den *negative kontraktsinteresse*. Hertil kommer den processuelle forskel. Hvor løftevirkningen begrunder et *umiddelbart* krav, er erstatningskravet *middelbart*.

Artiklen opdeler passivitetssituationerne i tre forhold - topartsforhold, mellemmandsforhold og ugyldighedsforhold. Forholdene er så væsensforskellige, at en særskilt gennemgang af hver enkelt er nødvendig for at illustrere, hvornår retsvirkningen er retsstiftelse, samt hvornår retsgrundlaget er løftevirkning kontra ansvarsgrundlag. Som fremgået er det kun i de ulovregulerede ugyldighedsforhold, at retsgrundlaget er et erstatningsansvar. I samtlige andre af de gennemgåede situationer er retsgrundlaget løftevirkning.

Artiklen har bevidst anlagt en bredere indfaldsvinkel til passivitetsproblematikken. Formålet har været at belyse en del af de forskelligartede situationer, hvor udvist passivitet medfører retsstiftelse. Der findes i dag adskillige passivitetsbestemmelser i dansk ret. De valgte bestemmelser udgør blot et lille udpluk heraf. Mere interessant er det dog, at retsordenen også uden for de lovregulerede tilfælde anvender passivitetsgrundsætningen som grundlag for retsstiftelse. På denne baggrund synes det tydeliggjort, at passivitetslæren i dag udgør en ikke uvæsentlig del af den almindelige formueretlige lære om fordringers stiftelse.

³⁶ Jf. også *Lennart Lyng Andersen m.fl., Aftaler & Mellemmænd*, 3. udgave, 1997, s. 169 i småtrykket, men af modsat opfattelse *Henry Ussing, Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 42 og 398 f, der antager, at man ikke i almindelighed kan pålægges en reklamationspligt ved *falsk*.

VE-beviser

- omlægning af de danske støtteordninger til vedvarende energi

af

Lektor Bent Ole Gram Mortensen

1. Indledning

I lighed med en række europæiske lande har Danmark inden for de senere år ændret reguleringsregimet for elforsyning med henblik på en øget liberalisering af sektoren. Kort før vedtagelsen af eldirektivet i 1996¹ blev den danske lovgivning i store træk tilpasset direktivets krav. Senere fulgte en mere omfattende lovændring, der byggede på elreformaftalen af 03.03.1999 mellem regeringen og en del af oppositionen. Heri blev det politisk besluttet at indføre en såkaldt certificering af strøm på vedvarende energikilder (VE).² Disse certifikater benævnes VE-beviser³ og er nu en del af den nye elforsyningslov,⁴ jf. §§ 60-66.

Formålet med udstedelsen af disse beviser er at yde en produktionsstøtte til elproducenter, der anvender vedvarende energikilder. Sigtet med støtte til dette område er især miljøpolitisk, men understøtter tillige forsyningssikkerhedsmæssige hensyn. Den hidtidige kontante driftsstøtte, der gives oven i afregningsprisen for VE-baseret elektricitet, skal afskaffes i takt med indførelsen/tildelingen af VE-beviser.

Omfattet af reglerne er elektricitet, der fremstilles ved vindkraft, biogas, biomasse, solenergi og bølgeenergi, samt elektricitet, der fremstilles på vandkraftanlæg under 10 megawatt (MW). Elektricitet produceret på en af disse ressourcer benævnes i elforsyningsloven *VE-elektricitet* (ifølge dennes § 55). Udenfor begrebet falder især elektricitet produceret på basis af fossile brændsler og affald, der heller

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19.12.1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet, EFT 1997 L 27/20.

² »Vedvarende energi« er ikke noget fast defineret begreb. I den tidligere elforsyningslov anvendtes udtrykket »fornyelige brændsler eller vedvarende energi«. Om begrebets anvendelse i den nuværende elforsyningslov og i eldirektivet, se *Bent Ole Gram Mortensen: Elforsyningsloven med kommentarer (2000)* s. 170 f.

³ I anden sammenhæng betegnes VE-beviser ofte som grønne certifikater eller VE-certifikater.

⁴ Lov nr. 375 af 02.06.1999 med senere ændringer.

ikke kan anses for omfattet af udtrykket »biomasse«, jf. bemærkningerne⁵ til lovens § 55, stk. 1. Det svarer til den måde, som eldirektivet anvender begrebet »vedvarende energikilder« på. Heri findes dog ikke en direkte definition. Det gør der til gengæld i et udkast af 10.05.2000 til forslag til et kommende VE-direktiv (Forslag til Europa-parlamentets og Rådets direktiv om fremme af elektricitet fra vedvarende energikilder inden for det indre marked for elektricitet, KOM(2000) 279 endelig, EFT 2000 C 311E/320). I dennes artikel 2 anføres, at der ved »vedvarende energikilder« forstås vedvarende, ikke-fossile kilder: Vind, sol, geotermisk varme, bølge- og tidevandsenergi, vandkraftanlæg med en kapacitet på under 10 MW og biomasse, idet der ved biomasse forstås produkter fra land- og skovbrug, vegetabilsk affald fra landbrug, skovbrug og fødevarerproduktion, ubehandlet træaffald samt korkaffald. Samme definition finder anvendelse i de nye EF-rammebestemmelser for statsstøtte til miljøbeskyttelse, EFT 2001 C 37/3.

Nærværende artikel behandler en del af de EU-retlige problemer i relation til dette nye miljø- og energipolitiske instrument.

2. VE-bevisernes karakter

VE-beviserne har karakter af omsættelige værdipapirer. Alle producenter af VE-elektricitet vil vederlagsfrit få tildelt VE-beviser i forhold til den mængde elektricitet, der leveres til elnettet. Som følge af en bred bemyndigelsesbestemmelse i elforsyningslovens § 60, stk. 2, vil det være muligt for ministeren at differentiere mellem forskellige energikilder eller teknologier, således at det antal kWh, der skal til for at få udstedt ét VE-bevis, varierer. Denne mulighed ventes dog ikke udnyttet. Supplerende støtte til teknologier, der endnu ikke er konkurrencedygtige, vil snarere blive givet som anlægstilskud eller sikret ved at opdele købsforpligtelsen på flere forskellige kvoter.

Med henblik på at skabe efterspørgsel efter VE-beviser pålægges elforbrugerne efter lovens § 61 en købsforpligtelse til disse beviser. Forpligtelsen kan varetages enten af forbrugeren selv eller en forsyningspligtig elforsyningsvirksomhed. Den nærmere størrelse af købsforpligtelsen fastsættes af ministeren som en bindende minimumskvotepå en andel af elforbruget. Efter forarbejderne at dømme, kunne den købspligtige kvote ventes at gælde for en femårig periode. Købsforpligtelsen ventes dog nu udmeldt for en »rullende« tiårig periode med et bindende år og 9 foreløbige. Efterfølgende justeringer af den foreløbige kvote vil kun kunne finde sted i særlige tilfælde og efter objektive og klare kriterier. Dermed søges markedets tillid til kvoten bevaret, til trods for at kvoten kun er bindende for et enkelt år.

Er det ikke muligt at købe tilstrækkeligt med VE-beviser til at opfylde kvoten, er elforbrugeren henvist til at betale den efter lovens § 63 fastsatte strafafgift på 27 øre per kWh. Beløbet tilgår statskassen. Lovens bestemmelser indeholder ikke sikkerhed

⁵ L 234: Forslag til lov om elforsyning, som fremsat den 29.04.1999 af miljø- og energiministerens.

for, at opkrævet strafafgift vil komme producenterne af VE-elektricitet til gode. Af bemærkningerne til § 65 fremgår det dog, at differencen mellem statskassens indtægt efter § 63 og udgifter efter § 65 forventes anvendt til yderligere opkøb af VE-beviser eller anden støtte til udbygning af VE-anlæg.

Købsforpligtelsen til VE-beviserne skal erstatte den hidtidige driftsstøtte på typisk 27 øre per kWh til produktion af VE-elektricitet. Prissætningen på VE-beviser bliver markedsbaseret. Dog oprettes en særlig statslig VE-fond (lovens §§ 64-66), der bl.a. har til opgave at opkøbe den del af de ikke-solgte VE-beviser, der ligger inden for den samlede udmeldte købspligtige kvote på landsplan, til en pris af minimum 10 øre og maksimum 27 øre per kWh. Fondens primære formål er udover at opkøbe VE-beviser at overtage vindmøller efter bestemmelsen i lovens § 66. Fondens virksomhed finansieres via egne indtægter og en finanslovsbevilling.

De hidtil offentligt fastsatte afregningspriser for VE-elektricitet forventes gradvist erstattet med en markedsbaseret prissætning. Elforsyningsloven giver mulighed for at indføre en markedsbaseret prissætning, såfremt der udstedes VE-beviser for den pågældende elproduktion.

Bestemmelserne vedrørende VE-beviserne har været anmeldt til Europa-Kommissionen sammen med andre dele af elforsyningsloven og de øvrige dele af elreformaftalekomplekset. Kommissionen har godkendt VE-bevissystemet ved skrivelse af 03.10.2000 i statsstøttesagen N 416/1999. I det følgende vil to af de i godkendelsen behandlede elementer blive diskuteret: Statsstøtte og diskriminerende afgifter.

3. Statsstøttebestemmelsen i EF-traktatens artikel 87

EF-traktatens artikel 87, stk. 1 (tidligere artikel 92, stk. 1) fastslår, at statsstøtte som udgangspunkt er uforenelig med fællesskabsretten:

»Bortset fra de i denne Traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandlen mellem Medlemsstaterne.«

Bestemmelsen indeholder dermed kriterierne »støtte«, »konkurrencefordrejning« og »samhandelspåvirkning«. Mødes disse kriterier ikke, er der ikke tale om statsstøtte i bestemmelsens forstand. Bestemmelsen er i dens ordlyd ikke formuleret som et ubetinget forbud mod statsstøtte. Efter EF-domstolens praksis skal udtrykket »uforenelig med fællesmarkedet« dog forstås som et egentligt forbud.⁶

⁶ Se *Wyatt & Dashwood m.fl.*: *European Union Law*, 4. udgave, Sweet & Maxwell 2000, s. 680, der bl.a. henviser til EF-domstolens dom af 22.03.1977 i sagen, Firma Steinike & Weinlig mod Forbundsrepublikken Tyskland, præmis 9.

Med udtrykket »statsmidler under enhver tænkelig form« understreges bredden i *statsstøttebegrebet*.⁷ Begrebet er ikke entydigt fastlagt ved artikel 87. EF-domstolen lægger ved sin anvendelse af begrebet og dermed ved afgrænsningen af forbuddets anvendelsesområde ikke vægt på hensigten med, men på effekten af en given foranstaltning.⁸ EF-domstolen sonderer ikke i sin praksis mellem tilfælde, hvor støtten ydes direkte af staten, og tilfælde, hvor støtten ydes af offentlige eller private organer, som staten opretter med henblik på at administrere støtten, eller hvortil kompetencen delegeres. Også støtte, som staten pålægger forbrugerne at yde, vil være omfattet.

Statsstøttebestemmelserne skal sammenholdes med bestemmelsen i EF-traktatens artikel 3, litra g og skal dermed medvirke til, at *konkurrencen* inden for det indre marked ikke fordrøjes. Dermed udelukkes ikke brug af statsstøtte som virkemiddel f.eks. til sikring af opfyldelse af Fællesskabets målsætninger f.eks. på miljøområdet.

Artikel 87, stk. 2 og 3, opregner en række områder, hvor støtte kan betragtes som forenelig med fællesmarkedet. Skønsbeføjelsen ligger hos Europa-Kommissionen og er underlagt EF-domstolens kontrol. Kommissionens skøn har efter retspraksis meget vide rammer.⁹ Der er intet retskrav på dispensation, men kun på at der foretages en konkret vurdering. Af særlig interesse er stk. 3, litra c, hvorefter »støtte til fremme af udviklingen af visse erhvervsgrøner eller økonomiske regioner, når den ikke ændrer samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse« kan betragtes som forenelig med fællesmarkedet. Det er på basis af denne bestemmelse, at muligheden for at få undtaget¹⁰ en statsstøtte på miljøområdet fra forbudet i artikel 87, stk. 1, må findes. Det er således hovedsagelig denne bestemmelse, der af Kommissionen i dens tidligere vejledning (1994) om undtagelser fra statsstøtte-

⁷ *Wyatt & Dashwood m.fl.*: European Union Law, 4. udgave, Sweet & Maxwell 2000, s. 682, der opregner en række typer statsstøtte. Se også f.eks. EF-domstolens dom i sagen 48/84 Tyskland mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, præmis 17, hvorefter artikel 87 omfatter enhver form for støtte, der finansieres af offentlige midler.

⁸ EF-domstolens dom af 02.07.1974 i sagen 173/73 Den italienske Republik mod Kommissionen, præmis 27. Se også dommen i sagen 61/79 Amministrazione delle finanze dello stato mod Den Høje Myndighed for Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, der i forhold til traktaten om Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab fastlagde støttebegrebet som ikke blot at omfatte »positive ydelser såsom selve tilskuddene, men ligeledes de indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger« (præmis B I 1 a).

⁹ Se herom EF-domstolens dom af 21.03.1991 i sagen 303/88 Italien mod Kommissionen, præmis 39 og EF-domstolens dom af 17.09.1980 i sagen 730/79 Philip Morris Holland mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, præmis 17 og 24.

¹⁰ Medlemsstaterne skal efter EF-traktatens artikel 88, stk. 3, anmelde støtteordninger til Kommissionen.

forbuddet anvendtes som grundlag for varetagelse af miljøhensyn.¹¹ Punkt 2.3 heri fremhævede specifikt fremme af vedvarende energi.¹²

Europa-Kommissionen tog udgangspunkt i disse bestemmelser i forbindelse med godkendelsen af de danske VE-bevisbestemmelser i elforsyningsloven. Rammebestemmelserne er imidlertid efterfølgende erstattet af EF-rammebestemmelser af 03.02.2001 for statsstøtte til miljøbeskyttelse, EFT 2001 C 37/3. I disse nye rammebestemmelser betragtes foranstaltninger til fremme af vedvarende energi direkte som miljøbeskyttende foranstaltninger. For så vidt angår VE-beviser nævnes dette instrument direkte som et muligt instrument til driftsstøtte til dækning af forskellen mellem omkostningerne til fremstilling af VE-baseret energi og til markedsprisen for samme energi (afsnit E.3.3).

Et VE-bevis er i kraft af dets omsættelighed og den tilhørende afsætningssikkerhed et aktiv. Det tildeles som ovenfor anført vederlagsfrit, og denne tildeling træder i stedet for den eksisterende kontante produktionsstøtte til visse producenter af VE-elektricitet. Særligt de garanterede minimumspriser og købsforpligtelsen til VE-beviserne har træk, der minder om statsstøtte.

3.1 Minimumspris for VE-beviser

I henhold til den danske elforsyningslovs § 65 skal VE-fonden opkøbe ikke afsatte VE-beviser for en pris af minimum 10 øre og maksimum 27 øre per kWh. Den fastsatte minimumspris svarer beløbsmæssigt til et allerede eksisterende tilskud til VE-baseret elproduktion, jf. lov om tilskud til elproduktion. Formålet med dette tilskud har været at kompensere visse elproducenter for en generel CO₂-afgift, der er pålagt al brændsel. I statsstøttesagen N 416/1999 giver Kommissionen udtryk for, at allerede fordi det tidligere tilskud i en statsstøttesag er blevet erklæret for ikke at være omfattet af statsstøttebestemmelsen i EF-traktatens artikel 87, stk. 1, vil den nye minimumspris på VE-beviser heller ikke være det, så længe CO₂-afgiftssatsen forbliver den samme. Den tidligere statsstøttesag (N 4/92) vedrørte den danske såkaldte CO₂-pakke (oprindelig lov nr. 944 af 27.12.1991 om tilskud til elproduktion, nu lovbekendtgørelse nr. 768 af 06.10.1997 om tilskud til elproduktion, som ændret ved lov nr. 377 af 02.06.1999 og lov nr. 1277 af 20.12.2000). Denne indeholdt bl.a. et tilskud på 10 øre per kWh til elektricitet, der fremstilledes på basis af vedvarende energikilder og naturgas. Tilskuddet skulle kompensere for en generel CO₂-afgift, der blev pålagt al elektricitet og beregnet ud fra CO₂-udledningen ved

¹¹ *Christian Calliess & Matthias Ruffert* (red.): *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Luchterhand, 1999, s.1020. Fællesskabsrammebestemmelser af 10.03.1994 for statsstøtte til miljøbeskyttelse, EFT 1994 C 72/3. Senest forlænget til 31.12.2000, EFT 2000 C 184/25.

¹² For en mere omfattende gennemgang af statsstøttebestemmelserne i relation til elforsyning, se *Bent Ole Gram Mortensen*: *Elforsyning*, 1998, s. 127 ff. Mere generelle fremstillinger findes bl.a. i *Josephine Steiner & Lorna Woods*: *Textbook on EC Law*, 7. udgave, Blackstone, 2000, *Stephen Weatherrill og Paul Beaumont*: *EU Law*, 3. udgave, Penguin Books, 1999, s. 1018 ff, *Wyatt & Dashwood m.fl.*: *European Union Law*, 4. udgave, Sweet & Maxwell 2000, s. 679 ff og *Christian Calliess & Matthias Ruffert* (red.): *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Luchterhand, 1999, s. 997 ff.

elproduktion på basis af kulfyring. Fritagelsen for så vidt angår vedvarende energi skal naturligvis ses på baggrund af, at elproduktion på basis af vedvarende energikilder normalt anses for at være CO₂-neutral.¹³

Europa-Kommissionen gør ikke bemærkninger om det forhold, at ikke alle indehavere af VE-beviser kan være sikre på at opnå mindsteprisen. VE-fondens købsforpligtelse omfatter efter lovens § 65 kun det antal VE-beviser, der endnu ikke er blevet solgt, for at den samlede kvote på landsplan er afsat. Udstedte VE-beviser ud over den samlede købsforpligtelse kan ikke være sikre på at opnå mindsteprisen. VE-fonden er dog ikke, som anført nedenfor, afskåret fra at opkøbe yderligere VE-beviser. Det bemærkes, at der i forhold til elforbrugernes købsforpligtelse hverken er fastsat minimums- eller maksimumspris.

3.2 Maksimumspris for VE-beviser

Fra minimumsprisen på 10 øre til maksimumsprisen på 27 øre per kWh er et spænd på 17 øre. Det er dermed muligt for VE-fonden (eller ministeren i kraft af dennes beføjelse til af fastsætte nærmere bestemmelser for VE-fondens køb af VE-beviser, jf. lovens § 64, stk. 3) administrativt at yde op til 17 øres ekstra tilskud per kWh.

Den eksisterende lov om tilskud til elproduktion indeholder tillige et støtteelement på 17 øre per kWh. Dette tilskud blev i statsstøttesagen N 4/92 klart anset for omfattet af den daværende artikel 92, stk. 1, i EF-traktaten (nu artikel 87, stk. 1), dels pga. det indbyggede incitament til at udvide produktionen af VE-elektricitet og dels pga. muligheden for påvirkning af elimport fra og eleksport til andre medlemsstater. Tilskuddet blev imidlertid omfattet af undtagelsesbestemmelserne som følge af »Fællesskabets interesse i at udvide produktionen uden CO₂-udledning med henblik på at reducere den globale opvarmning«. Der blev i N 4/92 ikke henvist til nogen konkret undtagelsesbestemmelse.

I statsstøttesagen N 416/1999 henviser Europa-Kommissionen blot til denne tidligere godkendelse og bemærker samtidig, at maksimumsprisen på 27 øre bl.a. er udtryk for, at VE-elproducenterne ikke må overkompenseres.

Dette må tages som udtryk for, at Europa-Kommissionen stadig anser et støttebeløb på op til 17 øre per kWh som udtryk for en kompensation for ekstra produktionsomkostninger for VE-elektricitet, hvilket er en af de støttemuligheder, der nævnes 1994-rammebestemmelserne for statsstøtte til miljøbeskyttelse, punkt 1.5.3.

Summen af de 10 øres og de 17 øres støttebeløb per kWh svarer i øvrigt til den strafafgift på 27 øre pr. kWh, som pålægges de elforbrugere, der ikke opfylder købsforpligtelsen. Lovens bestemmelser indeholder ikke bestemmelser om, hvorledes opkrævet strafafgift skal anvendes. Af bemærkningerne til § 65 fremgår det dog, at differencen mellem statskassens indtægt efter § 63 og udgifter efter § 65

¹³ Elproduktion på basis af naturgas kan ikke betragtes som CO₂-neutral. Europa-Kommissionen begrundede sin afgørelse med, at naturgassen medfører langt mindre CO₂-udledning end anvendelsen af kul. Dette argument er næppe indiskutabelt. For det andet anførtes Kommissionen, at naturgassen allerede var pålagt en »skygge«-CO₂-afgift.

forventes anvendt til yderligere opkøb af VE-beviser eller anden støtte til udbygning af VE-anlæg.

3.3 Købsforpligtelse for VE-beviser

Den i elforsyningslovens § 61 fastsatte købsforpligtelse for elforbrugerne til VE-beviser, hvis udstedelse knytter sig til produktionen af VE-elektricitet, er at sammenligne med en egentlig købsforpligtelse til VE-elektricitet. Begge ordninger har til formål at sikre de berørte producenter en løbende indtægt. En egentlig købsforpligtelse for forbrugerne til VE-baseret elektricitet er tidligere af Kommissionen blevet betegnet som *statsstøtte* (driftsstøtte) efter EF-traktatens artikel 87, stk. 1. Dette er i overensstemmelse med den ovenfor beskrevne brede forståelse af statsstøttebegrebet.

Ifølge eldirektivets artikel 8, stk. 3, kan en medlemsstat kræve, at systemoperatøren af et elnetværk ved lastfordelingen af produktionsanlæg giver produktionsanlæg, der anvender vedvarende energikilder eller affald, eller som har en kombineret produktion af varme og elektricitet, forrang. Denne bestemmelse kan dog ikke udstrækkes til også at omfatte ordninger, der indebærer egentlig finansiel støtte.

Udstedelse af VE-beviser kan betragtes som en miljømæssig udligning. Således udligner minimumsprisen virkningerne af en generel CO₂-afgift, jf. omtalen i afsnit 3.1. 1994-rammebestemmelser fandt anvendelse ved Europa-Kommissionens vurdering af støtten. Støtten har karakter af et løbende tilskud og blev som sådan bedømt ud fra bestemmelserne om driftsstøtte. Efter 1994-rammebestemmelsernes punkt 1.5.3 kan der opnås undtagelse fra statsstøtteforbuddet til direkte driftsstøtte i form af tilskud eller krydssubsidiering til dækning af ekstra produktionsomkostninger for vedvarende energikilder. Driftsstøtte er normalt yderst betænkeligt ud fra et konkurrencesynspunkt.

Europa-Kommissionen lagde i sin godkendelse vægt på, at manglende anvendelse af *forureneren betaler-princippet*¹⁴ kan berettige til en købsforpligtelse, der fremmer efterspørgslen af VE-elektricitet. Ifølge EF-traktatens artikel 174, stk. 2, bygger Fællesskabets miljøpolitik bl.a. på forureneren betaler-princippet. Sammenholdt med varetagelse af det individuelle konkurrencehensyn indikerer det et forbud mod statsstøtte på miljøområdet. Enhver form for støtte på miljøområdet er ikke nødvendigvis i strid med forureneren betaler-princippet. Hvor internaliseringen af miljøomkostninger ikke er sket, kan statsstøtte til dækning af sådanne omkostninger være et effektivt virkemiddel med henblik på at varetage miljøhensyn. Anvendelse af statsstøtte som virkemiddel indgår ligeledes i det femte miljøhandlingsprogram¹⁵ udvalg af instrumenter (punkt 7.4). Netop fremme af produktion af VE-elektricitet hører til blandt Fællesskabets målsætninger (KOM(97) 599). Den danske ordning

¹⁴ Om forureneren betaler-princippet i forhold til elforsyning, se *Bent Ole Gram Mortensen: Elforsyning*, 1998, s. 67 ff.

¹⁵ De Europæiske Fællesskabers femte miljøhandlingsprogram, Resolution af 01.02.1993 om et program for Fællesskabets politik og virke inden for miljø og bæredygtig udvikling.

med VE-beviser må antages at bidrage til Fællesskabets målsætninger på VE-området.

Driftsstøtte vil dog normalt kun blive godkendt, hvis støtten er midlertidig. Dette er ikke tilfældet med den danske ordning. I sin godkendelse i statsstøttesagen N 416/1999 begrundede Europa-Kommissionen sin accept af ordningen med, at kravet om tidsbegrænsning er begrundet i et ønske om at give producenterne et incitament til selv at mindske forureningen eller hurtigere at indføre en mere effektiv ressourceudnyttelse. Da ordningen med VE-beviser i sig selv antages at give et incitament til en forbedret effektivitet, har Kommissionen ikke fundet anledning til at kræve købsforpligtelsen tidsbegrænset. At VE-bevisordningen skulle give sådanne incitament, skyldes, at der opstår et efterspørgselsledet sekundært marked for VE-beviser, hvorpå VE-elproducenterne må konkurrere om markedsandele. Den danske regering har dog været nødsaget til at give tilsagn om kun at opretholde købsforpligtelsen, så længe det er nødvendigt for at sikre de danske politiske målsætninger for fremme af vedvarende energi. I 2001-rammebestemmelserne er det direkte anført, at Europa-Kommissionen kun vil tillade VE-beviser for en ti-årig periode. Herefter skal nødvendigheden af støtteforanstaltningerne genvurderes. Havde det danske VE-bevisystem skullet vurderes herefter, ville der formodentlig kun have været tale om en tidsbegrænset godkendelse.

I forbindelse med *eksport* af VE-elektricitet synes afgørelsen ikke umiddelbart helt indlysende. Her kunne danske elproducenter opnå en konkurrencefordel i forhold til de udenlandske konkurrenter, der ikke blev støttet med omsættelige VE-beviser eller modtog tilsvarende driftsstøtte. En tildeling af VE-beviser på basis af elektricitet, der blev eksporteret, ville kunne udgøre en konkurrencefordrejning. Europa-Kommissionens accept må utvivlsomt ses i lyset af, at de danske myndigheder i forbindelse med statsstøttesagen har givet tilsagn om ikke at tillade salg af VE-beviser svarende til eksporten af VE-elektricitet. Dette forhold synes dog hverken at fremgå af elforsyningsloven eller dens forarbejder.

3.4 Den tyske sag om købsforpligtelse til VE-elektricitet

Den 13.03.2001 afsagde EF-domstolen dom i sagen C-379/98 (PreussenElektra AG) i en sag om købsforpligtelse til VE-elektricitet. I en præjudiciel sag fra Landgericht Kiel var EF-domstolen bl.a. blevet bedt om at behandle forholdet mellem Fællesskabets statsstøtteregler og en købsforpligtelse i den tyske »Stromeinspeisungsgesetz« for visse elforsyningsvirksomheder til elektricitet fremstillet udelukkende på basis af vandkraft, vindenergi, solenergi, gas fra deponeringsanlæg, slamgas og biomasse. Loven indeholdt tillige en mindstepris for de omhandlede produktionsformer. Mindsteprisen indebar en afregning over den reelle økonomiske værdi af den type elektricitet.

Den forelæggende ret havde bl.a. spurgt, om EF-traktatens artikel 92 skulle fortolkes således, at det statsstøttebegreb, der lå til grund for bestemmelsen, også omfattede nationale ordninger, der alene regulerede fordelingen af de udgifter mellem virksomheder på forskellige produktionsniveauer, som beror på købsforpligtelser og mindstegodtgørelser, når dette faktisk medfører en varig udgiftsfordeling, uden at den virksomhed, som afholder udgiften, modtager en modydelse.

Den omtvistede bestemmelse i § 2 i Stromeinspeisungsgesetz fastslog, at elforsyningsvirksomhederne er forpligtet til at købe strøm fremstillet i deres forsyningsområde fra vedvarende

energikilder og betale denne strøm i henhold til priser fastsat til lovens § 3. Efter denne bestemmelse var der fastsat en mindsteafregningspris for visse former for VE-energier. Afregningsprisen blev baseret på en procentsats af gennemsnitsindtægten pr. KWh fra elforsyningsvirksomhedernes levering af strøm til de endelige forbrugere.

Europa-Kommissionen havde tidligere efter adskillige klager fra elforsyningsvirksomheder meddelt den tyske forbundsøkonomiministeren sin tvivl med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt den tyske Stromeinspeisungsgesetz efter en række ændringer, der udvidede lovens anvendelsesområdet, fortsat var forenelig med EF-traktatens støttebestemmelser. Kommissionens henvendelser medførte dog ingen lovændringer.

I forhold til statsstøtteforbuddet lagde EF-domstolen til grund, at købsforpligtelsen til fastsatte mindstepriser og at fordelingen af den finansielle byrde, som købsforpligtelsen medførte for de private elforsyningsvirksomheder, mellem disse og øvrige private virksomheder, ikke i artikel 87, stk. 1's forstand udgjorde nogen direkte eller indirekte overførsel af statsmidler. Det blev dermed noget overraskende slået fast, at den tyske købsforpligtelse ikke faldt ind under statsstøtteforbuddet.

Det var ikke for EF-domstolen bestridt, at det ikke bestrides, at en forpligtelse til køb til fastsatte mindstepriser af elektricitet fra vedvarende energikilder, ville bibringe producenterne af denne form for elektricitet en vis økonomisk fordel, idet den risikofrit sikrede dem højere fortjeneste, end de ellers ville have kunnet opnå.

Domstolen bemærkede i præmis 58, at sondring i EF-traktatens artikel 92, stk. 1 mellem »statsstøtte« og »støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler« ikke betød, at alle de fordele, der indrømmedes af en stat, udgjorde støtte, uanset om de er finansieret ved hjælp af statsmidler eller ej. Sondringen havde alene til formål at sikre, at støttebegrebet ikke alene omfattede støtte ydet direkte af staten, men ligeledes støtte ydet af offentlige eller private organer, der er udpeget eller oprettet af staten.

Domstolen bemærkede til den konkrete sag (præmis 59), at den forpligtelse, der påhvilede de private elforsyningsvirksomheder til at købe elektricitet fremstillet fra vedvarende energikilder til fastsatte mindstepriser, ikke udgjorde nogen direkte eller indirekte overførsel af statsmidler til producenterne af denne type elektricitet. Domstolen fandt endvidere, at fordelingen af den finansielle byrde, som denne købsforpligtelse medførte for de private elforsyningsvirksomheder, mellem disse og øvrige private virksomheder, ej heller udgjorde en direkte eller indirekte overførsel af statsmidler (præmis 60). Under disse omstændigheder fandt Domstolen ikke, at den omstændighed, at købsforpligtelsen var fastsat ved lov og medførte en ubestridt fordel for visse virksomheder, kunne give den karakter af statsstøtte i traktatens artikel 92, stk. 1's forstand.

Dommen kom dog ikke helt overraskende. Generaladvokat Jacobs kom i sin udtalelse af 26.10.2000 til samme resultat. I præmis 108 anførte Jacobs, at det fremgik af ordlyden af EF-traktatens artikel 92, stk. 1 og traktatens systematik, at »Vorteile, die weder unmittelbar noch mittelbar aus staatlichen Mitteln stammten, nicht als Beihilfen angesehen werden könnten. Eine andere, weitergehende Definition des Beihilfebegriffs würde praktisch alle nationalen Gesetze zur Regelung der Beziehungen zwischen Unternehmen den Bestimmungen über staatliche Beihilfen unterstellen und die im Vertrag niedergelegte Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft durcheinander bringen«. Jacobs fandt i den konkrete sag, at loven udelukkende indeholdt »eine Preisfestsetzungsregelung; die sich daraus ergebenden Vorteile für Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien würden ausschließlich aus privaten Mitteln finanziert«. Da de omtvistede bestemmelser desuden ikke påvirkede »den Staatshaushalt« var der ikke tale om statsstøtte i artikel 92, stk. 1's forstand.

Afgørelsen rejser spørgsmålet, om en tilsvarende købsforpligtelse til VE-beviser heller ikke vil være omfattet af statsstøttebestemmelsen. Europa-Kommissionen plæderede i forbindelse med sagen C-379/98 for, at den tyske ordning var omfattet af statsstøttereglerne. Ligeledes var Kommissionen som omtalt ovenfor af den opfattelse i statsstøttesagen N 416/1999, at købsforpligtelsen til de danske VE-beviser var omfattet af EF-traktatens artikel 87, stk. 1. Købsforpligtelse til VE-beviser medfører også, at visse VE-elproducenter sikres en højere pris end den reelle markedsværdi gennem en købsforpligtelse pålagt private til VE-beviser, der er tildelt VE-elproducenterne vederlagsfrit. Dette sker uden nogen form for overførsel af statsmidler. På den baggrund er det yderst tvivlsomt, om købsforpligtelsen til VE-beviser fremover kan betragtes som statsstøtte.

4. Diskriminerende interne afgifter

Ud over det generelle diskriminationsforbud i EF-traktatens artikel 12, indeholder Traktatens artikel 90 (tidligere artikel 95)¹⁶ en særlig bestemmelse, hvoraf det fremgår, at:

»Ingen medlemsstat må direkte eller indirekte pålægge varer fra andre medlemsstater interne afgifter af nogen art, som er højere end de afgifter, der direkte eller indirekte pålægges lignende indenlandske varer.«

Det fremgår af Europa-Kommissionens godkendelse af bestemmelserne (statsstøttesag nr. N 416/1999), at importører af elektricitet, der kan bevise, at de har importeret VE-baseret elektricitet, skal godskrives herfor, således at mængden af elektricitet, af hvilken der skal beregnes købspligt for VE-beviser, nedsættes med den mængde elektricitet, der er VE-baseret. En sådan ordning har de danske myndigheder indestået for. Bevisbyrden må antages at påhvile importøren.¹⁷ Godskrivningen skal foretages for at hindre en overtrædelse af EF-traktatens artikel 90 om diskriminerende interne afgifter. Til formålet må myndighederne tage udgangspunkt i den definition af VE-baseret elektricitet, der fremgår af Europa-Kommissionens forslag til VE-direktiv, KOM(2000) 279 end. udg., som omtalt ovenfor. Derved søges undgået, at dansk produceret VE-elektricitet får en fortrinsstilling på bekostning af VE-elektricitet fra andre medlemsstater.

Europa-Kommissionen gør ikke nærmere rede for, hvorledes købspligten til VE-beviser sammenholdt med import af VE-elektricitet kan udgøre en overtrædelse af

¹⁶ For en generel omtale af artikel 90, se *Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen: EU-retten* 1, 2. udg., 1999, s. 200 ff.

¹⁷ Bevisbyrden kan være vanskelig at løfte, alt efter hvorledes den administreres. Praktiske problemer kan ikke antages at kunne afskære importøren fra at kunne løfte sin bevisbyrde, jf. præmis 38-39 i EF-domstolens dom af 02.04.1998 i sagen C-213/96, Uudenmann Lääninoikues (importafgift på elektricitet).

EF-traktatens artikel 90. Rationalet må antages at være, at importøren af VE-elektricitet pålægges en afgift i form af en købspligt til VE-beviser. En tilsvarende forpligtelse har den, der køber VE-elektriciteten i Danmark. Forskellen er, at den danske producent af VE-elektricitet i modsætning til sin udenlandske kollega har modtaget en indtægt fra salget af de tilsvarende VE-beviser. Alt andet lige burde den danske producent af VE-elektricitet kunne producere med en konkurrencefordel svarende til værdien af VE-beviserne for den pågældende mængde elektricitet.

Afgørelsen kan give anledning til eftertanke. Den udenlandske producent kan have modtaget statsstøtte i samme størrelsesorden som den danske kollega. Har denne statsstøtte haft karakter af VE-beviser, må det formodes, at Europa-Kommissionen i godkendelsen af den pågældende medlemsstats VE-bevisbestemmelser har krævet, at de ikke er blevet tildelt VE-beviser i forbindelse med eksport, således som det er forudsat i godkendelsen af det danske system. I så fald holder rationalet. Er statsstøtten imidlertid tildelt som kontant produktionsstøtte svarende til de ekstra produktionsomkostninger (1994-rammebestemmelsernes punkt 1.5.3), således som det var og stadig er tilfældet med det danske 17 øres tilskud, er begge producenter i princippet ligestillet. Det bemærkes, at der fra Europa-Kommissionens side i forbindelse med godkendelse af det danske 17 øres tilskud (statsstøttesag N 4/92) ikke blev stillet krav om, at tilskuddet ikke måtte tildeles i forbindelse med eksport af elektricitet.

Man kunne overveje, om ikke anvendelse af statsstøttebestemmelserne ville være mere velanbragt i forbindelse med en sådan omfordeling.¹⁸

5. VE-systemets ikrafttræden

Bestemmelserne, der indeholder VE-bevisreglerne, trådte i kraft per 01.11.2000, umiddelbart efter, at Europa-Kommissionen godkendte den danske ordning efter statsstøttebestemmelserne (afgørelse af 03.10.2000 i statsstøttesagen N 416/1999). Det er dog endnu uvist, hvornår VE-bevismarkedet skal starte. Elforsyningsloven bemyndiger miljø- og energiministeren til at fastsætte tidspunktet for systemets ikrafttræden. Indtil da vil de faste tilskud stadig fungere. I Energistyrelsens udredning om VE-bevismarkedet fra 1999 antages det, at et VE-bevismarked kan være funktionsdygtigt i 2001, men at mængden af VE-beviser først i 2002 vil være tilstrækkelige til at bære de faste handelsomkostninger. På grund af de mange uafklarede spørgsmål, der stadig eksisterer omkring VE-bevismarkedet, er det dog uvist, hvornår det danske VE-bevisssystem kan implementeres. Der er endnu ikke fra ministeriets side fastsat noget officielt starttidspunkt eller for den sags skyld udmeldt nogen kvote for den mængde VE-beviser, som elforbrugerne tvangsmæssigt skal aftage. Systemet forventes fra Energistyrelsens side dog senest at være i funktion den 01.01.2003.

¹⁸ Se *Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen: EU-retten 1, 2. udg., 1999, s. 204.*

I løbet af den kommende periode vil der fra Energistyrelsens side tillige skulle udfærdiges krav bl.a. til et register for VE-beviser og til den markedsplads, hvorpå disse beviser i givet fald skal handles. Det må antages, at den nordiske elbørs (Nord Pool) såvel som mere traditionelle børser vil kunne påtage sig opgaven.

5.1 Overgangsregler

Overgangsregler antages at være nødvendige for at hindre »strandede omkostninger«¹⁹ hos virksomheder, der i tillid til faste priser og tilskud har etableret produktionsanlæg, der ikke vil kunne overleve økonomisk under de nye bestemmelser. Der har hidtil eksisteret forskellige afregningsregler for VE-elektricitet bestående af dels en fastsat afregningspris og dels et pristillæg på 27 øre. Disse afregningsregler er i det store hele ved en række bekendtgørelser opretholdt i overgangsperioden. For vindmøller er der dog til afløsning af 85 %-reglen fastsat en afregningspris på 33 øre per kWh (svarende til gennemsnittet af 85 %'s reglen). Endvidere vil eksisterende²⁰ vindmøller fortsat få et pristillæg på 10 øre per kWh (CO₂ 10-øren). Et yderligere pristillæg på 17 øre udbetales til eksisterende vindmøller, indtil et vist antal fuldlasttimer er nået (12.000 til 25.000 fuldlasttimer differentieret efter møllens størrelse).²¹ Begrænsningen i muligheden for at opnå dette tilskud pga. det producerede antal fuldlasttimer fremgår ikke af elforsyningsloven, men derimod af elreformaftalen og Europa-Kommissionens godkendelse af VE-bevissystemet. Senest er bestemmelserne dog kommet til udtryk i bekendtgørelse nr. 187 af 16.03.2001 om nettilslutning af vindmøller og prisafregning af vindmølleproduceret elektricitet mv. Eksisterende små biomasseanlæg og øvrige anlæg sikres permanent en garanteret basispris på henholdsvis 50 øre og 40 øre per kWh. Til gengæld udstedes der fra starten VE-beviser. Der forventes snarest udfærdiget en bekendtgørelse, der regulerer området i overensstemmelse med elreformaftalen.

En ganske stor del af VE-elproduktionsapparatet vil pga. overgangsreglerne i adskillige år fremover endnu ikke have fået deres faste driftstilskud erstattet med VE-beviser. Med et dansk marked, der i forvejen er lille, kan der mange år fremover let eksistere en situation, hvor markedsvolumen ikke er tilstrækkelig stor til at sikre en ordentlig markedsbaseret prisdannelse på VE-beviser.

¹⁹ Strandede omkostninger defineres i 2001-rammebestemmelserne for statsstøtte (note 18) som »de omkostninger, som virksomhederne må bære som følge af indgåede forpligtelser, som de ikke mere kan opfylde på grund af liberaliseringen af den pågældende sektor.«

²⁰ Hovedbetingelserne for at en vindmølle i lovens forstand kan betegnes som *eksisterende* er, at den senest den 31.12.1999 er købt ved bindende, ubetinget kontrakt, og at der senest den 01.09.2000 er indgivet anmodning om tilslutning til elnettet sammen med dokumentation for opfyldelse af betingelserne for tilslutning.

²¹ Elværksejede anlæg vil kun få tildelt faste tillæg indtil udgangen af 2003 uanset antallet af fuldlasttimer.

5.2 Forsøgsordning

I regi af Renewable Energy Certificate Systems (RECS) forventes en testfase iværksat i april i år. RECS er et europæisk samarbejde mellem ca. 70 energivirksomheder fra 12 lande, heriblandt store danske elforsyningsvirksomheder. Testfasen kommer formodentlig til at omfatte lande som Danmark, Holland, Norge, Sverige og Tyskland. Frankrig vil muligvis også tilslutte sig. Testfasen omfatter VE-beviser fra vindkraft, små vandkraftværker, solceller og biomasseanlæg.²² Denne test har dog kun til formål at teste de nødvendige administrative systemer (certificering af elektricitet, registrering af ejerskab og registrering af flytning af ejerskab), ikke prisdannelsen på markedet. VE-beviserne vil dog de facto blive handlet indbyrdes mellem de deltagende virksomheder, men priserne herfor forventes at blive meget lave, da anvendelsesmulighederne er begrænsede.²³ Resultaterne af testfasen vil formentlig få stor indflydelse på den praktiske implementering af det kommende danske VE-bevissystem.

Et fremtidig mulighed kunne dog også være et indre marked for VE-beviser eventuelt kombineret med et særskilt marked for VE-elektricitet. Hertil kræves imidlertid en del fælleseuropæisk harmonisering. Således ventes det kommende VE-direktiv ikke i den første udgave at introducere et fælles marked for VE-beviser. Det danske VE-bevismarked skal derfor som udgangspunkt ses som et nationalt støttesystem, der er forberedt til en eventuel senere integration med lignende systemer i andre lande.

6. Konklusion

Den danske model for VE-beviser demonstrerer de EU-retlige problemer, der følger med nationale ordninger i relation til diskrimination i almindelighed og statsstøtte i særdeleshed. Fra Europa-Kommissionens side synes der dog at være en overordentlig velvilje overfor dette nye instrument. EF-domstolens holdning til statsstøttebegrebet vil da heller ikke lægge yderligere hindringer i vejen for anvendelsen af dette instrument.

Med et formentlig stigende antal medlemslande, der introducerer omsættelige VE-beviser åbnes muligheden for grænseoverskridende markeder og dermed måske i sidste ende et egentlig fælles marked for VE-beviser. De mange nationale prisstøtteordninger retter sig pt. udelukkende mod nationale producenter af VE-elektricitet. Dette er for nuværende den største barriere for handel og konkurrence i hele EU inden for VE-elektricitet. Disse ordninger vil dog ikke nødvendigvis

²² [Http://www.recs.org](http://www.recs.org) - Renewable Energy Certificate Systems.

²³ Det kan ikke udelukkes, at de i forbindelse med testfasen udstedte VE-beviser kan benyttes som dokumentation på erhvervelse/videresalg af VE-elektricitet. Denne anvendelse bygger på et princip om, at en givende mængde elektricitet erhvervet fra et netværk, der helt eller delvist modtager elektricitet fra ikke-VE-baserede kilder, formelt ændrer status til VE-elektricitet, hvis der samtidig erhverves VE-beviser for den tilsvarende mængde elektricitet.

hindre handel med tilknyttede VE-beviser. Det vil derimod manglende harmonisering af de enkelte nationale VE-bevissystemer.

I forbindelse med et fremtidigt grænseoverskridende marked for VE-elektricitet må lovgiver være opmærksom på de konkurrenceforvridende effekter, som tildeling af VE-beviser kan afstedkomme. I forbindelse med de danske bestemmelser var det således væsentligt, at der ikke i de konkrete tilfælde var risiko for konkurrencefordrejning. Der er ved Kommissionens bedømmelse foretaget en meget konkret vurdering. Hvis forholdene ændrer sig, vil de enkelte elementer ikke nødvendigvis kunne accepteres. Heri ligger en særlig opgave for de lovgivere, der anvender instrumentet. Det skal formodentlig jævnlige reguleres i forhold til markedssituationen for at undgå konkurrencefordrejning og dermed en krænkelse af EU-reglerne.

Nyere domspraksis om kreditkonsignation

af

Professor Hans Viggo Godsk Pedersen

1. Indledning

Ejendomsforbehold i genstande, der er beregnet til videresalg, er fortsat i det væsentlige ulovreguleret. Den manglende generelle lovregulering af kreditkonsignation kan imidlertid ikke tages som et udtryk for, at kreditkonsignation ikke har praktisk betydning. En nærmest passiv accept af ejendomsforbeholdet i kreditkonsignation findes i kreditaftalelovens § 2, 2. pkt., hvorefter lovens kapitel 11, der overfører en del af reglerne om ejendomsforbehold til erhvervsmæssige forhold, ikke finder anvendelse ved »erhvervsdrivendes køb til videresalg eller af materialer, der indgår i virksomhedens produktion.« En mere aktiv rolle i lovgivningsprocessen kom konsignationsejendomsforbeholdene til at spille i forbindelse med indførelse af den særlige afdeling af tingbogen for motorkøretøjer, Bilbogen. Reglerne om tinglysning i Bilbogen adskiller sig bl.a. fra almindelige regler om løssøre ved at foreskrive, at også ejendomsforbehold skal tinglyses, hvis retten skal være beskyttet mod godtroende aftaleerhververe og mod retsforfølgende kreditorer. I den oprindelige version af bilbogsreglerne i tinglysningslovens kapitel 6 a foreskrev § 42 d blot, at ejendomsforbehold og underpant i de nævnte køretøjer skulle tinglyses.¹ Det viste sig imidlertid hurtigt uhensigtsmæssigt at registrere konsignationsejendomsforbehold for bilimportørerne i et betydeligt antal nye biler, når disse blev solgt med ejendomsforbehold til bilforhandlerne.² Meget kort tid efter reglernes gennemførelse indsattes derfor i loven en modifikation i tinglysningskravet for så vidt angår konsignationsejendomsforbehold i nye biler,³ således at disse er undtaget fra tinglysningskravet. I praksis optræder konsignation imidlertid ikke kun ved salg af biler fra importør til forhandler. Et gennemsyn af domspraksis peger på, at konsignation også i større eller mindre omfang anvendes i en række andre brancher.

Da kreditkonsignation i det væsentlige er ulovreguleret, og da reguleringen som følge deraf fortsat må fastlægges på grundlag af den juridiske teori og domspraksis, kan det have interesse at undersøge, hvorledes domspraksis på området udvikler sig.

¹ Reglerne blev indsat i tinglysningsloven ved lov nr. 281 af 29. april 1992 og trådte i kraft den 1. juni 1993, jf. bekendtgørelse nr. 296 af 10. maj 1993.

² Jf. bl.a. kritikken i *Niels Ørgaard: Bilbogen - en kreditretlig innovation? Særlig s. 12 ff.*

³ Reglen blev indsat ved lov nr. 153 af 8. marts 1994.

Forinden en gennemgang af den nyere domspraksis skal hovedkravene for anerkendelse af konsignationsejendomsforbehold kort omtales.

2. Hovedkrav for anerkendelse af konsignation

Det er et almindeligt princip i dansk ret, at kreditorer ved retsforfølgning kan tilegne sig aktiver, som deres skyldner selv kan råde over. Skal et aktiv være undtaget fra kreditorforfølgning, skal ejerens råden normalt være udelukket i mindst samme omfang.⁴ Ved konsignation er det imidlertid karakteristisk, at køberen skal kunne videresælge genstanden, men samtidig ønsker man at udelukke vedkommendes kreditorer fra at foretage retsforfølgning mod den. Udtrykt på en anden måde er der ikke umiddelbart nogen realitet i et ejendomsforbehold, hvis køberen til trods for ejendomsforbeholdet frit kan sælge genstanden. For at anerkende ejendomsforbehold i kreditkonsignation kræves det derfor, at der pålægges den, der har købt under ejendomsforbehold, nogle forpligtelser, der medfører reelle begrænsninger i vedkommendes adgang til at råde over det pågældende. Dette udtrykkes undertiden på den måde, at der skal pålægges vedkommende forpligtelser, der gør ejendomsforbeholdet til en realitet mellem parterne.⁵

Et ejendomsforbehold skal være aftalt eller vedtaget som led i aftalen. Ofte vil der kunne være tale om en rammeaftale, der fastlægger vilkårene for leverancer i konsignation. Ved de enkelte leverancer kan der så blot henvises til rammeaftalen.

I overensstemmelse med det almindelige princip i dansk ret kan ejendomsforbeholdet kun vedrøre bestemte genstande. Det må være specificeret, hvilke genstande ejendomsforbeholdet er taget i. Ved artsbestemte genstande er det således nødvendigt, at aftalen forpligter konsignatøren til at lade konsignationslageret være opbevaret på en sådan måde, at der ikke sker sammenblanding med lignende varer, som ikke er omfattet af konsignationsaftalen, f.eks. varer der er købt uden for konsignationsaftalen, eller som er erhvervet fra anden side.

⁴ Se f.eks. retsplejelovens § 514.

⁵ For en nærmere behandling af konsignation kan særlig henvises til *Lennart Lynge Andersen & Erik Werlauff: Kreditretten* (3. udg. 2000) s. 175 ff, *Jesper Berning: Finansieringsret* (1977) kapitel 8, *Vagn Carstensen: Ting og sager 2* (1984) s.87 ff og 126 ff, *W.E. von Eyben: Formuerettigheder* (7. udg. 1983) s. 203 ff, særlig s. 208 ff og s. 227 ff, *Michael Elmer og Lise Skovby: Ejendomsretten 1* (3. udg. 1995) s. 121 ff, særlig s. 151 ff, *Hans Verner Højrup: Ejendomsret* (1976) Kapitel VI, *Illum: Ejendomsforbehold* (1946) særlig kapitel III, *Bent Iversen: Sikkerhedsrettigheder* (2. udg. 1998) s. 199 ff, særlig s. 208 ff, *Jan Kobbernagel: Forhandlerkonsignation* (1949), *Claes Nilas: Konsignation, Justitia* 1980 samt *Niels Ørgaard: Sikkerhed i løsøre* (3. udg. 1998 under medvirken af *Anders Ørgaard*) s. 43 ff, særlig s. 68 ff. Særlig om forhandlergrundsætningen *Peter Blok: Festskrift til Gomard* s. 47 ff. Særlig om lovvalgsproblematikken *Peter Arnt Nielsen: International privat- og procesret* (1997) s. 619 ff, *Bent Iversen: International Handelsret* (3. udg. 1999) s. 138 ff, *Torben Svenné Schmidt: International Formueret* (2. udg. 2000) s. 313 ff, *Erik Siesby: Lærebog i International Privatret* (2. udg. 1989) s. 119 ff og *Niels Ørgaard: Festskrift til Laurits Ringgård* (1989) s. 219 ff.

Hovedkravet for anerkendelse af konsignationsejendomsforbeholdet er knyttet til afregningen af købesummen. I denne henseende er det primære, at der skal være en pligt til at afregne med konsignanten i takt med videresalget af konsignationsvarerne. Afregning i takt med videresalget skal ikke opfattes på den måde, at der nødvendigvis skal afregnes i forbindelse med hvert enkelt salg. Medens dette kan være et naturligt og rimeligt krav ved genstande, der hver for sig er relativt kostbare, f.eks. biler, siger det nærmest sig selv, at der ikke kan afregnes, hver gang der er solgt en enkelt genstand, hvis købesummen for sådanne genstande er af beskeden størrelse, f.eks. malervarer eller bøger. I sidstnævnte tilfælde kan der aftales afregning for salget inden for givne perioder, om end den inden for bogbranchen anerkendte sædvane næppe kan udstrækkes til andre områder, jf. herom nedenfor.

I tilknytning til afregningskravet må der selvsagt være et grundlag for denne afregning. Det vil derfor normalt være nødvendigt, at der er pligt til at udarbejde et særskilt konsignationsregnskab.

Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt, at aftalen pålægger konsignatøren disse hovedpligter. Der skal også være en vis grad af sikkerhed for, at konsignatøren ikke vilkårligt tilsidesætter sine forpligtelser efter aftalen. Denne sikkerhed kan kun opnås ved, at konsignanten udfører eller lader udføre kontrol med, at konsignatøren overholder sine forpligtelser efter aftalen.

Det er omdiskuteret, om det har betydning for anerkendelse af ejendomsforbeholdet i konsignation, at konsignatøren har ret og/eller pligt til at returnere varer, der ikke kan sælges, og den ældre domspraksis, der eksisterer derom, kan ikke siges at give en sikker besvarelse af dette spørgsmål. Det må vist nok anses for den almindelige opfattelse i teorien, at der ikke kan stilles krav om returneringsret i konsignationsforhold, og der er ikke belæg for at antage, at der skal være en pligt dertil.

Retten til konsignationsvarerne for den, der køber af konsignatøren, er ikke afhængig af, at konsignatøren rent faktisk afregner købesummen til konsignanten. Det forhold, at konsignatøren har ret til at videresælge varerne, medfører, at konsignantens ejendomsret fortabes over for en køber, der i god tro har erhvervet varerne fra konsignatøren, selv om konsignanten ikke får købesummen.

Principielt vil en konsignationsaftale være undergivet parternes lovvalg. Den kan derfor være gyldig i forholdet mellem parterne, selv om den ikke opfylder kravene i dansk ret, men opfylder betingelserne i det retssystem, aftalen er undergivet, hvilket f.eks. forekommer ved visse engelske og tyske ejendomsforbehold. Ved kreditorfølgning skal ejendomsforbeholdet i genstande, der i følge aftalen skal importeres her til landet, kun anerkendes, hvis de særlige krav, der stilles i forhold til kreditorerne efter dansk ret, er opfyldte. Det indebærer, at et konkursbo ikke skal respektere et ejendomsforbehold, der ganske vist ville være gyldigt efter det udenlandske retssystem, som aftalen er undergivet, men som ikke opfylder de betingelser, der stilles i dansk ret.

3. Domme med relation til aftalemomentet

Som nævnt skal ejendomsforbeholdet være blevet en del af parternes aftale. Afgørelsen U 2000.1618 omhandler spørgsmålet om ejendomsforbehold, der tages i ordrebekræftelse. I det pågældende tilfælde havde en sælger solgt et trailerchassis til en køber, der skulle montere en kølekasse på det og derefter levere traileren til en norsk kunde. I sælgerens tilbud var der ikke indeholdt et krav om ejendomsforbehold, men i en efterfølgende ordrebekræftelse var det anført, at betaling skulle ske netto kontant ved levering, og at sælgeren tog ejendomsforbehold, indtil hele købesummen var betalt. Efter at chassiset var leveret, men forinden købesummen var blevet betalt, anmeldte køberen betalingsstandsning og blev senere erklæret konkurs. Køberen bestred at have modtaget ordrebekræftelsen inden betalingsstandsningen. Vestre Landsret antog i modsætning til byretten, at ordrebekræftelsen var afsendt til køberen dagen inden leveringen og inden betalingsstandsningen. Retten antog tillige, at det var tilstrækkeligt til, at ejendomsforbeholdet var blevet en del af parternes aftale, således at det var forpligtende for køberens konkursbo.

Ejendomsforbehold fandtes ikke af flertallet i Vestre Landsret i U 1990.485 at være taget i nogle maskiner i kraft af et vilkår derom i en ordrebekræftelse. Flertallet lagde vægt på, at køberen ikke efter sin forklaring havde hæftet sig særligt ved spørgsmålet, og køberen havde ikke som anført i ordrebekræftelsen underskrevet denne og returneret den til sælger. Sidstnævnte havde sammenhæng med, at køber ikke ville underskrive før, en forudsat finansiering var bragt på plads.

Disse domme vedrører ejendomsforbehold i almindelighed, ikke særligt kreditkonsignation. Ved konsignation må det principielt også være muligt at opnå et ejendomsforbehold i kraft af et vilkår derom i en ordrebekræftelse. Forholdet vanskeliggøres imidlertid af den omstændighed, at aftalen typisk må indeholde uddybende elementer om afregning og kontrol, hvis parterne ikke tidligere har handlet i konsignation.

Afgørelsen U 1982.203 er et eksempel på, at der ikke nødvendigvis skal være oprettet en skriftlig konsignationsaftale. I det pågældende tilfælde var der efter det oplyste truffet mundtlig aftale derom inden en overgivelse af konsignationsvarer. Ved leverancer i konsignation blev fakturaerne påført et stempel derom, ligesom der blev ført et særskilt konsignationsregnskab. Ejendomsforbeholdet anerkendtes med hensyn til varer, der var behandlet i overensstemmelse med dette. For andre leverancer var fakturaerne påført yderligere vilkår om afregning. Dette aspekt af afgørelsen omtales i afsnit 5.

Ved afgørelsen U 1998.165 havde en sælger overgivet den solgte bil til køberen, men havde tilbageholdt registrerings- og toldattester til sikkerhed for betaling af købesummen. Bilen var blevet solgt videre, og den endelige køber krævede registreringsattesten udleveret. Det antoges af såvel fogedretten som Østre Landsret, at den ret, som sælgeren havde udøvet ved tilbageholdelse af registreringsattesten ikke kunne betragtes som ejendomsforbehold eller som udøvelse af standsningsret. Retten fandtes at måtte karakteriseres som en tilbageholdsret. Da den endelige køber havde ekstingveret sælgerens ret, var sælgeren forpligtet til at udlevere attesten. At

en faktisk pressioen ikke kan erstatte et aftalt ejendomsforbehold er helt i tråd med afgørelsen om »lånebiler« i U 1981.209. I det pågældende tilfælde havde en bilimportør overladt biler til forhandlere til »lån«, indtil de blev videresolgt, og havde beholdt bilens papirer, der først blev udleveret, når købesummen blev betalt. Selv om importøren således rent faktisk havde næsten sikkerhed for, at bilerne ikke blev solgt, uden at der blev afregnet med ham, fandtes han ikke beskyttet mod forhandlerens kreditorer, idet der ikke var taget ejendomsforbehold i bilerne.

Disse afgørelser illustrerer, at ejendomsforbehold kun kan tages, når vilkåret er aftalt. Aftalen kan være mundtlig, selv om det selvsagt kan medføre bevisproblemer. Principielt kan ejendomsforbehold blive en del af aftalen ved at være indeholdt i en ordrebekræftelse, men som praksis viser, beror det på en konkret vurdering i de enkelte tilfælde.

Afgørelsen U 1981.559 omhandler et strafferetligt aspekt. En symaskineforhandler, der var kommet i betalingsvanskeligheder, indgik en konsignationsaftale med sin leverandør om allerede leverede maskiner. Da ejendomsforbeholdet ikke var gyldigt under disse omstændigheder, frifandtes forhandleren for en tiltale om forbrug af betroede midler ved ikke at have afregnet indkomne beløb til konsignatøren som foreskrevet i aftalen.

4. Domme med relation til specificationskravet

Afgørelsen U 1987.629 H vedrører kravet om, at de genstande, der er solgt under ejendomsforbehold, skal kunne identificeres. I det pågældende tilfælde havde et andelsslagteri leveret 122 smågrise til en gårdejer under ejendomsforbehold. I aftalen var der indeholdt et krav om, at grisene under hele opfodringen skulle være mærkede. Uanset denne aftale var grisene imidlertid ikke mærkede. Ca. 14 dage efter leveringen havde gårdejeren, selv om kontrakten ikke indeholdt et krav derom, på en tavle med tusch noteret, i hvilke bokse de fra slagteriet leverede grise var placeret. I de andre bokse i stalden havde gårdejeren andre grise. Efter tvangsauktion over ejendommen, hvor DLR overtog ejendommen, nægtede de at anerkende slagteriets ejendomsforbehold. Grisene, der var solgt under ejendomsforbehold, kunne kun identificeres ved, at gårdejeren på grundlag af noteringerne på tavlen kunne udpege dem. Flertallet på tre i Højesteret anførte, at slagteriet var bekendt med, at gårdejeren havde andre grise på ejendommen, men alligevel undlod at lade kontraktsgrisene mærke som forudsat i kontrakten. Identifikationen hvilede derfor alene på skyldnerens oplysninger, og da en sådan identifikation ikke fandtes at være tilstrækkelig, tilsidesattes ejendomsforbeholdet. To dommere anså identifikationen for tilstrækkelig.

5. Domme med relation til afregningskravet

Afgørelsen U 2000.1865 indeholder flere forhold, der har relation til konsignationsbetingelserne. Vestre Landsret antog, at der inden levering af tre maskiner fra en jugoslavisk sælger til en dansk køber var indgået aftale om, at leverandøren havde ejendomsforbehold i maskinerne, indtil disse blev videresolgt. Tilsyneladende var der udstedt vekslers for købesummen, men retten antog, at det dog ikke var meningen, at der ikke skulle afregnes i takt med videresalget. At dømme efter det på dette punkt sparsomme referat antoges, at vekslens kun skulle opfattes som et særligt grundlag for kravet. Ejendomsforbeholdet tilsidesattes imidlertid som følge af manglende kontrol, jf. nærmere nedenfor i afsnit 6. Det kan være vanskeligt at forstå, at det ikke var meningen, at vekslerne skulle betales til forfaldstid. I hvert fald vil den køber, der har accepteret en væksel stå i en særdeles svag position, hvis sælgeren ved vekslens forfaldstid kræver betaling. Omvendt vil sælgeren kunne have visse problemer ved at gennemtvinge vækselkravet forinden vekslens forfaldstid, selv om der er sket et videresalg af konsignationsvarerne. Det typiske vil være, at udstedelse af vekslers medfører, at der ikke antages at skulle afregnes i takt med videresalget.

Som et eksempel på sidstnævnte kan nævnes U 1983.311 H. I det pågældende tilfælde havde en tysk sælger solgt en maskine til en dansk køber med henblik på dennes videresalg af maskinen. Der var udstedt en tre måneders væksel for købesummen. Under hensyn til at købesummen ikke forfaldt ved videresalget, men efter udløbet af den i forbindelse med vekseludstedelsen fastsatte kredittid på tre måneder, opfyldte aftalen ikke dansk rets krav til konsignation. Afgørelsen er tillige omtalt neden for i afsnit 6. Tilsvarende antager U 1992.373/2, at et tysk ejendomsforbehold ikke kunne opretholdes, idet der var fastsat betalingsfrister, der ikke var afhængig af, hvornår videresalg fandt sted.

Også afgørelsen U 1980.597 vedrører vekslers for købesummen. I dette tilfælde blev vekslerne ikke udstedt ved modtagelse af varerne, men de blev udstedt ved videresalg af varerne, således at de var et led i afregningen. Vekslerne blev udstedt med 6 mdr. løbetid, men de blev ofte forlænget, for nogles vedkommende i et sådant omfang, at den samlede løbetid kom op på 10-13 mdr. Retten antog, at den derved ydede kredit havde haft karakter af gældsstiftelse til at holde virksomheden i gang, og ejendomsforbeholdet antoges ikke at kunne opretholdes.

Afgørelsen U 1982.203, der tillige er omtalt i afsnit 3, byggede på en mundtlig aftale om konsignation suppleret med, at der på fakturaerne blev anført »konsignation.« Som omtalt antog Vestre Landsret, at det var tilstrækkeligt som aftalefundament for at anerkende ejendomsforbeholdet. På nogle fakturaer var det tillige med stempel anført, at varerne ville overgå i fast regning (med sædvanlige betalingsvilkår) efter en bestemt angiven dato, men der var ikke udfyldt med dato på alle disse. Derimod var det angivet, at betaling skulle ske kontant efter salg af varerne. I de fakturaer, hvor der ikke var udfyldt med dato for overgang til fast regning, antoges påsætningen af stemplet med vilkåret om varernes overgang til fast regning at være sket ved en fejltagelse og i øvrigt at være indholdsløs. Vestre Landsret fandt på dette

grundlag ikke, at der var tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte ejendomsforbeholdet for de af disse fakturaer omfattede varer. Derimod fandtes ejendomsforbeholdet ikke at kunne opretholdes i de tilfælde, hvor der var fastsat en dato for varenes overgang til fast regning, selv om der ikke var foretaget konteringer og faktureringer i overensstemmelse med dette vilkår. Som det ses, er afgørelsen meget differentieret med hensyn til de enkelte leverancer. Det kan diskuteres, i hvilket omfang et konsignationsmellemværende skal ses som et hele. Set under ét må det pågældende arrangement anses for at have ligget i meget løse rammer, muligvis så vide at en vurdering under ét måtte føre til at underkende det. Så vidt ses er der ikke nyere afgørelser om konsignation, der belyser dette spørgsmål.

6. Domme med relation til kontrol

Som nævnt antog Vestre Landsret, at kravene til afregning i takt med videresalget var opfyldt ved afgørelsen U 2000.1865. Det antoges imidlertid, at ejendomsforbeholdet bortfaldt, idet sælger ikke havde afkrævet køberen regnskab, og idet der ikke var ført kontrol med, at der blev afregnet i takt med videresalget. Med hensyn til kravet om regnskab er det ret oplagt, at sælgeren i det mindste kunne have fremsat et krav om regnskabsaflæggelse med post. Tilsyneladende er det dog den manglende kontrol, der er det afgørende moment. Sælgerens forhold var ret vanskelige på grund af, at der var krig i Jugoslavien, hvilket bevirkede, at han ikke kunne få udrejsetilladelse. Sælgeren havde forsøgt at ringe til køberen for at spørge om videresalg af maskinerne, men havde ikke truffet denne. Det fremgår ikke af domsreferatet, hvor lang periode der var forløbet fra leveringen til køberens konkurs. Afgørelsen giver derfor ikke reel vejledning i relation til kravet om kontrol, bortset fra at vanskeligheder med hensyn til gennemførelse af kontrol ikke fritager for dette krav. Selv om der var tale om speciesvarer, og selv om sælgeren havde haft disse vanskeligheder, bevirkede den manglende kontrol, at ejendomsforbeholdet ikke kunne opretholdes. Der kan da næppe heller være tvivl om, at det, som det at dømme efter domsformuleringen, forudsættes af retten, måtte have været muligt for sælgeren at arrangere en eller anden form for kontrol med, at der blev afregnet ved videresalg.

Afgørelsen U 1998.1764 berører både spørgsmålet om specifikation af varerne, kontrol og afregning. En farvehandler købte på grundlag af en konsignationsaftale malerverer fra et grossistfirma. Aftalen indeholdt et vilkår om optælling mindst en gang om måneden foretaget i samarbejde mellem grossistens repræsentant og farvehandelen, og således at salget af konsignationsvarer antoges at være differencen mellem et angivet lager og det faktisk resterende lager. Afregning skulle foretages efter løbende måned plus 30 dage, og for betalingen blev der stillet en bankgaranti. I en længere periode blev aftalen efterlevet, dog således at grossistens repræsentant normalt optalte det resterende lager alene, og denne optælling dannede grundlag for afregningen. Ved farvehandlerens betalingsvanskeligheder blev der ikke længere afregnet i takt med forbruget, men der blev i en periode kun betalt, efterhånden som virksomheden kunne. Efter farvehandlerens konkurs påstod boet, at ejendomsforbe-

holdet i lageret var ugyldigt, navnlig under henvisning til den manglende afregning i takt med videresalget, men også under henvisning til, at der også var leveret varer, der ikke var omfattet af konsignationsaftalen, således at lageret ikke var adskilt fra de øvrige varer, og under henvisning til at der var en relativt stor manko i lageret ved betalingsstandsningen. Mankoens relative størrelse kan ikke vurderes på grundlag af dommens oplysninger. Forbruget blev for den sidste periode opgjort til ca. 43.000 kr., og det resterende lager udgjorde derefter ca. 49.000 kr. I forhold til restlageret virker mankoen umiddelbart relativ stor, men i mangel af oplysninger om størrelsen af et sædvanligt salg i perioden, er en nærmere vurdering ikke mulig. Østre Landsret antog, at lageret var tilstrækkeligt identificerbart, og at det ikke betog arrangementet dets gyldighed, at der havde været visse afvigelser fra den aftalte afregningspligt, idet afregning dog i det væsentlige var sket efter repræsentantens månedlige optællinger.

Afgørelsen U 1983.933 H anerkender en speciel sædvane inden for bogbranchen. Ordningen fungerede på den måde, at boghandlerne fik nyudkomne bøger i kommission. Når der var solgt en bog, skulle der bestilles en ny, og den solgte førtes i fast regning på boghandlerens konto. Der var ikke tale om egentlig kontrol, før bogen var ved at være udsolgt fra forlaget, men på dette tidspunkt førtes den på en tilbagekaldelsesliste. Højesteret antog, at ordningen ikke rummede særlig fare for væsentligt misbrug til skade for kreditorerne, hvorfor ordningen under hensyn til dens genstand og formål og dens historiske baggrund accepteredes som grundlag for anerkendelse af forlagets ejendomsret til udsolgte bøger. Dommens begrundelse viser, at en sådan usædvanlig ordning ikke kan forventes anerkendt på andre områder.

7. Domme om relationen til konsignatarens køber

Som nævnt i afsnit 3 fører forhandlergrundsætningen normalt til, at den, der køber en genstand af konsignatøren i god tro, fortrænger konsignantens ejendomsforbehold. Afgørelsen U 1985.138 H omhandler et tilfælde, hvor en bilimportør havde solgt nogle biler i konsignation til en forhandler og havde beholdt disses toldattester, indtil afregning fandt sted, som sikkerhed for, at bilerne ikke kunne indregistreres her i landet, uden at der var blevet afregnet med importøren. Forhandleren havde imidlertid solgt fem biler til en anden forhandler, der havde eksporteret disse biler til Tyskland, hvilket udmærket kunne ske uden toldattesterne. Såvel landsret som Højesteret antog, at den forhandler, der købte bilerne af konsignatøren, fra sin egen virksomhed var bekendt med, at bilimportører - i hvert fald i et vist omfang - sikrede sig betaling af købesummen ved salg under ejendomsforbehold, og at bilernes toldattester i så fald først blev udleveret, når bilerne blev betalt. Eksportøren kunne ved at have forlangt forevisning af kvittering eller toldattest let have sikret sig, at konsignatøren var berettiget til at sælge bilerne. Han fandtes derfor ikke at have foretaget sig tilstrækkeligt i denne henseende og kunne som følge deraf ikke fortrænge ejendomsforbeholdet. Som det fremgår af dommens begrundelse, er den

manglende ekstinktion i dette tilfælde begrundet i, at eksportøren, der købte bilen af forhandleren, ikke var i den fornødne gode tro.

8. Domme med relation til lovvalg

Afgørelsen U 1984.8 H udtrykker i begrundelsen generelt, hvilket lands regler, der skal anvendes ved ejendomsforbehold. I det pågældende tilfælde havde en dansk køber erhvervet en maskine fra en engelsk sælger. Det var i salgsbetingelserne fastsat, at engelsk ret skulle anvendes på kontrakten. Parterne havde tidligere indgået en lignende kontrakt. Højesteret anfører: »Det tiltrædes, at der ved salgsaftalen er indgået en gyldig overenskomst om anvendelse af engelsk ret, og at spørgsmålet om ejendomsforbeholdets gyldighed mellem aftalens parter herefter afgøres efter engelsk ret. I et tilfælde som det foreliggende, hvor strikkemaskinen efter købsaftalen skulle sendes til køberen i Danmark og ved konkursdekretets afsigelse befandt sig her i landet, må spørgsmål om opfyldelse af særlige betingelser for ejendomsforbeholdets virkning i forhold til kreditorerne afgøres efter dansk ret.«

I afgørelsen U 1983.311 H var forholdet det, at et tysk firma gennem en årrække havde leveret varer til en dansk agent med henblik på dennes videresalg af varerne. Inden agentens likvidation havde det tyske firma leveret en varmepladepresse med ejendomsforbehold mod en tre måneders veksel. Parterne var enige om, at ejendomsforbeholdet ville være gyldigt i forhold til agentens kreditorer efter tysk ret. Højesteret lagde vægt på, at maskinen befandt sig i Danmark, da agentselskabet trådte i likvidationen (efter de da gældende regler om likvidation af insolvente selskaber), hvorfor ejendomsforbeholdet kun kunne få virkning over selskabets kreditorer, hvis betingelserne efter dansk ret var opfyldte. Da maskinen blev solgt som led i et fast forhandlerforhold, og da købesummen ikke forfaldt ved maskinens videresalg, men efter udløbet af den ved udstedelse af vekslen fastsatte kredittid på tre måneder, fandtes ejendomsforbeholdet ikke at kunne gøres gældende i forhold til boet.

Også afgørelsen U 1987.766 H omhandler et ejendomsforbehold, der var gyldigt efter tysk ret, men som ikke efter dansk ret skulle anerkendes af køberens konkursbo. I dette tilfælde havde den tyske sælger imidlertid taget det solgte tilbage under køberens betalingsstandsning, hvor der ikke var sket kreditorekstinktion. Højesteret fastslog, at tilbagetagelsen ikke var ugyldig. Da ejendomsforbeholdet ikke ville have været gyldigt i forhold til konkursboet, og da tilbagetagelsen måtte sidestilles med en betaling med usædvanlige betalingsmidler, omstødtes tilbagetagelsen efter KL § 67.

Ved afgørelsen U 1992.373 nåede man frem til et tilsvarende materielt resultat, men med en anden fremgangsmåde. Her var udlevering af det med ejendomsforbehold købte nægtet under betalingsstandsning, hvorfor det fortsat befandt sig hos skyldneren ved indtræden af konkurs. Vestre Landsret konstaterede, at genstandene var leveret her til landet, hvor de befandt sig ved betalingsstandsningen, som gik umiddelbart forud for konkursen, og at de særlige betingelser for anerkendelse af

ejendomsforbehold i forhold til kreditorerne derfor måtte afgøres efter dansk ret. Da der ikke skulle afregnes i takt med videresalget, tilsidesattes ejendomsforbeholdet. Da KL § 16 så vidt ses ikke giver hjemmel for at hindre tilbagetagelse af genstande solgt under ejendomsforbehold, må nægtelse af udlevering under betalingsstandsningen have været uberettiget, når henses til at ejendomsforbeholdet var gyldigt mellem parterne, jf. herved at tilbagetagelsen var gyldig i den netop nævnte U 1987.766 H. Da tilbagetagelse formentlig ville kunne have været omstødt ved den senere konkurs, førte begivenhedsforløbet imidlertid frem til det »rigtige« resultat.

Afgørelsen U 1998.1073 vedrører spørgsmålet om retsstillingen under henholdsvis betalingsstandsning og konkurs. Et selskab havde af et engelsk selskab købt varer med henblik på videresalg med aftalt ejendomsforbehold og aftalt anvendelse af engelsk ret. Efter engelsk ret var det tagne ejendomsforbehold gyldigt, hvorimod det ikke var gyldigt efter dansk ret, idet de særlige krav, der stilles ved kreditkonsignation, ikke var opfyldt. Efter selskabets anmeldelse af betalingsstandsning opstod der uenighed mellem tilsynet og sælgerselskabet om gyldigheden af ejendomsforbeholdet. Under betalingsstandsningen blev selskabets virksomhed overdraget, hvorefter selskabet blev erklæret konkurs. Sælgerselskabet krævede i boet sit krav på købesummen anerkendt med fortrinsret efter § 94 nr. 2, med den begrundelse, at ejendomsforbeholdet skulle have været anerkendt under betalingsstandsningen, og at tilsynet havde pådraget boet et krav efter bestemmelsen ved at råde over effekterne. Flertallet i Østre Landsret lagde vægt på, at varerne ikke var taget tilbage, da konkursen blev erklæret, og at det ikke var godtgjort, at der inden dette tidspunkt var taget stilling til lovvalget. Under disse omstændigheder måtte spørgsmålet om ejendomsforbeholdets gyldighed bedømmes efter dansk ret, hvorfor kravet på købesummen kun kunne fyldestgøres som et simpelt krav. Den dissenterende dommer lagde vægt på, at forhandlingerne mellem tilsynet og sælgerselskabet resulterede i, at den del af virksomheden, hvortil de pågældende varer var leveret, blev solgt, og at spørgsmålet om gyldigheden af ejendomsforbeholdet blev udskudt til fordringsprøvelsen i konkursboet. Denne dommer fandt, at spørgsmålet under disse omstændigheder burde afgøres efter engelsk ret. Både flertallet og mindretallet lægger så vidt ses til grund, at spørgsmålet om ejendomsforbeholdets gyldighed mellem parterne principielt vil være omfattet af lovvalgsaftalen mellem parterne, således at denne relation skulle bedømmes efter engelsk ret, samt at et ejendomsforbehold ved konkurs - i modsætning til under betalingsstandsning - kun skal anerkendes, hvis også de særlige krav, der efter dansk ret stilles i forhold til køberens kreditorer, er opfyldte, hvilket er i overensstemmelse med de foran nævnte afgørelser.

Det må siges at ligge fast i praksis, at udenlandske ejendomsforbehold, der er gyldige i forholdet mellem parterne, ved konkurs kun skal anerkendes, hvis de særlige betingelser, der i dansk ret stilles i relation til kreditorerne, er opfyldte. En tilbagetagelse under betalingsstandsning, hvor der ikke er sket kreditorekstinktion, kan principielt være gyldig, hvilket i øvrigt er en naturlig konsekvens af, at det er gyldigt inter partes. Ved en efterfølgende konkurs kan der ske omstødelse af tilbagetagelse på grundlag af en ret, der ikke var beskyttet mod kreditorerne. Praksis har imidlertid ikke taget reelt stilling til spørgsmålet om retsstillingen, hvor der

under betalingsstandsning med tilsynets samtykke rådes over den genstand, der er solgt under et ejendomsforbehold, der principielt er gyldigt under betalingsstandsningen, men ikke under konkurs, således som det var tilfældet i den nævnte U 1998.1073, hvor flertallet ikke klart nævner problemstillingen.

Der kunne for at sikre mod tilbagetagelse af genstande under betalingsstandsning i et sådant tilfælde være behov for at foretage en tilføjelse til konkurslovens § 16, således at ejendomsforbehold, der ikke er gyldige mod kreditorerne ved konkurs, ikke kan gøres gældende. En sådan tilføjelse ville harmonere med behandlingen af omstødelige rettigheder. Om domstolene uden udtrykkelig hjemmel kan nå et tilsvarende resultat med en analogi af konkurslovens § 16 må henstå som usikkert, om end man kan have sympati for det. Endvidere kunne der være behov for at beskytte mod, at salg med tilsynets godkendelse hjemler sælger § 94 stilling.

9. Konsignationsreglernes anvendelse på beslægtede områder

Det har i den juridiske teori været drøftet, om man kan anvende konsignationslignende regler på underpant i varelager. Det har særlig været princippet om afregning i takt med videresalg og kontrol samt fortabelse af sikkerhedsretten ved videresalg, der har været på tale.

Afgørelsen U 2000.117 H omhandler underpant i et bilvarelager. En bank finansierede en autoforhandlers lager af brugte biler mod pant i disse i form af skadesløsbreve, der successivt blev fornyet, efterhånden som biler blev solgt og nye indgik i lageret. Det var aftalt, at autoforhandleren skulle afregne en bil, når den blev solgt, og først når den var afregnet, ville banken give afkald på panteretten, hvilket formelt skete, når et nyt skadesløsbrev skulle tinglyses, hvilket ofte skete med ca. 14 dages mellemrum. Banken førte en vis kontrol med, at de pantsatte biler var til stede, og forlangte en forklaring, hvis der manglede en af de pantsatte biler. Banken fik i forbindelse med pantsætningerne en kopi af bilernes registreringsattester, men lod autoforhandleren beholde originalen. Den 16. april 1998 udstedte autoforhandleren et skadesløsbrev til banken. Dette gav blandt andre biler pant i en Toyota Corolla. Skadesløsbrevet blev anmeldt til tinglysning den 17. april og blev registreret som tinglyst pr. denne dag. Fra den 20. april ville der være blevet oplyst om panteretten ved forespørgsel til bilbogen. På grundlag af en annonce rettede en mindre forhandler den 16. april henvendelse til pantsætteren om køb af bilen, som skulle bruges til en kunde. Det aftaltes, at bilen skulle besigtiges den 20., men det blev på grund af travlhed først den 21. Forinden købet - nemlig den 16. eller den 17. april - havde køber undersøgt bilbogen, hvor der ikke på det pågældende tidspunkt var registreret en panteret i bilen. Forhandleren undlod at afregne den solgte bil over for banken, og da banken havde konstateret, at bilen manglede, og da forhandleren ikke kunne betale beløbet, gjorde banken panteretten gældende over for køberen. Højesteret anførte, at det måtte lægges til grund, at banken havde betinget sig, at solgte biler først udgik af pantet, når salgssummen var indbetalt til banken. Da skadesløsbrevet, der bl.a. omfattede den pågældende bil, var tinglyst med virkning

fra den 17. april, og køberen erhvervede bilen den 21. april, fulgte det af tinglysningslovens § 42 d, stk. 1, at bankens panteret i bilen var beskyttet over for køber. Samtidig afviste Højesteret de synspunkter, der i en del af teorien er fremsat om fortabelse af panteretten ved videresalg, svarende til fortabelse af ejendomsforbehold ved videresalg i konsignationsforhold. Endelig antoges, at der ikke var grundlag for at fastslå, at banken ved mangelfuld kontrol med afregninger eller på anden måde havde udvist en uforsigtighed, der kunne medføre fortabelse af panteretten. Det sidste led gør det nærliggende at antage, at der i overensstemmelse med det i en del af teorien anførte må foretages en vis kontrol i tilfælde af underpantsætning af varelagre for, at panteretten kan bevares. I modsat fald må panthaveren antages at udvise en uforsigtighed, der kan medføre fortabelse af retten.

Produktansvarsloven

- objektivt ansvar og begrebet defekt

af

Adjunkt Jan Timmermann Pedersen

1. Indledning

Med produktansvarsloven¹ i 1989 indførtes objektivt ansvar for produktskader i dansk ret.² Denne regel om objektivt ansvar indførtes i dansk ret efter krav fra EU i form af et direktiv.³

Produktansvarslovens objektive ansvar kommer på grund af en særlig konstruktion til at virke simultant med det i dansk retspraksis udviklede produktansvar.⁴ Grunden til, at de to former for ansvar eksisterer sideordnet, er, at loven ikke afskærer en skadelidt fra at søge erstatning på grundlag af det før loven i retspraksis udviklede produktansvar.⁵ Konstruktionen medfører, at der inden for lovens område er mulighed for at opnå erstatning med grundlag i to regelsæt; Produktansvarslovens regler samt det i retspraksis udviklede. Uden for lovens område er der kun mulighed for at anvende det i dansk retspraksis udviklede produktansvar.⁶

¹ Lov 1989-06-07 nr. 371: Produktansvarsloven

² Jf. lovens § 6, som er et typisk eksempel på den formulering, der anvendes ved fastlæggelsen af objektivt ansvar: »En producent skal erstatte skade, der er forårsaget af en defekt ved et produkt, som er produceret eller leveret af denne.«

³ Dir.85/374/EØF, hvor et af formålene med indførelsen af produktansvarsregler var at sikre forbrugerne jf. KOM (76) s. 3. Kommissionen mente, at reglen med, at forbrugeren først skulle løfte bevisbyrden for eksistensen af defekt og derefter bevise sammenhængen mellem defekt og culpa, var en umulig bevisbyrde at løfte for forbrugere. Derfor valgtes løsningen med det objektive ansvar, jf. KOM (76) s. 2 f. Denne artikel vil fokusere på de danske regler. Desuden er der en meget høj grad af overensstemmelse mellem direktivets forlæg og de danske regler.

⁴ For en fuldstændig gennemgang af dette ansvar se *B. Dahl: Produktansvar (1973)*.

⁵ Jf. produktansvarslovens § 13: »Loven begrænser ikke skadelidtes adgang til erstatning efter almindelige regler om erstatning i eller uden for kontrakt eller i medfør af regler, som er fastsat i eller i henhold til anden lovgivning.« Det er interessant, at Dir.85/374/EØF art 13, som udgør de legale grænser for denne paragraf, ud fra en umiddelbar fortolkning kun tillader opretholdelse af særregler, såfremt disse er gældende på tidspunktet for vedtagelsen af direktivet. Medens udviklingen i de almindelige regler om erstatning i eller uden for kontrakt kan ske uhindert.

⁶ Det i retspraksis udviklede produktansvar bygger på culpa som ansvarsgrundlag og er som udgangspunkt udviklet som en særlig disciplin inden for det almindelige deliktansvar.

Indførelsen af objektivt ansvar sker som hovedregel med den hensigt at sikre skadelidte en bedre beskyttelse.⁷ Typisk anvendes objektivt ansvar til at sikre, at der opnås erstatning ved personskade. Produktansvarsloven følger umiddelbart dette mønster ved at sikre ansvar for personskade samt skade på forbrugergenstande ved skader forvoldt af defekte produkter.

Det er interessant at undersøge, i hvilken udstrækning indførelsen af objektivt ansvar med produktansvarsloven reelt betyder en bedre sikring af skadelidte ved produktskader end før indførelsen af produktansvarsloven. Undersøgelsen vil gå ud på, om produktansvaret i produktansvarsloven omfatter flere skader end det i retspraksis udviklede produktansvar.⁸

Artiklen vil være en nærmere undersøgelse af indholdet af begrebet defekt som den reelle undtagelse til det objektive ansvar, kravet om defekt er. Defekt vil blive belyst ved en teoretisk begrebsanalyse. Målet med denne analyse vil være en vurdering af betydningen af disse undtagelser for rækkevidden af det objektive ansvar i produktansvarsloven. Artiklen skal ses som en del af en større sammenhæng, hvor det egentlige formål er at danne et grundlag for at vurdere den egentlige rækkevidde af vedtagelsen af produktansvarsloven.

Der er mange andre vigtige elementer i forbindelse med produktansvar, såsom bevisbyrde, hæftelse for producenter og mellemhandlere osv. Disse problemer vil ikke blive behandlet nærmere i denne artikel. Ligeledes vil betegnelsen producent blive anvendt for den ansvarlige uden hensyntagen til, at personer med en anden rolle i omsætningen af et produkt end producentens muligvis kunne gøres medansvarlige eller selvstændigt ansvarlige. Bevisbyrde og den mere præcise placering af ansvaret vil dog blive inddraget, såfremt dette har betydning for beskrivelsen af de udvalgte begreber.

⁷ Typisk er hensigten at lade en gruppe eller samfundet overtage en risiko fra det enkelte individ for derigennem at sikre en spredning af den risiko, den enkelte ellers skulle have båret. Objektivt ansvar anvendes typisk, hvor samfundet som sådant har en interesse i, at en risikoadfærd udøves, og hvor lovgiver (eller domstolene) ikke mener, at det er rimeligt at lade det enkelte medlem af samfundet bære risikoen.

⁸ Dette kunne være interessant ud fra flere betragtninger. Det i retspraksis udviklede produktansvar gælder stadig, og et mere eller mindre dækkende lighedstegn mellem de to vil kunne give anledning til flere overvejelser. Det første er lanceringen af produktansvarsloven som en forbrugerbeskyttelseslov. Med produktansvarsloven indførtes kortere frister for forældelse end normalt gældende i dansk ret. Viser en analyse, at det objektive ansvar ikke betyder en signifikant udvidelse af forbrugerbeskyttelsen, har man fra lovgivers side indført kortere forældelsesfrister, uden at man på det vigtige område vedrørende ansvarsgrundlaget har stillet forbrugerne væsentligt bedre. Det andet er, at lovens »selvrisiko« for tingskade, jf. § 8 ville være illusorisk.

2. Lovens anvendelsesområde

Den almindelige metode til begrænsning af lovbestemt objektivt ansvar er at begrænse den pågældende lovs anvendelsesområde både med hensyn til typen af adfærd, der medfører ansvar, og med hensyn til skadestyper, der er omfattet af dækningen. Dette hænger snævert sammen med, at det er følgerne af en bestemt adfærd man ønsker at sikre skadelidte imod, samt at lovgiver anser visse interesser for mere beskyttelsesværdige.⁹

Metoden med afgrænsning på anvendelsesområdet er også benyttet i produktansvarsloven. For at vurdere rækkevidden af det i produktansvarsloven fastsatte objektive ansvar er det nødvendigt at fastlægge, hvilket anvendelsesområde loven har.

Den vigtigste begrænsning i lovens anvendelsesområde findes i lovens § 3, jf. § 1, der fastslår, at kun skade forvoldt af et produkt er omfattet af denne lov. Produktansvarslovens § 3 opererer med et snævert produktbegreb¹⁰

En anden begrænsning ligger i, hvilke skader der er omfattet af loven. Disse skader er: skader på personer uden hensyn til i hvilken sammenhæng de er sket, samt skader på genstande anvendt til forbrug. Den generelle begrænsning ved at afgrænse, hvilke skader der falder under lovens anvendelsesområde, har dog kun en mindre betydning, såfremt en forbruger¹¹ rammes af en produktskade. Loven undtager reelt kun tingsskade på genstande, der efter deres art sædvanligvis er beregnet til ikke erhvervsmæssig brug og hovedsagelig er anvendt uden for en forbrugssituation.¹²

Begrænsningen i skadestyper er derfor uden for erhvervsmæssig anvendelse af produkter uden særlig betydning.

Endelig er der den i produktansvarslovens § 8 fastsatte »selvrisiko« på 4.000 kr. ved tingsskade, som medfører, at det i retspraksis udviklede ansvar har relevans også ved skade på forbrugergenstande.¹³

⁹ De klassiske eksempler på dette er færdselslovens § 101, ifølge hvilken der er objektivt ansvar for motorkøretøjer, men pålæggelsen af ansvar på objektivt grundlag forudsætter, at skaden er sket ved et færdselsuheld. Af andre eksempler kan nævnes luftfartslovens §§ 106 og 107 og jernbanelovens § 13, hvor begrænsningerne ligeledes ligger i selve anvendelsesområdet for det objektive ansvar.

¹⁰ Produktansvarslovens § 3: »Ved et produkt forstås enhver løsøregenstand, hvad enten denne er forarbejdet eller er et naturprodukt, og uanset om genstanden er indføjjet som en bestanddel af en anden løsøregenstand eller en fast ejendom. Reglerne om produkter omfatter også elektricitet.«

¹¹ Begrebet forbruger bruges her i den gængse juridiske forstand, jf. f.eks. købelovens § 4a.

¹² For en nærmere definition af begrebet forbrugergenstande se *J. P. Andersen: Produktansvar*, s. 103.

¹³ Om de 4.000 kr. er en reel selvrisiko i forsikringsretlig forstand, således at skadelidte altid skal bære de første 4.000 kr. af en skade, eller om det reelt kun er krav på mindre end 4.000 kr. samlet, der afskæres, således at forbrugeren ikke skal betale noget selv, når skaden er på over

3. Undtagelser til det objektive ansvar

Vigtigere end afgrænsningen i lovens anvendelsesområde og dermed også genstanden for artiklens undersøgelse er de undtagelser til det objektive ansvar, som er indbygget i selve produktansvarslovens ansvarsgrundlag. Disse undtagelser følger ikke det sædvanlige mønster til begrænsning af objektivet ansvar, der anvendes ved lovbestemt objektivet ansvar.

Analysens formål er: hvilken betydning har disse begrænsninger i det objektive ansvar for rækkevidden af produktansvarslovens objektive ansvar.

De vigtigste af disse undtagelser i ansvarsgrundlaget er efter min mening kravet om defekt, samt fritagelsen for udviklings- og systemskader.

Kravet om defekt har ikke umiddelbart karakter af en undtagelse. Der kræves i produktansvarsloven defekt som grundlag for at anvende det objektive ansvar, derved kommer defekt reelt til at virke som en afgrænsning af det objektive ansvar. Er produktet uden defekt, vil der ikke være noget ansvar. Hvilket medfører, at den manglende tilstedeværelse af defekt reelt udgør en undtagelse til det objektive ansvar. Det er dermed begrebet *ikke defekt*, der udgør undtagelsen til lovens objektive ansvar.

Udviklings- og systemskader derimod har den for juraen typiske karakter af undtagelser. Udviklingsskaders karakter af undtagelse kan direkte ses ved den måde, denne er sat ind i produktansvarsloven. Systemskader har egentlig karakter af en undtagelse til defekt, således at defekt ikke foreligger i bestemte situationer.

Hovedvægten vil blive lagt på begrebet defekt, medens udviklings- og systemskader kun vil blive inddraget til belysning af dette begreb.

3.1 Begrebsdefinitioner

Ved defekt¹⁴ forstås, at der skal foreligge en fejl af en eller anden karakter ved produktet. Denne fejl i produktet skal være årsag til skaden, før der er grundlag for at anvende produktansvarslovens objektive ansvar.¹⁵ Det er i denne forbindelse interessant at påpege, at bevisbyrden for eksistensen af en defekt ved produktet påhviler skadelidte.¹⁶

4.000 kr. synes endnu ikke afklaret.

¹⁴ En efter min mening ikke særlig præcis definition på begrebet defekt findes i produktansvarslovens § 5. Spørgsmålet er imidlertid, om dette begreb kan defineres præcis og generelt.

¹⁵ Dette fremgår direkte af produktansvarslovens § 6, ifølge hvilken kun skade, som er forårsaget af en defekt ved produktet, er omfattet af lovens objektive ansvar.

¹⁶ Dette fastslås direkte i produktansvarslovens § 6 stk. 2: »Det påhviler skadelidte at føre bevis for skaden, defekten og årsagsforbindelsen mellem defekten og skaden.« Denne regel er en bevisbyrderegel, som pålægger skadelidte at føre bevis for alle elementer i skaden ud over ansvarsgrundlaget. Det vil sige, at reglen bortset fra ansvarsgrundlaget reelt følger de almindelige gældende regler for bevisbyrde i erstatning uden for kontrakt. Da defekten har en nær sammenhæng med ansvarsgrundlaget jf. nedenfor, kommer skadelidte reelt til også at løfte

Ved en udviklingskade¹⁷ forstås, at producenten kan blive fri for ansvar, såfremt han kan bevise, at det med den tilgængelige videnskabelige og tekniske viden ikke var muligt at opdage defekten.¹⁸ Bevisbyrden er her modsat den almindelige bevisbyrde i erstatningsretten, her har skadevolder altså mulighed for ved bevis at disculpere sig.¹⁹

Der eksisterer en forbindelse mellem de to begreber defekt og udviklingskade. Denne forbindelse kommer tydeligt til udtryk i produktansvarslovens § 5 stk. 2, der fastslår at:

»Et produkt anses ikke for at være defekt, alene fordi der senere er bragt et bedre produkt i omsætning.«

Kunne fremkomsten af andre produkter på et senere tidspunkt medføre, at et produkt blev defekt, ville dette netop være et tilfælde, hvor den faktiske udvikling i sig selv gjorde et produkt defekt. Dermed ville muligheden for fritagelse vedrørende udviklingskader reelt være afhængig af, om der fremkom nye produkter med en bedre sikkerhed.²⁰

Systemskader beskrives normalt som en kendt, men uundgåelig fare ved et skadeligt produkt.²¹ Produktansvarsloven indeholder ikke direkte nogen undtagelse med hensyn til systemskader. Det antages dog, at disse skader er undtaget for ansvar. Dette gøres ud fra den antagelse, at man anser et produkt, som forårsager en

bevisbyrden for en vigtig del af ansvarsgrundlaget.

¹⁷ Udviklingskader ses defineret ved produktansvarslovens § 7. Hvor stk. 1 begynder med en bevisbyrderegel: »Producenten er ikke ansvarlig, hvis denne beviser:« Hvorefter det i § 7 stk. 1 nr. 4 fastslås: »at det på grundlag af den videnskabelige og tekniske viden på det tidspunkt, da produktet blev bragt i omsætning, ikke var muligt at opdage defekten.«

¹⁸ I det oprindelige direktivforslag var udviklingskader netop omfattet af det objektive ansvar, jf. KOM(76) 372 s. 4, hvor det netop påpeges, at en undtagelse for udviklingskader ville medføre, at forbrugeren skulle bære en ukendt risiko, og dette ansås af den daværende Kommission ikke at være en tilfredsstillende løsning. En løsning Kommissionen fastholdt i det oprindelige direktivforslag trods kritik fra Europa-Parlamentet, jf. KOM(79) 415 s. 1.

¹⁹ Anvendelsen af betegnelsen disculpere sig er ikke helt forkert, når henses til nærheden mellem den definition, der findes i forarbejderne til produktansvarslovens § 7 stk. 1 nr. 4 af begrebet udviklingskade og culpa, jf. FT 1988/89, tillæg A spalte 1631, der er en nærmest ordret afskrivning af en culpadeinition.

²⁰ Hvordan forholdet mellem defekt og udviklingskader nærmere er, herunder dette forholds betydning for bevisbyrden, skal ikke gøres til genstand for en nærmere undersøgelse. Der er dog en ikke ukompliceret bevisbyrdeeffekt af § 5 stk. 2.

²¹ *B. Dahl: Produktansvar (1973) s. 31.*

systemskade som værende uden en defekt.²² Dermed må det antages, at systemskader udgør en integreret del af vurderingen af, om produktet er defekt. Effekten på bevisbyrden af, at man systematiserer systemskaden på den måde, at produktet ikke er mangelfuldt, er svær at overskue. Med placeringen af systemskader som en del af definitionen af defekt, er det spørgsmålet om dette begreb egentlig har nogen selvstændig betydning, ud over at være en metode til at beskrive begrebet defekt. Derfor må det antages, at bevisbyrden for, at en skade ikke er en systemskade, må påhvile skadelidte.

4. Begrebet defekt

Med hensyn til ansvarsgrundlaget er produktansvarsloven § 6, stk. 1, den centrale bestemmelse:

»En producent skal erstatte skade, der er forårsaget af en defekt ved et produkt, som er produceret eller leveret af denne.«

I produktansvarslovens § 6, stk. 1, fastlægges først og fremmest lovens objektive ansvar. Bestemmelsen indeholder samtidig et krav om en defekt ved det skadevoldende produktet, som en betingelse for at anvende lovens objektive ansvar.

Denne konstruktion gør, at kravet om defekt er en betingelse for at anvende lovens objektive ansvar. Derved kommer kravet om defekt, eller det manglende bevis for en defekt ved produktet i realiteten til at virke som en undtagelse til lovens hovedregel om objektive ansvar. Det er derfor af afgørende betydning for fastlæggelsen af rækkevidden af lovens objektive ansvar at få fastlagt rækkevidden af kravet om defekt.

4.1 Defekt i produktansvarsloven

Defekt er defineret i produktansvarslovens § 5:

»Et produkt lider af en defekt, når det ikke frembyder den sikkerhed, som med rette kan forventes. Ved bedømmelsen heraf tages hensyn til alle omstændigheder, navnlig til:

- 1) produktets markedsføring,
- 2) den anvendelse af produktet, som med rimelighed kan forventes, og

²² For denne antagelse se *Kirsten Levinsen og Peter Biering*: UfR 1985 B s. 377 (379). Hvor det samtidig påpeges, at afvigere må antages at falde uden for begrebet systemskader. Dermed følges den i retspraksis udviklede afgrænsning mellem ansvarspådragende skader og ikke ansvarspådragende skader, der eksisterer i det i retspraksis udviklede produktansvar, inden for lovens område. Der synes derfor ikke at være nogen forskel i afgrænsningen mellem systemskader og afvigere til trods for det objektive ansvar. Afvigere udgør et problem i det i retspraksis udviklede produktansvar, fordi de netop defineres ved, at der ikke foreligger culpa i traditionel forstand i forbindelse med disse produktskader. Derfor er ansvaret i det i retspraksis udviklede ansvar for afvigere egentligt et objektive ansvar. Overgangen til objektive ansvar som hovedregel og med afgrænsede undtagelser gør derfor, at problemet med ansvar for afvigere ikke eksisterer inden for produktansvarslovens område.

3) tidspunktet, da produktet er bragt i omsætning.«

Det afgørende element er, hvilken sikkerhed der kan *forventes* af produktet. Eksemplerne i § 5 stk. 1 nr. 1-3, er netop kun eksempler, og paragraffen angiver ikke på nogen måde at være fyldestgørende, jf. ordene »navnlig til,« som refererer direkte til de i paragraffen nævnte eksempler.

4.2 Defekt og kontrakt

Ud fra en umiddelbar betragtning minder især § 5 stk. 1 meget om definitionen på mangler som denne findes i køberetten.²³ Det afgørende er i begge tilfælde, hvad man kan *forvente*. Både ved køb og ved produktansvar er vurderingen af forventningen en objektiv vurdering. Det vil sige, at i begge tilfælde er den enkeltes subjektive forventninger ikke afgørende for, om der foreligger mangler eller defekt.

Spørgsmålet er dog, om det er så frugtbart rent juridisk at betragte produktansvarslovens § 5 og dermed undtagelsen til det objektive ansvar i § 6 ud fra en kontraktsretlig synsvinkel.

Det afgørende, når man anvender den kontraktsretlige synsvinkel, er en undersøgelse af, om produktet har været kontraktmæssigt eller ikke kontraktmæssigt. Dette må i givet fald skulle undersøges efter den for kontrakter typiske måde. Dvs. ved at man først undersøger den konkrete kontrakt. Derefter undersøger man hvorvidt, der kan være andre forudsætninger for produktets anvendelse af direkte eller indirekte karakter, der kan anses for at være en del af kontrakten. Ud fra en samlet objektiv vurdering af kontrakten skal det så afgøres, om produktet er kontraktmæssigt. Er produktet kontraktmæssigt, foreligger der ikke en mangel.

Defekt og dermed også produktansvarslovens § 5 fokuserer modsat det kontraktsretlige ansvar på de forudsætninger, som i princippet er uafhængige af den konkrete kontrakt. Som det fremgår af eksemplerne i produktansvarslovens § 5, er afgørelsen af, om der foreligger en defekt *ikke* en objektiv vurdering af en kontrakt. Derimod er den en objektiv vurdering af den *forventning*, der er til produktet *generelt*. Der skal som udgangspunkt, i modsætning til ved mangelsbegrebet, *ikke* tages stilling til eventuelle konkrete kontraktmæssige vedtagelser.²⁴

På dette afgørende punkt er tankegangen i produktansvar modsat kontraktsrettens mangelsbegreb, hvor mangel netop defineres ud fra først de konkrete og de generelle forventninger af, hvad kontrakten indeholder, og de generelle forventninger anvendes kun, såfremt den konkrete kontrakt ikke giver nogen løsning.

Ved produktansvar fokuseres på den generelle *forventning til produktet*, der er opbygget af alle for forbrugeren af produktet tilgængelige oplysninger.

²³ En kodificering af begrebet mangler findes i købelovens § 76.

²⁴ Dette betyder ikke, at de er uden betydning. Dette kunne tænkes, hvor en køber bliver oplyst specielt om en fare ved det konkrete produkt og anvender produktet uden hensyn til advarslen. I dette tilfælde vil den kontraktmæssige forbindelse kunne medføre, at producenten undgår ansvar.

En sådan kontraktsuafhængig objektiv vurdering på grundlag af tilgængelige oplysninger er sandsynligvis begrundet i, at produktansvaret ikke kun ifaldes over for kontraktsparter, men over for alle, der lider skade i forbindelse med anvendelsen af det defekte produkt. Dermed ville det være forkert at lægge vægten på den konkrete kontraktsparts forventninger. I stedet må der foretages en objektiv vurdering af forventningerne til produktet, i dette tilfælde kan omstændighederne som helhed inddrages. Denne vurdering er som udgangspunkt det afgørende for, om produktet er defekt.

Den mindre betydning af den konkrete kontrakt har sandsynligvis den baggrund, at produktansvaret ikke er begrænset til parter, som står i kontraktmæssig forbindelse, og dermed får den konkrete kontrakt ikke en afgørende betydning for pålæggelsen af ansvar.

Produktansvarslovens § 5 stk. 1, er yderligere interessant for sammenhængen mellem kontraktmæssigt ansvar og ikke kontraktmæssigt ansvar, fordi denne paragraf med sin konstruktion af først et forventningsprincip og derefter et ikke bindende katalog lægger op til en helhedsvurdering af samtlige relevante omstændigheder.

Konstruktionen gør, at dommeren ved produktansvar ikke er bundet af eksistensen af konkrete oplysninger. Dommeren skal inddrage de oplysninger, som har været til rådighed for skadelidte, som eksisterer generelt om produktet, som sagkyndige udtaler om produktet, som fremkommer ved sammenligning med andre lignende produkter osv. Alle disse oplysninger indgår i en samlet vurdering af produktet. Det er denne samlede vurdering, der er afgørende for, om produktet er defekt.

Ved vurderingen af en mangel i køb ville det samme ikke være tilfældet ved vurderingen. Eksisterer der i en kontrakt konkrete forudsætninger, som en køber kunne eller burde kende, kan domstolen ikke underkaste betydningen af disse en vurdering, men må agere ud fra, at køber havde kendskab til disse oplysninger.

Produktansvarsloven synes derfor også i definitionen af det vigtige begreb defekt at anerkende, at produktansvaret i sin kerne er forskelligt fra det kontraktmæssige ansvar. Produktansvar er *ikke* et kontraktmæssigt ansvar, og forbindelsen til det køberetlige mangelsbegreb er antagelig mere perifer end en umiddelbar opfattelse lader ane.

Sammenhængen mellem produktansvar og kontrakt opstår muligvis, fordi det er en genstand, som bærer producentens handling eller undladelse frem til skadelidte. Genstanden bliver derved omdrejningspunktet for selve produktansvaret, til trods for at det er producentens handlinger og undladelser, der er det centrale ved vurderingen af, om der foreligger et ansvarsgrundlag.²⁵

²⁵ Dette synes især at være gældende for det i retspraksis udviklede produktansvar. Formålet med artiklen er at bevise, at det samme reelt er tilfældet ved det i produktansvarsloven gældende ansvar.

5. Defekt og ansvar uden for kontrakt

Da det kontraktuelle ansvar ikke virker som værende en særlig givtig metode til beskrivelse af begrebet defekt, er det oplagt at forsøge med en beskrivelse ud fra andre juridiske discipliner.

Produktansvaret er ved det i retspraksis udviklede ansvar nært beslægtet med erstatning uden for kontrakt. Selv inden for lovens område virker produktansvaret med sin fastlæggelse af objektivet ansvar nært beslægtet med erstatning uden for kontrakt. Spørgsmålet må derfor være, om det er muligt ved anvendelse af begreber fra erstatning uden for kontrakt at komme nærmere på en beskrivelse af begrebet defekt.

Dette kan gøres ved at forsøge med en definition af begrebet defekt, hvor hovedvægten ikke ligger på det kontraktmæssige.

Det kan fastslås, at culpereglen som ansvarsgrundlag netop er konstrueret til at fastlægge, hvornår en skadevolder skal ifalde ansvar, når der ikke foreligger noget kontraktsforhold mellem de to parter.

Det kunne derfor være interessant at undersøge sammenhængen mellem begreberne culpa og defekt.

En sådan undersøgelse vil forme sig som en almindelig undersøgelse af, om de to begreber culpa og defekt er dækkende. Skulle resultatet af en sådan undersøgelse blive, at de to begreber er dækkende, ville indførelsen af objektivet ansvar med produktansvarsloven reelt være indholdsløst. Produktansvarslovens objektive ansvar forudsætter netop eksistensen af en defekt ved produktet. Det har ingen særlig mening at fastlægge, at objektivet ansvar foreligger, såfremt der er handlet culpøst.²⁶

Skulle det derimod vise sig, at defekt kan forekomme uden culpa, er der som udgangspunkt en mening med at fastlægge et objektivet ansvar i produktansvarsloven.

Begrundelsen for produktansvarslovens objektive ansvar kunne dog til en vis grad undermineres uden fuldstændig overensstemmelse mellem culpa og defekt. Dette ville være tilfældet såfremt det viste sig, at det i retspraksis udviklede produktansvar også omfattede tilfælde, hvor der ikke kunne påvises culpa hos producenten. En anden mulighed i denne forbindelse er, at en udvikling i culpabegrebet i før eller i lovens funktionstid gør, at også tilfælde, der tidligere ikke blev betragtet som culpøse, bliver anset som culpøse efter en nyere retspraksis.

5.1 Defektens opståen

Er selve systemet med at anskue defekt udelukkende ud fra en undersøgelse af produktets tilstand ikke særlig frugtbar, kunne man muligvis anvende en anden vinkel.

²⁶ Her ses bort fra den eventuelle retssikkerhedsmæssige effekt af produktansvarslovens konstruktion.

Et defekt produkt må defineres som et produkt med et potentiale til at forvolde skade, når produktet i øvrigt anvendes på en måde, man kan forvente produktet anvendt på.

Det kan derfor tænkes at være frugtbart at undersøge, hvilke kilder et sådant skadespotentiale i et produkt kan have.

Der er reelt tre mulige hovedkilder til et produkts skadevoldende potentiale.

Den ene er, at producenten eller andre under forarbejdning eller i øvrigt ved håndteringen har tilføjet produktet et skadespotentiale. Her tænkes på producentens handlinger i vid forstand. Således at håndtering omfatter både handlinger og undladelse, herunder produktion, opbevaring, markedsføring og lign. Dermed er det alle handlinger ved håndteringen af et produkt indtil omsætningen, der kan gøre at produktet bliver potentielt skadevoldende, altså får indbygget en defekt.

Den anden er, at producenten indfører et eller flere elementer i det færdige produkt, og at sådanne elementer i sig selv bærer et skadespotentiale, og produktet på den måde tilføres et skadespotentiale. Er producenten i disse tilfælde uden mulighed for at konstatere elementets skadespotentiale, er producenten uden selvstændig skyld. Dermed opstår der et problem med hensyn til at pålægge denne ansvar for en skade.

Er det defekte element kommet fra en underleverandør, og kan denne gøres ansvarlig for defekten, bliver problemet et hæftelsesproblem. Problemet kan i disse tilfælde afhjælpes ved at lade det ene led i produktionen hæfte for det andet leds culpa.²⁷

Er det defekte element derimod kommet fra naturens hånd, og kan det ikke tilregnes producenten eller tidligere led, at der er ikke er opmærksomhed på elementets skadespotentiale, forekommer det umiddelbart ikke muligt at gøre producenten direkte ansvarlig på et culpagrundlag.

Den tredje mulighed er, at producenten fremstiller sine produkter i store serier. I en sådan serie kan der forekomme afvigere. Det vil sige produkter, der ikke lever op til den forventede sikkerhedsstandard. Er det muligt at opfange sådanne produkter i forbindelse med en kontrol, vil den manglende udsortering i sig selv kunne anses som culpøs. Det er dog ikke usædvanligt, at selv hos en nok så påpasselig producent slipper der produkter gennem kontrollen. Disse produkter ville kunne indeholde et skadespotentiale, og det er i dette tilfælde diskutabelt, hvorvidt dette kan føres tilbage til handlinger, der kan betegnes som culpøse.

Som det fremgår vil en skadelidt forbruger ved et culpaansvar kun i nogle få tilfælde stå uden en ansvarlig producent, der skal bære skaden endeligt. Det er så spørgsmålet, hvordan disse tilfælde ville blive behandlet i medfør af det i retspraksis udviklede produktansvar. De resterende tilfælde vil kunne føres tilbage til producentens eller andre personers culpøse adfærd.

Udgangspunktet må derfor være, at der er en meget stor overensstemmelse mellem de tilfælde, hvor producenten eller andre, der har håndteret produktet, har handlet culpøst og eksistensen af en defekt ved produktet.

²⁷ Hæftelse for andens culpa har en lang og sikker tradition i dansk erstatningsret, jf. DL 3-19-2.

Det interessante at undersøge bliver derfor, i hvilken grad defekt og culpa er fuldstændig dækkende. En sådan undersøgelse lader sig gennemføre, fordi det i retspraksis udviklede produktansvar ligeledes opererer med defekt som grundlag for at pålægge ansvar. Derfor kan begrebet defekt fastlægges mere præcist ved at anskue det i retspraksis udviklede produktansvar. Der synes ikke at være nogen grund til at antage, at begrebet defekt vil blive defineret anderledes i forbindelse med produktansvarsloven end i forbindelse med det i retspraksis udviklede produktansvar.

5.2 Defekt og erstatningsret

En nærmere undersøgelse af begrebet defekt i en sammenhæng med produktansvar afslører, at nærheden til erstatningsretten på dette punkt er væsentlig om ikke afgørende.

5.3 Det i retspraksis udviklede ansvar og defekt

I forbindelse med det i retspraksis udviklede ansvar adskilles defekt og ansvarsgrundlag typisk på den måde, at der antages først at skulle konstateres en defekt ved produktet. Det næste trin i det i retspraksis udviklede produktansvar er derefter at konstatere, om produktets defekt skyldes fejl eller forsømmelse hos producenten. Kun hvis begge disse betingelser er opfyldt foreligger der ansvar.²⁸

Er der noget reelt indhold i denne adskillelse, eller er det kun en opdeling, der foretages, fordi culpa kan foreligge i forhold til forskellige led i produktion og distribution, eller foretages opdelingen i defekt og culpa for at gøre det muligt at definere defekt i forhold til udviklingsskader og systemskader, som jo netop er de tilfælde, hvor et produkt kan forvolde skade, men at sådanne skader ikke medfører ansvar for producent eller mellemhandler.²⁹

Opdelingen kan også have grundlag i traditionen. Tidligere anvendtes et andet (og snævrere) culpabegreb. I et sådant snævrere culpabegreb vil der eksistere flere tilfælde, hvor defekt eksisterer uden culpa.

Det er i forbindelse med en sammenhæng mellem culpa og defekt interessant, at *B. Dahl: Produktansvar (1973) s. 73* direkte sætter lighedstegn mellem hændelige skader og udviklings- og systemskader. Begreberne system- og udviklingsskader er altså skabt, for at producenten ikke skal blive ansvarlig for skader, som skyldes forbrugerens egne forhold, eller forhold, som producenten ikke har mulighed for at afværge.

Direkte med hensyn til forbindelsen mellem defekt og culpa fastslår *B. Dahl: Produktansvar (1973) s. 280*, efter at have påpeget ethvert produkts skadespotentiale, at:

²⁸ En nærmere beskrivelse af dette ses bl.a. hos *J. Nørgaard: Formueretlige emner, s. 242.*

²⁹ Er dette tilfældet bliver det nødvendigt at undersøge både begrebet udviklingsskader og systemskader i lyset af culpa, før en forbindelse mellem disse to begreber og begrebet defekt lader sig fastslå.

»Farevurderingen [defekten] og fejlbedømmelsen [culpa] flyder i nogen grad sammen og vil i det følgende blive behandlet under et.«

B. Dahl fortsætter derefter med at konstatere, at der foreligger et krav om ufarlige produkter. Manglende eliminering af en fare vil i almindelighed være en fejl:

»Undladelse heraf vil i almindelighed være en fejl, medmindre produktet hører til gruppen af uundgåeligt farlige produkter, hvilket er tilfældet hvis faren [systemskade] eller en måde til eliminering af den er ukendt [udviklingsskade].« (tilføjelser foretaget her)

Som det fremgår af det første afsnit af det citerede, synes det at være et åbent spørgsmål, om der kan foreligge en defekt, uden at denne defekt kan føres tilbage til culpa hos producent eller mellemhandler.³⁰

Når dette sammenkædes med, at de elementer, der bruges til afgrænsning af begrebet defekt både i produktansvarsloven og uden for denne, samme sted af *B. Dahl* sættes lig med tilfælde, hvor der ikke foreligger ansvar på grund af manglende culpa (fejl) hos producenten, må det være en nærliggende tanke at sætte lighedstegn mellem culpa og defekt.

Dette synes at passe overordentlig fint sammen med det ovenfor under afsnit 5.1 anførte, at langt de fleste defekter hos produkter kan henføres netop til fejl hos producent eller anden, der har håndteret produktet. Så langt synes der altså at være en snæver sammenhæng mellem begreberne defekt og culpa. Dette kan udtrykkes på den måde, at der i disse tilfælde forekommer en bagved liggende culpa, når produktet har en defekt.

Tilbage er så de tilfælde som nævnt oven for under afsnit 5.1, hvor der forelå fejl fra naturens side, eller defekten forekommer som en afviger i produktionen, som selv en nok så påpasselig producent ikke kunne undgå. I disse tilfælde kan defekten muligvis føres tilbage til culpa hos noget led i kæden.

Undersøgelsen må her gå på, om det er muligt, at disse tilfælde trods den umiddelbare mangel på culpa hos en, der har håndteret produktet, alligevel kan komme under en culparegel. Dette forudsætter en undersøgelse af forholdet mellem culpa og produktansvar.

6. Culpabegrebet

Culpabegrebet har i sig selv gennemgået en udvikling. Det tidligere danske culpabegreb fokuserede på personens subjektive forhold. Det var en vurdering af skadevolderens handlinger i forhold til almindelige fornuftige personers handlinger i samme situation, der afgjorde, om skadevolder havde handlet culpøst.³¹ I nyere tid er afgørelsen af, om der foreligger culpa, baseret på en vurdering af selve handlingen, og om denne som sådan bør anses for at være culpøs. Det subjektive beredskab indgår ikke længere som det afgørende element i culpavurderingen. Spørgsmålet er,

³⁰ Se også *J. P. Andersen: Produktansvar*, s. 94, hvor netop nærheden mellem begrebet defekt og en culpavurdering påpeges.

³¹ Den såkaldte »bonus pater« standard.

om man kan vælge se helt at se bort fra tilregnelsen og udelukkende ikende culpa på grundlag af handlingens karakter.

6.1 Culpaansvar og produktansvar

For produktansvaret kan denne udvikling af culpabegrebet direkte illustreres ved udviklingen vedrørende ansvaret for produkter, hvor et enkelt eller flere produkter i en serie er defekte. De såkaldte afvigere eller mandagsprodukter.

I en håndværksmæssig produktion vil et defekt produkt i en serie (afviger) være udtryk for manglende påpasselighed hos den producerende. Producenten ville altså have handlet anderledes end den omhyggelige producent. Der ville være tale om et tilfælde af culpa i den traditionelle (subjektive) forstand.

I den industrielle tidsalder vil det selv under iagttagelse af den største (rimelige) påpasselighed ske, at et produkt, produceret på nok så moderne og vedligeholdte maskiner, slipper igennem nok så grundige kontroller og derfor er defekt ved markedsføringen. Skulle man i sådanne tilfælde følge den traditionelle opfattelse af culpabegrebet, ville der i tilfælde af, at der ikke kunne konstateres nogen manglende påpasselighed fra producentens side med noget led i produktionsprocessen, ikke skulle pålægges ansvar. Dette er netop ikke tilfældet, der vil i mange af disse tilfælde (måske alle) blive statueret culpa.

6.2 Culpa og afvigere

Det moderne culpabegreb viser sig ved produktansvar for afvigere. Dette sker på to måder, hvor den første på udmærket vis illustrerer udviklingen i culpabegrebet, og den anden måde måske mere illustrerer grænserne selv for et moderne mere omfattende culpabegreb.

Den ene måde er, hvor det er klart, at produktets defekt må have sit grundlag i en eller anden form for fejl begået i forbindelse med produktionen (fabrikationsfejl). I disse tilfælde, er der ingen grund for domstolene til at være tilbageholdende med at fastslå ansvarsgrundlag.

Dette kan ske ud fra *res ipsa loquitur*, der ikke er ukendt i den almindelige erstatningsret, om end den ikke finder udbredt anvendelse.³² Defekten kan konstateres at være af en sådan beskaffenhed, at defekten har grundlag i en fabrikationsfejl.

I tilfælde af andre typer kan domstolene ligeledes vælge at anvende en argumentation baseret på ansvar for kumulerede fejl. Hvilket heller ikke er en ukendt argumentation i erstatningsretten.³³ Argumentationen skulle være, at skadelidte muligvis ikke kan pege direkte på en bestemt skadevolder, men ud fra omstændighe-

³² Dommen UfR 1989.1098 HD, hvor en fejl ved en havelåge, der førte ind til et svømmebassin ansås for at være den sandsynlige årsag til en drukneulykke, lågen overholdt ikke bygningsreglerne (forskriftsovertrædelse).

³³ *Bo v. Eyben og H. H. Vagner*: Lærebog i erstatningsret, 1999 s. 160. Ifølge hvilken, dette netop kan tænkes, hvor en arbejdsgiver bliver ansvarlig til trods for, at det ikke er muligt at bevise culpa hos en bestemt ansat, men det er klart, at der foreligger en fejl hos en af hans ansatte.

derne: eksistensen af en defekt og typen af denne, er det måske muligt for domstolene at fastslå, at fejlen er må være opstået under produktionen.

Disse eksempler volder derfor ikke de store problemer med hensyn domstolenes mulighed for at pålægge ansvar på grundlag af culpa. Det ses dog, at det ikke længere er den enkeltes subjektive beredskab, der er det afgørende, men derimod selve handlingen, der underkastes en vurdering. Især ses dette ud fra *unødvendigheden* af påvisningen af fejl hos en bestemt skadevolder som grundlag for pålæggelse af ansvar.

Den anden måde er, hvor defekten skyldes et forhold, som det er umuligt at forudse, og som af den ene eller anden grund ikke kan føres tilbage til en fejl (culpa) i forbindelse med fabrikationen. En sådan grund kan, jf. ovenfor, være særegenheder ved selve naturmaterialet, som forarbejdes. En anden grund kan være tilfælde, hvor en produktion til trods for nok så grundige kontroller vil medføre en frembringelse af defekte produkter, der medfører skader. Her må udgangspunktet være, at selv under det moderne culpabegreb kan disse tilfælde ikke medføre, at der ikke kan påvises culpa hos producenten. Denne har ikke foretaget handlinger, der kan virke ansvarspådragende.

Disse tilfælde udgør derfor et egentligt problem med hensyn til culpa som ansvarsgrundlag. Såfremt der i disse situationer ønskes udbetalt erstatning, er det måske på sin plads med en indførelse af objektivet ansvar ved lovgivning.

6.3 Konklusion med hensyn til culpabegrebet

Pålæggelse af ansvar for afvigere kan til en vis grad opfanges af det moderne culpabegreb, hvor man vurderer handlingen som helhed og ikke det subjektive beredskab hos producenten. Det er dog ikke umiddelbart sådan, at det moderne culpabegreb kan siges at omfatte alle tilfælde, hvor der kan findes afvigere i en produktserie.

6.4 De lege ferenda

Man kunne forestille sig en udvikling af culpabegrebet således, at alle tilfælde af afvigende produkter ville medføre ansvar for producenten. Det er desuden et åbent spørgsmål, om dette ville være tilfældet.

Grundlaget for en sådan udvikling af culpabegrebet skulle være betragtninger om, at det at bringe et masseproduceret produkt på markedet, hvor man på forhånd ved, at en vis mængde af dette produkt vil udgøres af defekte produkter med et deraf følgende farepotentiale, bør medføre ansvar for den, som bringer disse produkter i omsætning.

Såfremt et sådant produkt forvolder skade, skulle producenten dermed være ansvarlig på et culpagrundlag, der udelukkende fokuserer på selve handlingen og ikke inddrager producentens eller andres subjektive beredskab.

Her vurderes selve den handling at bringe et masseproduceret produkt på markedet, med den risiko dette indebærer, som culpøs. Der kunne argumenteres for en sådan udvidelse af det moderne culpabegreb på grundlag af flere elementer. Producenten er den, der er nærmest til at vide, om der er defekte produkter i en serie. Producenten er nærmest til at vurdere risikoens størrelse i forhold til den gavnlige

effekt af produktet. Producenten er nærmest til at bære risikoen, fordi han har den økonomiske gevinst eller kan sprede risikoen. Ikke mindst har producenten en valgmulighed, han og kun han alene vælger, om produktet skal markedsføres. Forbrugeren af produktet kan ikke vide noget om eksistensen og farligheden af afvigere. Forbrugeren kan komme til at bære endog meget alvorlige følger af defekten. Forbrugers muligheder for at kalkulere risikoen er meget små, det vil kunne ramme individer, som vanskeligt eller slet ikke kan tage stilling til forbrugsvalg.

Et sådant culpaansvar kunne ses i sammenhæng med, at et element i den moderne culpavurdering er skadevolderens mulighed for på forhånd at indse rækkevidden, herunder selvfølgelig især farligheden af sine handlinger. Har producenten derfor en mulighed for at overskue, at der vil være en bestemt del af produkterne, der vil være defekte, bør dette føre til, at producenten har handlet culpøst ved at bringe disse i omsætning.

En sådan argumentation kan underbygges af det faktum, at viden om eksistensen af afvigere kan medføre, at det vil være direkte uforsvarligt at sende et produkt i omsætning. Såfremt man ved en produktion konstaterer, at hvert femte produkt vil indeholde en alvorlig defekt, der medfører, at produktet ved anvendelse vil kunne forvolde skade, vil det til trods for, at alle foranstaltninger er foretaget, kunne medføre, at det at bringe produktet i omsætning vil medføre ansvar.

Ved et ansvar for afvigere kunne de andre ansvarsbegrænsninger i erstatning uden for kontrakt komme ind og spille den sædvanlige rolle i erstatningen. Her kunne især tænkes, at reglerne om adækvans kunne medvirke til, at producenter ikke blev udsat for at skulle dække usædvanlige skadelige følger af afvigende produkter.

Et sådant culpaansvar med inddragelse af adækvansbetragtninger vil desuden harmonere med reglerne om pligt til advarsel og eventuel tilbagekaldelse. Såfremt en påpasselig producent efter omsætningen bliver gjort opmærksom på en stor skadesrisiko, vil denne producent ikke være ansvarlig for den første skade. Derimod vil han være ansvarlig for skader, som kunne have været afværget. Disse vil ikke længere forekomme inadækvate for producenten, som netop er blevet opmærksom på skadespotentialer og alvorligheden af skaderne.

7. Konklusion

Konklusionen må først og fremmest være, at ved anvendelsen af et almindeligt moderne culpabegreb, som er tilpasset den industrielle produktion, eksisterer der en overordentlig grad af overensstemmelse mellem begrebet defekt og culpabegrebet. Bag kravet om defekt, vil der i mange tilfælde kunne konstateres culpa hos producenten. Effekten af produktansvarslovens objektive ansvar er derfor begrænset.

Der er dog områder af begrebet defekt, hvor selv det moderne culpabegreb muligvis (endnu) ikke vil medføre, at en defekt har fuldstændig sammenhæng med, at der kan konstateres culpa.

Det kan dog samtidig konstateres, at netop den større afstand mellem producent og forbruger muligvis har været en medvirkende faktor ved udviklingen af culpa-begrebet op gennem det sidste århundrede. Produktansvaret har i denne sammenhæng med sin særlige karakter spillet en rolle, som det er svært at fastslå betydningen af.

Det ville derfor være naturligt, om culpabegrebet, såfremt dette stadig havde haft den samme betydning for produktansvaret, var blevet udviklet yderligere i forbindelse med produktansvar. Der synes, jf. eksemplerne oven for i afsnit 6.4, at kunne argumenteres for, at en sådan udvikling kunne tænkes at ville være forekommet.³⁴

Om domstolene ville være gået så vidt, at de havde udviklet den generelle culpanorm, eller om domstolene i stedet havde valgt at anvende et afgrænset objektivt ansvar uden lovhjemmel, er et åbent spørgsmål, som på grund af indførelsen af produktansvarsloven muligvis aldrig vil blive besvaret.

Indførelse af objektivt ansvar ved produktansvarsloven synes derfor at være velbegrundet. Når der henses til det begrænsede område for dette objektive ansvar, synes dette ikke på nogen måde i sig selv at kunne begrunde så indgribende lovgivning, der på anden måde stiller forbrugerne ringere.

Det må dog konstateres, at lovgivningen har andre perspektiver, herunder et EU perspektiv, og af disse grunde kan loven have sin berettigelse ud fra andre perspektiver, som ikke er blevet behandlet her.

³⁴ At produktansvar og culpa ikke længere hænger uløseligt sammen kan tænkes at ville medføre en effekt på udviklingen i culpa i almindelighed. Det kan tænkes, at det at et vigtigt område, som produktansvar holdes uden for en culpadiskussion medfører, at udviklingen i culpa standses eller bremses på grund af unødvendigheden af anvendelsen af culpa som grundlag for at beskytte skadelidte.

Det skatteretlige familiebegreb

- hvornår er man i familie med hinanden inden for skatteretten?

af

Lektor Susanne Pedersen

1. Indledning

En familiekreds bliver almindeligvis opfattet som det, man inden for skatteretlig terminologi kalder »interesseforbundne parter«. Det er i langt de fleste tilfælde heller ikke helt forkert at opfatte en familiekreds som en personkreds med fælles interesser. Den fælles interesse kan komme til udtryk på mange måder. Inden for skatteretten kan en kreds af familiemedlemmer dels have en interesse i at minimere familiens samlede skattebetaling, dels et ønske om at overdrage aktiver mellem hinanden uden skattemæssige konsekvenser, eller i hvert fald med begrænset skattemæssige konsekvenser.

Jeg har med vilje endnu ikke forsøgt at præcisere, hvad man forstår ved en familiekreds, men alene lade det stå til læserens almindelige opfattelse, at der er tale om personer, der på en eller anden måde er slægtsmæssige forbundne. Det skyldes bl.a., at det netop er denne artikels formål at se nærmere på, hvad man inden for skatteretten forstår ved en familiekreds. Det skal imidlertid allerede på nærværende sted fastslås, at der inden for skatteretten ikke kun findes *ét* familiebegreb, men derimod flere. Artiklen vil som det antydes ikke være en udtømmende gennemgang af alle skatteretlige regler, hvori der indgår familierelationer, men alene en form for oversigt over de væsentligste familierelationer i udvalgte skatteregler.

2. Slægtskab i familie- og arveretten

Inden en nærmere behandling af hvornår man betragtes som en familiekreds i skatteretten, vil der som en kort indledning blive opridset, hvorledes man inden for familie- og arveretten opdeler en familiekreds i slægtskabsforhold.

Slægtskabet mellem personer kan opdeles i den rette linie - også benævnt som den ret op- og nedstigende linie - og i sidelinie.¹

Den rette linie, det vil sige ret op- og nedstigende linie foreligger, når der er tale om slægtskab, hvor en person nedstammer fra en anden. Ret opstigende linie

¹ Jf. f.eks. *Finn Taksøe-Jensen: Person-, familie-, arve- og skifteret*, 27. udvidede udgave af *Borgerlig Ret 2* (1991) p. 75 f. (Herefter: *Finn Taksøe-Jensen: Person-, familie-, arve- og skifteret*).

foreligger i forholdet til forældre, bedsteforældre, oldeforældre etc., og ret nedstigende linie foreligger i forholdet til børn, børnebørn, oldebørn etc.

Sidelinie foreligger i de tilfælde, hvor personer er slægtsmæssig forbundne uden at nedstamme fra hinanden, men ved at man nedstammer fra samme person. Det vil sige, at man har fælles ophav. Slægtskab i sidelinie foreligger mellem søskende, mellem mostre/fastre/morbrødre/farbrødre og nevøer/nieces samt mellem fætre og kusiner. Hvor beslægtede familiemedlemmerne i sidelinien er, afgøres efter om familiemedlemmerne befinder sig i samme afstand fra det fælles ophav målt efter antallet af fødsler. Man taler her om lige eller ulige sidelinie. Forholdet mellem søskende og forholdet mellem fætre/kusiner er lige sidelinie, hvorimod forholdet mellem en moster og niece er ulige sidelinie.²

Inden for arveretten opdeler man derefter slægtskabet i arveklasser efter, hvor tæt slægtskabet er.³ Denne opdeling i arveklasser vil ikke blive nærmere omtalt, men der henvises til den i noten anførte litteratur.

I den familieretlige litteratur anvendes også udtrykket »svogerskab« som betegnelse for relationen mellem en ægtefælle og den anden ægtefælles slægtninge. Svogerskab omfatter således forholdet mellem svigerforældre og -børn samt mellem svogre og svigerinder, men også mellem f.eks. en mand og hans stedsøn.⁴

Den omstændighed, at to personer af hvert sit køn indgår et gyldigt ægteskab⁵, har bl.a. den konsekvens, at der ved ægteskabets indgåelse stiftes et familieforhold, uden at der - som altovervejende hovedregel⁶ - forud for ægteskabet bestod et slægtskabsforhold mellem ægtefællerne. Registreret partnerskab indgået mellem 2 personer af samme køn har som hovedregel samme retsvirkninger som et ægteskab.⁷

Disse familie-/arveretlige betegnelser for familierelationer vil blive anvendt i den efterfølgende gennemgang af de skatteretlige regler til angivelse af familie-/slægtskabsforholdet i de enkelte familiebegreber.

² Jf. *Finn Taksø-Jensen: Person-, familie-, arve- og skifteret* p. 76.

³ Se hertil f.eks. *Hans Viggo Godsk Pedersen: Familie- og arveret*, 3. udgave (1996) p. 137 f. (Herefter: *Hans Viggo Godsk Pedersen: Familie- og arveret*), *Irene Nørgaard m.fl.: Arveret*, 3. udgave (1998) p. 11 ff. (Herefter: *Irene Nørgaard m.fl.: Arveret*).

⁴ Jf. *Finn Taksø-Jensen: Person-, familie-, arve- og skifteret* p. 76 f.

⁵ Vedrørende de nærmere betingelser for indgåelse af et gyldigt ægteskab, se *Finn Taksø-Jensen, Person-, familie-, arve- og skifteret* p. 79 ff.

⁶ I ægteskabslovgivningen findes der særlige regler for, hvor tæt slægtskabet mellem ægtefæller må være. Se hertil f.eks. *Finn Taksø-Jensen: Person-, familie-, arve- og skifteret* p. 76 f.

⁷ Se nærmere herom f.eks. *Hans Viggo Godsk Pedersen: Familie- og arveret* p. 20 f.

3. Det skatteretlige familiebegreb

3.1 Begrebet »nærtstående«

I flere bestemmelser i skattelovene findes begrebet »nærtstående«. Begrebet findes i følgende lovbestemmelser:

- afskrivningslovens § 25, stk. 7
- afskrivningslovens § 39, stk. 2
- kildeskattelovens § 2, stk. 9
- ligningslovens § 16, stk. 5 og 6
- ligningslovens § 16 H, stk. 1
- selskabsskattelovens § 2, stk. 5
- selskabsskattelovens § 32, stk. 1.

I bestemmelserne, hvor begrebet findes, defineres nærtstående som:

»Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.«

Som det fremgår af ovenstående definition, er man for det første »nærtstående« i skatteretlig forstand, såfremt man er skatteyderens ægtefælle. Fraseparerede/-skilte ægtefæller er ikke omfattet. I familie-/arveretlig henseende betragtes ægtefælle som tilhørende den nærmeste familie⁸ og en naturlig følge af reglerne om ægteskabets retsvirkninger.⁹

For det andet anses man skattemæssigt som »nærtstående«, såfremt man er skatteyderens forældre eller bedsteforældre, skatteyderens barn eller barnebarn. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. Denne del af familiekredsen svarer til det slægtskabsforhold, der inden for familie-/arveretten betegnes som den ret op- og nedstigende linie.¹⁰ Også i arveretlig henseende sidestilles adoptionsforhold med ægte slægtskabsforhold.¹¹ Derimod sidestilles stedbarnsforhold i almindelighed ikke med ægte slægtskabsforhold i arveretlig henseende,¹² men er omfattet af den familiekreds, der inden for familieretten betegnes som svogerskab, jf. afsnit 2 ovenfor.

For det tredje er man nærtstående med skatteyderen, såfremt man er gift med skatteyderens barn eller barnebarn (svigerbarn). Tilsvarende som ovenfor må der her

⁸ Jf. arvelovens § 6 og § 7.

⁹ Jf. lovbekendtgørelse nr. 37 af 5. januar 1995 om ægteskabets retsvirkninger.

¹⁰ Jf. f.eks. Finn Taksøe-Jensen: Person-, familie-, arve- og skifteret p. 75.

¹¹ Jf. f.eks. Hans Viggo Godsk Pedersen: Familie- og arveret p. 139 f. og Irene Nørgaard m.fl.: Arveret p. 17 ff.

¹² Jf. Finn Taksøe-Jensen: Person-, familie-, arve- og skifteret p. 151.

alene være tale om ikke fraseparerede/-skilte ægtefæller til barn eller barnebarn. Familieforholdet kan således betegnes som et svogerskabsforhold, jf. afsnit 2 ovenfor.

Endelig er dødsboer efter den i bestemmelserne omfattede familiekreds også omfattet.

Som det ses af ovenstående, er der tale om et forholdsvis bredt familiebegreb.

Man kan stille det spørgsmål, hvad formålet med at operere med et nærtstående begreb i de nævnte lovbestemmelser er?

I *afskrivningslovens* § 25, stk. 7 kan der ikke afskrives på udgifter til anskaffelse og forbedringer af bygninger opført på lejet grund, hvis der ved lejemål mellem *nærtstående* ikke består en reel risiko for opsigelse af lejemålet.

Tilsvarende kan der iht. *afskrivningslovens* § 39, stk. 2 ikke afskrives på udgifter til ombygning, forbedring eller indretning af lejede lokaler, når der ved lejemål mellem *nærtstående* ikke er en reel risiko for opsigelse af lejemålet.

I den vedtagne afskrivningslov (den nye afskrivningslov)¹³ var den særlige regel om nærtstående i hhv. afskrivningslovens § 25 og § 39 ikke medtaget. Bestemmelserne om nærtstående blev imidlertid indsat i forbindelse med justering af den nye afskrivningslov.¹⁴ Ifølge bemærkningerne¹⁵ til ændringerne til afskrivningslovens § 39 i lovforslag nr. L 85 havde det været praksis inden den nye afskrivningslov, at der ikke kunne foretages afskrivning efter reglerne om lejede lokaler, hvor der på grund af nær økonomisk forbindelse mellem ejer og lejer ikke var reel risiko for opsigelse af lejemålet, f.eks. i tilfælde, hvor der var tale om lejemål mellem nære familiemedlemmer, jf. TfS 1990.239 LSR. I bemærkningerne til ændringsforslaget til afskrivningslovens § 25 anføres, at »det er ikke kommet til udtryk i bestemmelsen, at afskrivning på udgifter til ombygning og forbedring i tilfælde, hvor der er tale om lejemål mellem nære familiemedlemmer, skal afskæres. I tilfælde, hvor forældre udlejer lokaler til børn, er det ikke indlysende, at den ene part har en bestemmende indflydelse på den anden part. Det foreslås derfor at ændre bestemmelsen således, at det udtrykkeligt fremgår, at der heller ikke kan afskrives ved lejemål mellem nærtstående.«¹⁶

Der er således tale om en lovfæstelse af en allerede eksisterende praksis, hvor man vil sikre, at familiemedlemmer ikke udnytter afskrivningsreglerne i en sammenhæng, hvor reglerne ikke var tiltænkt.

Kildeskattelovens § 2, stk. 9 og *selskabsskattelovens* § 2, stk. 5¹⁷ indeholder en regel der fastlægger, at der ikke foreligger fast driftssted og dermed begrænset

¹³ Lov nr. 433 af 26. juni 1998.

¹⁴ Lov nr. 958 af 20. december 1999 (Lovforslag nr. L 85).

¹⁵ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 23 i lovforslag nr. L 85, FT 1999/2000 Tillæg A sp. 2216 ff.

¹⁶ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. L 85, FT 1999/2000 Tillæg A sp. 2216 ff.

¹⁷ Bestemmelserne er indsat ved lov nr. 237 af 2. april 1997 (lovforslag nr. L 119 FT 1996/1997 Tillæg A sp. 2778 ff.

skattepligt, hvis der i Danmark udelukkende udøves salgsvirksomhed i form af fjernsalg gennem en repræsentant med fuldmagt til at binde fuldmagtsgiveren, men som ikke er ansat som lønmodtager af denne. I bestemmelsen anføres, at det er en betingelse, at hverken fuldmagtsgiveren eller en hermed *nærtstående person*, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 1, 4. og 5. pkt., eller en fond eller trust stiftet af fuldmagtsgiveren eller dennes *nærtstående* eller et selskab, som i fællesskab kontrolleres, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 1, 3. pkt., af denne kreds af personer, *nærtstående*, fonde og trustere eller en fond eller trust stiftet af et kontrolleret selskab i Danmark udøver erhvervsvirksomhed, der står i forbindelse med repræsentantens salg.

Det ses, at der også her er tale om en værnsregel, hvor man vil modvirke udnyttelse af reglen (f.eks. via opsplitting af salgsfunktionerne), ved at den udenlandske erhvervsdrivende - eller en hermed nærtstående person, eller fond eller trust stiftet af hvervgiveren, eller et selskab som kontrolleres af den erhvervsdrivende, dennes nærtstående mm. - i forbindelse med repræsentantens salg udøver nogen form for erhvervsmæssig virksomhed i Danmark, hvad enten der er tale om salgsvirksomhed eller anden virksomhed, der står i forbindelse med repræsentantens salg.¹⁸

Ligningslovens § 16 H, stk. 1 og selskabsskattelovens § 32, stk. 1 opregner den kreds af personer og selskaber mv., der er omfattet af de særlige regler om CFC-beskatning¹⁹ - tvungen sambeskatning. Afgørende er bl.a., om den skattepligtige i fællesskab med *nærtstående* kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på et udenlandsk selskab. Bestemmelserne om nærtstående er indsat ved lov nr. 487 af 12. juni 1996.²⁰ Nærtstående er også i relation til disse regler indsat for at undgå, at fysiske personer kan omgå reglerne ved at lade familiemedlemmer direkte eller indirekte eje aktiekapitalen eller besidde stemmerne i det udenlandske finansielle selskab.

Ligningslovens § 16, stk. 5 og 6 omhandler de særlige regler for beskatning af personalegoder bestående i sommerbolig og lystbåd, der er stillet til rådighed for en ansat direktør eller anden medarbejder med væsentlig indflydelse på egen aflønningsform. Den skattepligtige værdi af de nævnte goder nedsættes i forhold til antallet af dage, goderne er stillet til rådighed for eller udlejet til andre personer end den ansatte direktør eller anden medarbejder med væsentlig indflydelse på egen aflønning og dissers *nærtstående*. Afgørende for beskatning af værdien af de pågældende goder er således ikke, om godet alene er stillet til rådighed for den ansatte direktør eller anden medarbejder med væsentlig indflydelse på egen aflønning, men også om goderne er stillet til rådighed for dissers nærtstående.

¹⁸ Jf. også bemærkningerne til § 1, nr. 2 og § 3, nr. 2 i lovforslag nr. L 119 FT 1996/1997 Tillæg A sp. 2778 ff.

¹⁹ CFC står for Controlled Foreign Company.

²⁰ Jf. lovforslag nr. L 118 FT 1995/1996 Tillæg A sp. 2726 ff.: § 1, nr. 10 fsva. ligningslovens § 16 H, stk. 1 og § 2, nr. 2 fsva. selskabsskattelovens § 32, stk. 1.

Der er som for de ovennævnte regler også her tale om en værnsregel, der skal sikre, at den af bestemmelserne omfattede personkreds ikke kan undgå beskatning eller blive beskattet af et mindre beløb ved at lade familiemedlemmer benytte eller leje de pågældende goder i stedet for skatteyderen selv.

Sammenfattende kan det fastslås, at alle de nævnte bestemmelser, hvor nærtstående begrebet indgår, er udtryk for værnsregler. Det vil sige, at nærtstående begrebet bruges til, at skatteyderen ikke skal kunne omgå eller udnytte de nævnte skattemæssige regler, således at skatteyderen opnår en bedre retstilling, end hvis man ikke tog den nævnte familiekreds i betragtning.

3.2 Familiebegrebet i successionsreglerne

En andet familiebegreb findes i de forskellige regler om skattemæssig succession mellem familiemedlemmer.

I reglerne for skattemæssig succession i levende live for så vidt angår hovedaktionæraktier - aktieavancebeskatningsloven § 11²¹, stk. 1, nr. 1 - og for så vidt angår en erhvervsvirksomhed - kildeskattelovens § 33 C²² - er den successionsberettigede familiekreds defineret som:

»Overdragelsen sker til børn, børnebørn, søskende, søskendes børn eller søskendes børnebørn. Adoptivforhold og stedbarnsforhold sidestilles med naturligt slægtskabsforhold.«

Udover de ovennævnte successionsregler, findes der generelle successionsregler mellem ægtefæller i kildeskattelovens § 26 A, stk. 2 og § 26 B. Betingelse for anvendelse af successionsreglerne i kildeskattelovens § 26 A og § 26 B er, at ægtefællerne er samlevende på overdragelsestidspunktet, jf. kildeskattelovens § 4.²³

I henhold til dødsboskattelovens § 36, stk. 1 kan fysiske personer succedere i et dødsbos skattemæssige stilling, såfremt dødsboet ikke er fritaget for beskatning efter dødsboskattelovens § 6. I dødsboskattelovens § 37, stk. 1 er det præciseret, at:

»Udloddes der værdier, der overstiger modtagerens andel i boet, kan udlodning med succession efter § 36, stk. 1, med hensyn til den fulde værdi kun ske, hvis modtageren er arveladerens efterlevende ægtefælle, barn, barnebarn, bror eller søster, brors eller søsters barn eller barnebarn. Adoptivforhold og stedbarnsforhold sidestilles med naturligt slægtskabsforhold.« (Min fremhævning)

²¹ Indsat ved lov nr. 763 af 14. december 1988 (Lovforslag nr. 51 af 11. oktober 1988, FT 1988/1989 Tillæg A sp. 1493 ff.)

²² Indsat ved lov nr. 763 af 14. december 1988 (Lovforslag nr. 51 af 11. oktober 1988, FT 1988/1989 Tillæg A sp. 1493 ff.)

²³ Udover at kildeskattelovens § 26 A og § 26 B kan betragtes som gunstige regler, idet overdragelse af formuegoder mellem ægtefæller ikke udløser beskatning, skal reglerne også ses som værnsregler, som skal forhindre, at ægtefællerne ikke udnytter deres økonomiske interessefællesskab til skattetænkning, f.eks. ved at overdrage et afskrivningsberettiget aktiv til en ægtefælle for at opnå et forhøjet afskrivningsgrundlag, jf. Lida Huldgaard m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 9. udgave (2000) p. 612.

Familiekredsen omfattet af de særlige successionsregler i dødsboskatteloven er således identisk med familiekredsen ved succession i levende live.

Familiekredsen i successionsreglerne omfatter - udover ægtefælle - det man inden for familie- og arveretten betegner som den ret nedstigende linie, den lige og ulige sidelinie samt svogerskab. Svogerskabet i successionsreglerne omfatter dog kun stedbørn og ikke svigerbørn.²⁴

I bemærkningerne til kildeskattelovens § 33 C, stk. 1 og aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 1 anføres som begrundelse for den valgte familiekreds, at »i praksis sker testamentariske begunstigelser typisk til familien, og det er derfor den, der benytter de gældende regler om succession ved arv. Ved udformningen af en successionsordning med udgangspunkt i dødsboskattereglerne er det derfor nærliggende at inddrage successionsadgang til familien, og det foreslås i overensstemmelse hermed, at børn, børnebørn samt søskende og deres børn og børnebørn kan succedere.«²⁵

Formålet med successionsreglerne er at lette generationsskifte i levende live og ved død, ved at overdragelsen af de af bestemmelserne omfattede formuegoder ikke udløser beskatning hos overdrageren på overdragelsestidspunktet, men at erhververen succederer i overdragerens skattemæssige stilling med hensyn til anskaffelsessum, afskrivningsgrundlag mv., således at der først sker beskatning, når det pågældende formuegode sælges af erhververen (familiemedlemmet).

Successionsreglerne må således i modsætning til de i afsnit 2.1. nævnte regler, som generelt var værnsregler, betragtes som skattebegunstigende regler.

3.3 Personkredsen ved afgørelsen af det skatteretlige hovedaktionærbegreb

I aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 2-4, findes en definition på det skatteretlige hovedaktionærbegreb.²⁶ Når det skal afgøres, om en skatteyder har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen i et selskab eller rådet over mere end 50 pct. af den samlede

²⁴ Svigerbørn vil dog også kunne få de relevante formuegoder overdraget, uden at overdragelsen udløser beskatning - blot ikke direkte - men ved at formuegodet først overdrages til barnet med skattemæssig succession, jf. aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 1, kildeskattelovens § 33 C, stk. 1 eller dødsboskattelovens § 37, stk. 1, hvorefter barnet overdrager formuegodet til sin samlevende ægtefælle iht. reglerne om succession mellem ægtefæller i kildeskattelovens § 26 A eller § 26 B.

²⁵ Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 51 af 11. oktober 1988, FT 1988/1989 Tillæg A sp. 1493 ff.

²⁶ Udover henvisningen til hovedaktionærbegrebet i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 1 henvises der forskellige steder i skattelovgivningen til hovedaktionærbegrebet i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 2-4. Det gælder f.eks. i aktieavancebeskatningslovens § 13 a, kursgevinstlovens § 30, stk. 4, ligningslovens § 16 A, stk. 10 og 16 B, stk. 1, pensionsbeskatningslovens § 19 D, stk. 1, og indirekte (via henvisning til ligningslovens § 16 A, stk. 1) i skattekontrollovens § 7 C, stk. 1. Det betyder, at når man inden for skatteretten anvender udtrykket »hovedaktionær«, så forstås det generelt som aktionærer omfattet af definitionen i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 2-4.

stemmeværdi og dermed er hovedaktionær, skal, jf. stk. 3, 1. pkt., endvidere medregnes aktier, der samtidig tilhører eller har tilhørt den skattepligtiges:

»Ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.«

Videre i stk. 3 er anført, at aktier tilhørende en tidligere ægtefælle til den i 1. pkt. nævnte personkreds og aktier, som en nuværende ægtefælle til den i 1. pkt. nævnte personkreds har afstået før ægteskabets indgåelse, ikke skal medregnes.²⁷

Den omfattede familiekreds er den i familie-/arveretten betegnede ret op- og nedstigende linie. Der er således ikke medtaget familiemedlemmer fra sidelinien (dvs. søskende og søskendes børn mv.). Derimod er svogerskab i egenskab af svigerbørn og stedbørn omfattet.

Hovedaktionærbegrebet bruges navnlig til at afgrænse de tilfælde, hvor en person i kraft af sin egen - evt. sammen med en nærmere defineret person-/selskabskreds - aktie-/stemmebesiddelse har en så betydningsfuld indflydelse i selskabet og på dets beslutninger, at personen skal være omfattet af de særligt skærpende beskatningsregler. Hvis man ikke havde reglen om, at nærmere bestemte familiemedlemmers aktie- og stemmebesiddelser også skulle medregnes, når man skulle afgøre, om der var tale om et hovedaktionærforhold, ville skatteyderen kunne omgå hovedaktionærbestemmelserne ved at lade familiemedlemmer besidde aktier/stemmer i stedet for ham selv, men hvor han som følge af interessefællesskabet mellem familiemedlemmer rent faktisk besad den afgørende indflydelse i selskabet.

Det vil sige, at der er tale om en værnsregel.

3.4 Personkredsen i boafgiftsloven

I boafgiftsloven § 1, stk. 2 er opregnet den personkreds, som ikke skal betale tillægsboafgift af værdier, som en afdød person efterlader sig:

- a) *afdødes afkom, stedbørn og disses afkom,*
- b) *afdødes forældre*
- c) *afdødes barns eller stedbarns ikke fraseparerede ægtefælle, uanset om barnet eller stedbarnet lever eller er afgået ved døden,*
- d) *personer, der har haft fælles bopæl med afdøde i de sidste 2 år før dødsfaldet, og personer, der tidligere har haft fælles bopæl med afdøde i en sammenhængende periode på mindst 2 år, når den fælles bopæl er ophørt alene på grund af institutionsanbringelse, herunder i en ældrebolig,*
- e) *afdødes fraseparerede eller fraskilte ægtefælle,*
- f) *plejebørn, der har haft bopæl hos afdøde i en sammenhængende periode på mindst 5 år, når opholdet er begyndt, inden plejebarnet fyldte 15 år og højst*

²⁷ Ifølge praksis kan en frasepareret/-skilt ægtefælle alene have hovedaktionærstatus i et selskab i kraft af sin egen og/eller sin tidligere ægtefælles aktiebesiddelser, men derimod ikke i kraft af sin tidligere svigerfamilies aktiebesiddelser, jf. TfS 1991.301 LSR. Se også LV 2000 S.G.2.2.4.

en af plejebarnets forældre har haft bopæl hos afdøde sammen med plejebarnet.»

Personkredsen, som inden for den i bestemmelsen anførte beløbsgrænse kan modtage afgiftsfrie gaver, er opregnet i boafgiftslovens § 22, stk. 1:

- »a) afkom, stedbørn og deres afkom*
- b) afdødt barns eller stedbarns efterlevende ægtefælle*
- c) forældre*
- d) personer, der har haft fælles bopæl med gavegiver i de sidste 2 år før modtagelsen af gaven, og personer, der tidligere har haft fælles bopæl med gavegiver i en sammenhængende periode på mindst 2 år, når den fælles bopæl alene er ophørt på grund af institutionsanbringelse, herunder i en ældrebolig,*
- e) plejebørn, der har haft bopæl hos gavegiver i en sammenhængende periode på mindst 5 år, når opholdet er begyndt, inden plejebarnet fyldte 15 år, og højst en af plejebarnets forældre har haft bopæl hos gavegiver sammen med plejebarnet, og*
- f) stedforældre og bedsteforældre.»*

Endvidere kan der iht. boafgiftslovens § 22, stk. 2 inden for den i bestemmelsen anførte beløbsgrænse gives afgiftsfri gaver til et *barns eller stedbarns ægtefælle*.

Endelig anføres i boafgiftslovens § 22, stk. 3, at gaver *mellem ægtefæller* er afgiftsfrie.

Familiekredsen omfattet af boafgiftslovens § 1 og § 22 har flere fællestræk, men er ikke helt identiske.²⁸

I begge bestemmelser er børn (udtrykt som afkom), stedbørn og disses afkom omfattet. Afkom er slægtninge i ret nedstigende linie. Afkom omfatter også børn født uden for ægteskab samt adoptivbørn.²⁹ Af slægtninge i ret opstigende linie er forældre, herunder også adoptivforældre, omfattet af begge bestemmelser, hvorimod stedforældre og bedsteforældre alene er omfattet af boafgiftslovens § 22.

Endvidere er svigerbørn i visse tilfælde omfattet.³⁰ I boafgiftslovens § 1, stk. 2, litra c er svigerbørn omfattet, når der er tale om et barns/stedbarns ikke fraseparerede ægtefælle, uanset om barnet/stedbarnet lever eller er afgået ved døden. I boafgiftslovens § 22, stk. 1, litra b (barns/stedbarns efterlevende ægtefælle) og boafgiftslovens § 22, stk. 2 (barns/stedbarns ægtefælle) er det ikke præciseret, om betingelsen også

²⁸ For en nærmere analyse af forskellen i den omfattede personkreds af BAL § 1 og § 22 henvises til *Henrik Dam, Rasmus Kristian Feldthusen og Finn Taksø-Jensen*: Den favoriserede personkreds ved arv og gave - er de skatteretlige regler løbet af sporet? Artikel i *Revision og Regnskabsvæsen* nr. 12 2000 p. 18 ff. (Herefter: *Henrik Dam m.fl.*: Den favoriserede personkreds ved arv og gave).

²⁹ Se endvidere *Henrik Dam m.fl.*: Den favoriserede personkreds ved arv og gave p. 19 f.

³⁰ For en nærmere afgrænsning af og diskussion om i hvilke situationer svigerbørn er omfattet se *Henrik Dam m.fl.*: Den favoriserede personkreds p. 21 f.

her er, at der er tale om en ikke frasepareret ægtefælle. Det fremgår imidlertid af bemærkningerne til § 22,³¹ at det er en forudsætning, for at der kan gives afgiftsfri gaver til et svigerbarn, at barnet/stedbarnet og svigerbarnet ikke er separeret eller skilt, og for afgiftsfri gaver til afdødt barns/stedbarns ægtefælle er det en betingelse, at det afdøde barn/stedbarn ikke var separeret eller skilt fra svigerbarnet, da barnet døde. Det vil sige, at svigerbørn, som ikke længere er svigerbørn, da de er blevet separeret fra barnet/stedbarnet, ikke er omfattet af bestemmelserne i boafgiftslovens § 22.³²

Derimod er slægtninge i lige og ulige sidelinie ikke omfattet af hverken boafgiftslovens § 1 eller § 22. Det vil sige, at søskende, nevøer/nieces mv. ikke er omfattet af de lempeligere beskatningsregler - ikke umiddelbart i hvert fald. Udvidelse af personkredsen til også at omfatte personer, der har haft fælles bopæl med arvelader/gavegiver i de sidste 2 år før modtagelsen af arven/gaven, også selvom den fælles bopæl på tidspunktet for modtagelse af arven/gaven er ophørt pga. institutionsanbringelse, herunder i en ældrebolig, kan imidlertid få den betydning, at søskende og andre i bestemmelserne ikke direkte anførte slægtninge kan være omfattet, såfremt de opfylder det i bestemmelserne anførte bopælskrav.³³

Selvom reglerne i boafgiftsloven har en nær tilknytning til de civilretlige regler om arv, har arvelovens opdeling i arveklasser tilsyneladende ikke været styrende for den personkreds, der er omfattet af de lempeligere beskatningsregler i boafgiftslovens § 1 og § 22.³⁴

Reglerne i såvel boafgiftslovens § 1 som i § 22 må anses at være særligt skattebegünstigende regler for den personkreds, der er omfattet af reglerne.

4. Vurdering af de skatteretlige familiebegreber

Efter ovenstående gennemgang af forskellige familiebegreber i skattelovgivningen kan det konstateres, at begreberne spænder meget bredt for så vidt angår den

³¹ Jf. lovforslag nr. L 254 af 4. maj 1995, FT 1994/1995 Tillæg A sp. 3828 ff., vedtaget ved lov nr. 426 af 14. juni 1995.

³² Jf. også *Henrik Dam m.fl.*: Den favoriserede personkreds ved arv og gave p. 21 med yderlig henvisning.

³³ Udvidelsen af personkredsen i boafgiftsloven § 22, stk. 1, litra d og e blev indsat ved lov nr. 976 af 17. december 1997 (lovforslag nr. L 52 af 29. oktober 1997, FT 1997/1998 Tillæg A sp. 127 ff.) Ifølge bemærkningerne til lovforslaget ville man ligestille ugifte samlevende og plejebørn med andre nærtstående. I bemærkningerne til lovforslag nr. 52 § 4 anføres, at udvidelsen med den nævnte personkreds er i overensstemmelse med, hvad der gælder på boafgiftsområdet, og at der ikke behøver at være tale om personer, der lever sammen i et ægteskabslignende forhold, men at det også kan være slægtninge, plejebørn, der har fælles bopæl med gavegiver, eller parter i et bofællesskab.

³⁴ Se også kritisk hertil *Henrik Dam m.fl.* i artiklen: Den favoriserede kreds ved arv og gave.

omfattede kreds af familiemedlemmer, og der generelt ingen sammenhæng er mellem begreberne.

Der har heldigvis været en tendens til i de senere år, at man ikke hver gang, når der f.eks. skal indsættes en værnsregel i en skattelov, »opfinder« et nyt begreb - herunder et familiebegreb - men at man derimod anvender en allerede kendt definition. Det er f.eks. tilfældet med begrebet »nærtstående«. Enten defineres nærtstående direkte i bestemmelsen - og heldigvis ens i de forskellige bestemmelser - som f.eks. i afskrivningslovens § 25, stk. 7 og § 39, stk. 2, eller man henviser til nærtståendebegrebet i ligningslovens § 16 H, stk. 1, f.eks. som det ses i kildeskattelovens § 2, stk. 9 og selskabsskattelovens § 2, stk. 5.

Tilsvarende er det også blevet almindeligt, at når man skal definere en hovedaktionær, så henvises der til begrebet i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 2-4, som f.eks. i ligningslovens § 16 A og § 16 B.

Det, som bl.a. var anledningen til denne artikel, var en undren over denne forskellighed i begreberne afhængig af, hvilken skattemæssig situation der var tale om. Som det ses af ovenstående afsnit, har jeg anført, hvad formålet med den pågældende regel var, og i den forbindelse set i bemærkningerne i lovforslaget til de enkelte bestemmelser. Jeg håbede, at jeg i bemærkningerne kunne finde en nærmere begrundelse for valget af den omfattede familiekreds, altså f.eks. hvorfor søskende er omfattet af nogle regelsæt og ikke af andre. Det har generelt ikke været muligt at finde en konkret begrundelse for afgrænsningen af den valgte familiekreds. Man har typisk i bemærkningerne blot anført den for bestemmelsen relevante familiekreds, og begrundet, hvorfor der i relation til den konkrete bestemmelse skal tages hensyn til den anførte familiekreds. Derimod er der i bemærkningerne ikke anført, hvorfor andre familiemedlemmer ikke er medtaget i den omfattede personkreds.

Nedenfor vil jeg fremhæve nogle af de uhensigtsmæssigheder, jeg finder, der er i de eksisterende familiebegreber i de forskellige skattelove.

Eksempelvis er familiemedlemmer i sidelinien, dvs. søskende og niecer/nevøer medtaget, i de skattebegunstigende regler om succession i levende live og ved død, men ved afgørelsen af om man er hovedaktionær eller andre situationer, hvor der kan være tale om fordeling af aktier på familiemedlemmer, så er sidelinien, herunder navnlig søskende ikke medtaget. Søkendeforhold kan i relation til hovedaktionærbestemmelsen alene komme til at få en betydning, såfremt det fælles ophav, dvs. forældrene ejer aktier i selskabet, hvor børnene kan blive draget ind i hovedaktionærvurderingen i kraft af forældrenes aktiebesiddelser. Tilsvarende vil man ikke kunne blive omfattet af reglerne om tvungen sambeskatning i kraft af en søster/brors aktiebesiddelser alene. Her er det også egne og forældrenes aktiebesiddelser i det udenlandske selskab, der er afgørende.

I de skattebestemmelser, hvor man bruger nærtstående begrebet, kan man diskutere, om det ikke ville være relevant også at inddrage sidelinien, i hvert fald søskende, i den omfattede familiekreds. I de fleste familier er det dog almindeligt, at søskende har et udmærket og nært forhold til hinanden. F.eks. vil man i henhold til de gældende regler kunne leje forretningslokaler i en ejendom ejet af en

bror og afskrive på ombygningsudgifter mv. iht. afskrivningslovens § 39³⁵, men derimod ikke hvis ejendommen er ejet af en far eller en søn. For mig at se kan der ikke være den store forskel på det familiemæssige interessefællesskab i en sådan udlejningssituation.

Et andet eksempel, hvor valget af den omfattede personkreds ikke synes begrundet i hensyntagen til familieforhold, er personkredsen i boafgiftsloven. Man kan undre sig over, at den familiemæssige sidelinie (søskende mv.) ikke er omfattet af de særlig lempelige bo- og gaveafgiftsregler i boafgiftsloven. Navnlig boafgiften må siges at have en nær sammenhæng med de arveretlige regler. I følge de arveretlige regler er søskende legale arvinger iht. 2. arveklasse.³⁶ I stedet for i boafgiftsloven at tage udgangspunkt i de arveretlige regler, har man udvidet de særlige lempelige afgiftsregler til at finde anvendelse på personer, som ikke nødvendigvis er slægtsmæssigt forbundne med arvelader/gavegiver. Således kan plejebørn og samlevende f.eks. modtage afgiftsfrie gaver eller arve uden at skulle betale tillægsboafgift. Den udvidede personkreds i boafgiftsloven fører f.eks. til en retstilling, som ikke i enhver henseende findes rimeligt begrundet. Hvis en ugift bror og søster har haft fælles bopæl i mere end 2 år, kan de arve hinanden eller give hinanden gaver og blive beskattet efter de lempelige regler i boafgiftsloven, som gælder for familiemedlemmer i ret op- og nedstigende linie. Hvis de samme ugifte søskende derimod har haft hver sin bopæl, falder de uden for den i boafgiftslovens § 1 og § 22 omfattede personkreds og bliver derimod hårdere beskattet ved arv/gave, idet arven/gaven betragtes som en almindelig skattepligtig indkomst, jf. statskattelovens § 4.³⁷

Det faktum, at man i boafgiftsloven er gået så vidt i personkredsen ved at medtage samlevende med arvelader/gavegiver er derimod udtryk for, at man i henseende til beskatning ved arv og gave vil tage højde for den samfundsmæssige udvikling, at mange par i dag ikke er gift, men lever papirløst sammen. At skatte-/afgiftslovgivningen på dette område er mere på forkant med samfundsudviklingen end de civilretlige regler, ved at man politisk har den opfattelse, at man ikke skatte-/afgiftsmæssig skal stilles ringere, hvis man har valgt at leve papirløst sammen, end hvis man har valgt at blive gift eller indgå registreret partnerskab. Dette kan tages som udtryk for et skridt imod en mere tidssvarende tankegang, hvor man i stedet for at tage udgangspunkt i nogle »gammeldags« forestillinger om familiemønstre, tager

³⁵ Almindeligvis mener jeg ikke, at søskendeforhold kan komme ind under den anden begrænsningsregel, der findes i bestemmelsen, hvorefter der ikke kan afskrives i tilfælde, hvor der som følge af, at den ene part har en bestemmende indflydelse på den anden parts handlemåde. Det var netop begrundelsen, da man i forbindelse med justering af afskrivningsloven indsatte »nærtstående«, at det ikke var indlysende, at den ene part har en bestemmende indflydelse på den anden part, når der er tale om lejemål mellem nære familiemedlemmer, jf. afsnit 2.1. ovenfor.

³⁶ Jf. f.eks. *Hans Viggo Godsk Pedersen: Familie- og arveret* p. 137.

³⁷ For andre uhensigtsmæssigheder ved den gældende afgrænsning af personkredsen i boafgiftsloven se *Henrik Dam m.fl.: Den favoriserede kreds ved arv og gave*.

udgangspunkt i, hvordan forholdene i et moderne samfund er. Men som påpeget ovenfor, kan det imidlertid få nogle uheldige konsekvenser, som kan være svære at argumentere fornuftigt for og overbevise den almindelige skatteyder om rimeligheden af.

I øvrigt kan jeg tilslutte mig de af Henrik Dam m.fl. i artiklen »Den favoriserede kreds ved arv og gave« fremførte anbefalinger om, at der bl.a. bør skabes mere sammenhæng mellem reglerne i arvelovgivningen og boafgiftslovgivningen

Når der nu er påpeget nogle af de uhensigtsmæssigheder og den forskelsbehandling af familiemedlemmer som de forskellige definitioner i forskellige skattelove kan føre til, kan man overveje, om man inden for skatteretten burde arbejde hen imod kun at have ét familiebegreb. Det er jeg dog ikke sikker på altid ville være ønskeligt. Det kan stadig være hensigtsmæssigt, at man inden for bestemte områder af skatteretten kan operere med relationsbegreber. Et begreb anvendt konsekvent i alle skatteretlige sammenhænge ville også kunne føre til påpegning af forskellige uhensigtsmæssigheder, bl.a. forstået på den måde, at man rammer personer eller situationer, som reglerne ikke var tiltænkt at ramme. Derimod mener jeg dog nok, at når man opererer med værnsregler, der skal sikre omgåelse af skatteregler, kunne det være lige så berettiget at inddrage familiemedlemmer fra sidelinien - i hvert fald søskende, og måske også søskendes børn - som familiemedlemmer i ret op- og nedstigende linie samt svogerskab. Det vil sige, at man kunne udvide nærtstående- og hovedaktionærbegrebet med den denne del af sidelinien.

Skatteregler og familieband kan være komplicerede, men det fremmer næppe forståelsen, når det ikke er entydigt, hvem man er i familie med inden for skatteretten.

Aktieløn - netop nu

af

Adjungeret professor Søren Rasmussen

1. Indledning

Skatten er et centralt element ved indførelse af aktieløn. I december 2000 vedtog Folketinget lovforslag nr. L 37 (lov nr. 1286) og gennemførte derved ganske grundlæggende ændringer af de skattemæssige vilkår.

Artiklens formål er at give et rids over mulighederne og gøre opmærksom på de mest påtrængende fortolkningsproblemer.

2. Ordningerne

Når et selskab tænker på at indføre aktieløn, står valget som regel mellem

- Generelle medarbejderaktieordninger (ligningslovens § 7 A)
- Aktieoptioner¹ (aktiekøberetter) (ligningslovens § 28-28 C)
- Warrants² (aktietegningsretter) (ligningslovens § 28-28 C).

Konvertible obligationer kan også bruges, men ses sjældent i praksis. Hovedårsagen er, at medarbejderne generelt set ikke føler sig tiltrukket af ordninger, hvor de skal indbetale store beløb til arbejdsgiverselskabet.

For fuldstændighedens skyld skal fantomaktier også nævnes. Fantomaktier er navnet på en bonusordning, hvor bonusbeløbet afhænger af kursudviklingen på selskabets aktier, og det er således ikke en »rigtig« aktielønsordning.

Konvertible obligationer og fantomaktier omtales ikke nærmere.

¹ Aktieoption = ret til at købe bestående aktier på et givet tidspunkt til en forud fastsat kurs.

² Warrant = ret til at nytægne aktier på et givet tidspunkt til en forud fastsat kurs.

3. Generelle medarbejderaktieordninger, ligningslovens § 7 A

Anvendelsesområdet for de generelle medarbejderaktieordninger er først og fremmest børsnoterede virksomheder, der ikke forventer dramatiske udsving i aktiekursen. Ordningerne ses dog også i andre virksomheder - ofte i kombination med optioner/warrants, som tildeles en snævrere gruppe.

Ifølge § 7 A, stk. 1, er værdien af retten til at købe eller tegne aktier skattefri for medarbejderne. Efter § 7 A, st. 1, nr. 2, kan der endvidere uddeles »gratisaktier« - dog højst for en værdi af 8.000 kr. pr. medarbejder/pr. år. Generelle medarbejderaktieordninger er de eneste af de kendte ordninger, som indeholder en egentlig skattefordel for de ansatte. Ingen del af den fortjeneste, der senere realiseres på aktierne, beskattes som lønaccessorium. Hele fortjenesten beskattes som aktieavance, dvs. med højst 43 % efter ophøret af båndlæggelsesperioden på 5-7 år. Hertil kommer, at »gratisaktierne« anses som anskaffet for aktiernes markedsværdi på modtagelsestidspunktet. Ved fuld udnyttelse kan hver medarbejder således tjene 8.000 skattefri kroner om året.

3.1 Ikke længere godkendelse

Indtil udgangen af 1999 skulle generelle ordninger godkendes af skattemyndighederne. Nu fremgår vilkårene af loven, og tanken var, at det først ved den efterfølgende ligning skulle kontrolleres, om arrangementet kan accepteres.

Sådan er det ikke gået. Virksomhederne vil være sikre på, at en gennemført ordning holder, og beder derfor almindeligvis enten om en uformel godkendelse eller om bindende forhåndsbesked, jf. TfS 2001.116 og 2001.148. Disse afgørelser bidrager i parentes bemærket til en afklaring af, hvordan og på hvilket tidspunkt det afgøres, om favørelementet ligger inden for rammerne i § 7 A. Der vil nok gå nogle år, før anvendelsesområdet for § 7 A er så cementeret, at virksomhederne »tør« iværksætte en ordning uden at spørge først.

3.2 Selskabets fradrag

Baseres ordningen på en beholdning af egne aktier, har selskabet fradragsret for forskellen mellem aktiernes markedsværdi og den kurs, medarbejderen betaler. Samtidig skal selskabet opgøre avance/tab efter aktieavancebeskatningsloven på grundlag af markedsværdien. Der udløses i praksis sjældent avancebeskatning, da selskaberne så vidt muligt sørger for at have en tilstrækkelig beholdning af egne aktier, som har været ejet mindst tre år på tildelingstidspunktet.

Gennemføres ordningen ved nytegning, har selskabet ingen udgift, idet det er de »gamle« aktionærer, der betaler i form af en reduktion af værdien af deres aktier. Alligevel har selskabet - fra og med 1. januar 2001 - fradrag for forskellen mellem aktiernes markedsværdi og tegningsbeløbet. Denne fradragsregel skal ses i sammenhæng med de nye bestemmelser om warrants, se nedenfor.

3.3 Udenlandske medarbejdere

Generelle ordninger kan tilbydes medarbejdere i såvel danske som udenlandske datterselskaber.

Den stigende internationalisering og den voksende udbredelse af aktieløn medfører, at en ordning ofte inkluderer medarbejdere i udenlandske koncernselskaber. Man kan medtage et eller flere selskaber efter eget valg, TfS 2001.116, og vilkårene kan tilpasses lokale forhold, TfS 2001.148. Der gælder endvidere en særlig undtagelse fra båndlæggelseskravet i § 7 A, stk. 1, nr. 1 og 2. Medarbejdere, der ikke inden for de seneste to år før tildelingen har været skattepligtige til Danmark af lønindkomst, kan frit disponere over aktierne fra erhvervelsestidspunktet - herunder afhænde dem helt eller delvist for at finansiere en eventuel udenlandsk løn-accessoriebeskatning, § 7 A, stk. 3.

Som § 7 A er udformet, har det danske moderselskab fradrag for samtlige udgifter til generelle medarbejderaktieordninger - også den del, der relaterer sig til medarbejderne i udenlandske datterselskaber. Denne fradragsadgang går videre end den sædvanlige driftsudgiftsdefinition i statsskattelovens § 6 a. Det er naturligvis fristende at tage hele fradraget i Danmark, men forinden den beslutning træffes, bør man sikre sig, at det ikke resulterer i tilskudsbeskatning eller andre ubehageligheder i det pågældende udland. Resultatet kan i værste fald blive en forøgelse af den samlede skattebetaling i koncernen.

3.4 Aktieoptioner og warrants

Aflønning med warrants og optioner tog fart i 1997 og har siden bredt sig nærmest eksplosivt. I starten var det virksomheder i den »nye« økonomi, der førte an, men efterhånden er de fleste virksomhedstyper kommet med.

Før 1. januar 2001 blev warrants, tildelt som led i en aktielønsordning, beskattet efter aktieavancebeskatningslovens regler om tegningsretter. Skatten af gevinsten opstået fra retserhvervelsestidspunktet til udnyttelsestidspunktet udgjorde således typisk mellem 25 % og 40 %. Prisen for den lave skat var, at medarbejderen skulle lønaccessoriebeskattes af warranternes værdi på retserhvervelsestidspunktet - altså før man vidste, om der overhovedet ville blive en gevinst.

Aktieoptioner er siden 1998 blevet lønaccessoriebeskattet på det tidspunkt, hvor medarbejderen udnytter eller sælger optionerne, jf. ligningslovens § 28. Der er tale om beskatning af hele gevinsten som personlig indkomst inklusive arbejdsmarkedsbidrag, dvs. maksimalt op til ca. 63 %. Med andre ord: En høj beskatning, men først når der er vished for fortjenesten.

Lov nr. 1286 har synkroniseret beskatningen af warrants og optioner. Warrants, der retserhverves fra og med 1. januar 2001, beskattes og indberettes fuldstændig på samme måde som optioner.

Lov nr. 1286 har endvidere introduceret den nyskabelse, at arbejdsgiveren kan betale medarbejderens skat. Betalingen kan ske kontant eller i form af aktier.

Endelig udvider og præciserer lov nr. 1286 reglerne om beskatning ved fraflytning mv.

3.5 Synkroniseringen

Ved første øjekast forekommer det indlysende rigtigt at beskatte warrants og optioner ens, fordi de indeholder de samme økonomiske elementer.

Det forhold, at warrants giver ret til at nytegne aktier, hvorimod optioner giver ret til at købe eksisterende aktier, gør imidlertid en forskel i forskellige relationer.

En optionsordning er en udgift for arbejdsgiverselskabet. En warrantordning er en »udgift« for arbejdsgiverselskabets aktionærer. Slutresultatet er naturligvis det samme, og den logiske konsekvens af at behandle medarbejderne ens er at give arbejdsgiverselskabet ens fradragsmuligheder. Derfor har selskabet nu ved et nyt stk. 4 i ligningslovens § 28 fået fradrag for aktionærernes udgifter til warrantordninger.

Fradragsret for ikke-eksisterende udgifter kan naturligvis ikke trives uden en værnsregel. Værnsreglen går ud på, at selskabets fradragsret forudsætter, at de tildelte warrants udnyttes af de medarbejdere, der har modtaget dem. Meningen er at forhindre, at selskabet bevarer fradragsretten, hvis medarbejderne straks overdrager warranterne til et personligt holdingselskab og derved konverterer hele værdistigningen fra personlig indkomst til aktieindkomst.

En anden vanskelighed opstår i koncernforhold, hvor udgangspunktet er, at hvert selskab har fradrag for sine egne udgifter. Her er resultatet blevet, at det selskab - som regel moderselskabet - der udsteder warranterne, får hele fradraget. Hvis andre koncernselskaber refunderer den del af fradraget, som vedrører deres medarbejdere, behandles refusionen som en udlodning/driftstilskud.

Det kan vel ikke udelukkes, at nogle medarbejdere hellere vil bruge de gamle regler og have warrantgevinsten beskattet som aktieindkomst. Det kan lade sig gøre, hvis warranterne købes til fuld pris. Men det skal være fuld pris. Et delvist vederlag vil alene føre til, at det betalte beløb fratrækkes i den personbeskattede fortjeneste på udnyttelsestidspunktet, jf. Skatteministeriets svar på FSRs henvendelse vedrørende L 37. I sit svar har Skatteministeriet sået tvivl om, på hvilket tidspunkt det skal måles, hvorvidt der er tale om fuld pris. Ministeriet siger, at det er udnyttelsestidspunktet. Konsekvensen af det synspunkt er, at medarbejderen i givet fald skal betale hele det beløb, han ellers skulle beskattes af. En given gevinst beskattes således på én måde, hvis warranten er købt fra arbejdsgiveren, og på en anden måde, hvis den er købt fra tredjemand.

Det rigtige må være, at medarbejderen har betalt fuld pris, hvis han betaler markedsprisen for warranten på det tidspunkt, hvor han køber den. En snarlig afklaring er ønskelig.

3.6 Arbejdsgiveren betaler

En fuldstændig gennemgang af den interessante nyskabelse i ligningslovens § 28 A-C, der giver arbejdsgiveren mulighed for at betale medarbejderens skat, falder uden for rammerne af denne artikel.

Essensen er, at aktielønsordninger baseret på tildeling af aktier, optioner eller warrants kobles ud af selvangivelsen. Selskabet har intet fradrag, og medarbejderen skal intet selvangive. I stedet betaler selskabet en (ikke-fradragsberettiget) afgift til statskassen. Afgiften udgør 2/3 af den aktieløn, medarbejderen modtager. I forhold til de »normale« regler er det sådan, at medarbejderens nettogevinst er ens, når

indkomstskatten inkl. arbejdsmarkedsbidrag udgør 58%. Hvis skatten er højere, er det bedre for medarbejderen at anvende afgiftsmodellen. Det omvendte er tilfældet, hvis skatten er lavere.

De nærmere betingelser for at kunne anvende ordningen fremgår af § 28 A. Her skal blot nævnes, at selvom valget af afgiftsmodellen efter loven kan udskydes til det tidspunkt, hvor fordelingen skal beskattes, er det nødvendigt at tage stilling i forbindelse med ordningens etablering. Den indlysende årsag er, at antallet af optioner/warrants skal tilpasses, hvis arbejdsgiverens nettoudgift ikke skal niveauforskydes.

Afgiften kan betales kontant, ved aflevering af aktier eller ved deponering af aktier. Bemærk, at der kun kan afleveres/deponeres aktier, også hvis ordningen er baseret på optioner/warrants.

Aktierne afleveres til/deponeres hos Vækstfonden. Aflevering er en definitiv overdragelse, som efter omstændighederne kan udløse aktieavancebeskatning. Deponering indebærer, at de økonomiske beføjelser overføres til Vækstfonden, medens de forvaltningsmæssige rettigheder forbliver hos ejeren. Deponeringen skal senest afvikles efter 9 år. Selskabet kan vælge mellem at aflevere aktierne eller at betale aktiernes værdi kontant.

Man kan allerede nu forudse alskens vanskelighed med at fremskaffe aktier til deponeringen og med at konstatere aktiernes værdi ved afviklingen. Herom henvises til Erik Banner-Voigt, Revision & Regnskabsvæsen, nr. 3, 2001, side 6-15.

3.7 Fraflytning mv.

Det stigende internationale samkvem ventes at forøge antallet af udstationerede medarbejdere drastisk i de kommende år. Hvis der samtidig sker en stigning i antallet af aktielønsordninger, er det selvsagt vigtigt at have om ikke klare så dog forståelige regler for beskatning af optioner/warrants ved til- og fraflytning.

En medarbejder, der udstationeres her til landet og bliver fuldt skattepligtig, får tildelt en indgangsværdi i medfør af kildeskattelovens § 9, stk. 1. Optioner og warrants anses herefter for anskaffet på det faktiske anskaffelsestidspunkt til værdien på tilflytningstidspunktet.

Under opholdet i Danmark beskattes optionerne/warranterne efter reglerne i henholdsvis kursgevinstloven og aktieavancebeskatningsloven. I den forbindelse bemærkes, at udnyttelse/tegning ikke udløser skattebetaling.

Når medarbejderen fraflytter Danmark og tager aktier, optioner og warrants med, sker der fraflytningsbeskatning efter reglerne i kursgevinstlovens § 37 og aktieavancebeskatningslovens § 13 a. I praksis bliver der dog sjældent tale om beskatning, fordi kursgevinstlovens § 37 kun gælder, når fraflytteren har været skattepligtig i 7 år inden for de seneste 10 år før skattepligtsophøret, og fordi aktieavancebeskatningslovens § 13 a kun gælder, når skattepligten har bestået i 5 år inden for de seneste 10 år før skattepligtsophøret.

Beskatningen af danske medarbejdere, hvis skattepligt ophører ved flytning til udlandet, er reguleret i ligningslovens § 28, stk. 6-11. Bestemmelserne, der minder meget om fraflytningsreglerne i aktieavancebeskatningslovens § 13 a, skal ikke gennemgås i detaljer. Det er dog vigtigt at holde sig for øje, at der kun kan beskattes,

hvis retserhvervelsen af optionerne/warranterne er sket. Er retserhvervelsen udskudt, fordi den f.eks. er betinget af ansættelse på udnyttelsestidspunktet, sker der ingen beskatning.

En ny regel i kildeskattelovens § 2, stk. 1, litra k, kan - om ikke andet rent teoretisk - få stor betydning for personer, som modtager optioner/warrants efter fraflytning fra Danmark. Bestemmelsen konstituerer begrænset skattepligt fra og med 1. januar 2001 for personer, der »... oppebærer vederlag i form af aktier, tegningsretter til aktier eller køberetter til aktier for virksomhed udført her i landet som led i et ansættelsesforhold, Det er uden betydning for skattepligten, om retten til vederlaget er erhvervet efter ophør af virksomheden her i landet.«

Det sidste punktum bygger på to urealistiske forudsætninger. For det første, at der er en klar sammenhæng mellem arbejdet i Danmark og en senere aktielønsordning, og for det andet, at fraflytteren kender bestemmelsen og selvangiver i overensstemmelse med den.

Når det tages i betragtning, at udstationering involverer to landes interne regler samt ofte tillige en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er der næsten ingen ende på, hvilke komplikationer man kan forestille sig. Forskelle i den skatteretlige kvalifikation og forskellige beskatningstidspunkter er de mest nærliggende eksempler. Skal skattesystemerne ikke sætte alt for mange forhindringer op for den internationale udvikling, er det nødvendigt, at der på OECD- eller som minimum EU-niveau fastlægges ensartede principper for beskatning af aktieløn ved fraflytning fra et land til et andet.

3.8 Optioner eller warrants?

Når skattereglerne ikke længere spiller nogen rolle, hvad skal man så vælge?

En endegyldig facitliste findes ikke, men nogle linier kan trækkes op.

Børsnoterede virksomheder, som forholdsvis nemt kan opkøbe egne aktier, vil måske have en tendens til at foretrække optioner. Det er og bliver den enkleste model, idet man undgår det administrative besvær med at få ordningen igennem selskabets generalforsamling.

Flertallet af selskaber - herunder ikke mindst de unoterede - vil dog formentlig finde warrants mest attraktive. Det har at gøre med, at selskabet slipper for at fremskaffe og værdiansætte egne aktier og for at opfylde de selskabsretlige kapitalkrav i den forbindelse, at de hidtidige aktionærer kan beholde deres aktier og udskyde afståelsesbeskatning, og at selskabet får tilført likviditet ved aktietegningen.

3.9 Hvad har vi i vente?

Skattereglerne om aktieløn er på få år svulmet op i en sådan grad, at der allerede er behov for en kritisk gennemgang. Hvad der oprindeligt var en lille handy bestemmelse i ligningslovens § 28, er nu blevet til næsten 5 spalter lovtækt i lovsamlingen for 2001.

Derfor er det godt, at Skatteministeriet har nedsat en arbejdsgruppe med deltagelse af alle gode interne og eksterne kræfter til at følge udviklingen og fremtidssikre aktielønsreglerne.

Aftalelovens ugyldighedsregler anvendt på aftaler indgået gennem offentlige udbud

af

Ph.D.-stipendiat Michael Steinicke

1. Indledning

EU-udbud og licitationer betegner en særlig aftaleindgåelsesprocedure. Denne procedure er kendetegnet derved, at den er meget formel i forhold til den traditionelle aftaleindgåelsesmodel¹ samt derved, at flere tilbudsgivere ønsker at kontrahere med den ordregivende myndighed om den samme opgave. Det er genstand for det følgende at undersøge, hvilken betydning det har for anvendelsen af aftalelovens ugyldighedsbestemmelser, at aftalen er indgået ved licitation.

2. Ugyldighed generelt

Et løfte er gyldigt, når det enten har retsvirkning i overensstemmelse med sit indhold, dvs. at løftemodtageren kan kræve naturalopfyldelse, eller når misligholdelse af løftet kan medføre, at løftegiveren skal erstatte løftemodtagerens tab ved, at løftet ikke bliver opfyldt efter dets indhold,² dvs. skal erstatte den positive opfyldelsesinteresse.³ Der er ikke knyttet ugyldighedsvirkning til overtrædelse af licitationsloven,⁴ og det samme må gælde for overtrædelse af EU-udbudsdirektiver. Det er anført, at aftaler i strid med de grundlæggende bestemmelser i traktaten må antages at være ugyldige.⁵

¹ Dette skal forstås som en virksomheds accept af en anden virksomheds tilbud i de forskellige afskygninger, dette kan forekomme i, dog uden at være så forbundet som det er tilfældet med aftaleindgåelse efter licitationer.

² Generelt om erstatning og licitationer, se U 1999.11 H, U 2000.1425 V og *Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar*.

³ Se *Lennart Lyngge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard: Aftaler og mellemænd*, s. 146, *Henry Ussing: Aftaler*, s. 117 samt *Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret*, s. 121.

⁴ Således tilsyneladende *Hans Henrik Vagner: Entrepriseret*, s. 42.

⁵ *Ruth Nielsen: Udbud af offentlige kontrakter*, s. 197 med henvisning til *Peter Blok: TfR 1974*, s. 489. *Ruth Nielsen* anvender »køb dansk«-klausulen fra Storebælt-sagen som eksempel på overtrædelse af grundlæggende traktatbestemmelser (art. 28, art. 39 samt art. 49; de frie

2.1 Aftalelovens ugyldighedsregler

Aftaleloven indeholder et antal bestemmelser, som angiver hvilke forhold, der kan medføre ugyldighed. Hovedparten af disse bestemmelser vedrører forhold, som knytter sig til aftalens indgåelse, hvorimod aftalens indhold kun er omhandlet i én bestemmelse (§ 36). Aftalelovens kapitel om ugyldighed er ikke et udtømmende system. Der kan være andre situationer og andre forhold end dem, der er angivet i aftaleloven, som kan medføre en erklærings ugyldighed.

Det er kun de af udbudets dokumenter, der har traditionel betydning for aftaleindgåelse (dvs. som indeholder de aftaleretlige løfte- og påbudsvirkninger), som kan erklæres for ugyldige. Dette betyder, at udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet ikke aftaleretligt kan erklæres ugyldigt, da disse ikke indeholder evnen til at binde afgiveren eller modtageren.⁶ Der er den grundlæggende forskel på aftaleretten og udbudsretten, at mens aftaleretten udelukkende giver *parterne* mulighed for at påberåbe sig aftalen eller at påberåbe sig ugyldighed, er denne mulighed indenfor udbudsretten ikke begrænset til parterne. I forbindelse med udbud vil også tredjemand have mulighed for at påberåbe sig aftalens udbudsretlige »ugyldighed«.⁷ Dette skyldes, at formålet med udbudsreglerne er at opnå konkurrence om den pågældende opgave, hvilket medfører, at andre tilbudsgivere (samt muligvis potentielle tilbudsgivere) kan protestere mod tildelingen af opgaven til en bestemt tilbudsgiver, såfremt disse tredjemænd ikke mener, at aftaleindgåelsesproceduren er overholdt.

3. Bestemmelserne

Aftaleloven giver mulighed for at erklære en aftale ugyldig i flere forskellige situationer. Ved gennemsyn af ugyldighedsgrundene ses det, at flere af bestemmelserne ikke eller kun sjældent vil finde anvendelse i udbudssituationen, da licitationer indeholder en særegen aftaleindgåelsesform. Disse bestemmelser behandles ikke i det følgende. Der fokuseres derimod særligt på svig, erklæringsvildfarelse, urimelighed samt uhæderlighed.

3.1 Svig

Aftalelovens § 30 omhandler viljeserklæringer fremkaldt ved svig. Bestemmelsen har følgende ordlyd: »En viljeserklæring er ikke bindende for afgiveren, hvis den, til hvem erklæringen er afgivet, har fremkaldt den ved svig eller har indset eller burde indse, at den var fremkaldt ved svig fra tredjemands side.« En erklæring anses

bevægeligheder).

⁶ Disse erklæringer har dog betydning for aftalens overensstemmelse med udbudsretten. Herom, se *Michael Steinicke, Juristen*, 2000, s. 302 ff.

⁷ Klagenævnet for udbud har således mulighed for at annullere ordregivers udbudsretlige beslutninger, men kan ikke annullere aftaler i kontraktretlig forstand.

for fremkaldt af svig, hvis »den, til hvem erklæringen er afgivet, svigagtigt har givet urigtige oplysninger om omstændigheder, som kan antages at være af betydning for erklæringen, eller gjort sig skyldig i svigagtig fortielse af sådanne omstændigheder.«

I relation til udbud er det særligt begrebet »fremkaldt« som har interesse. Hvor det er *ordregiver*, som ved svig har fremkaldt tilbudene, må disse som udgangspunkt alle kunne erklæres ugyldige. Spørgsmålet er, om det forhold, at ét tilbud erklæres ugyldigt kan medføre, at alle tilbudsgiverne kan påberåbe sig ugyldighed. Dette må antages at være tilfældet. Dette skyldes, at tilbudsgiverne har tillagt de samme forhold betydning ved deres vurdering af, om de ville afgive tilbud på opgaven. Hvis en *tilbudsgiver* har anført svigagtige forhold, opstår spørgsmålet, om der kan lægges *konkurrencemæssige* forhold til grund ved vurderingen af, om erklæringen (dvs. ordregivers accept) er *fremkaldt* ved svigen. Argumentet herfor skulle være, at accepten er fremkaldt af (og givet til) den pågældende tilbudsgiver, da denne havde forhold i sit tilbud, som gjorde netop dette tilbud mere attraktivt i forhold til de øvrige tilbud. Det kan således siges, at det er de afgørende forhold for konkurrencen, som spiller den afgørende rolle for anvendelsen af § 30. Denne fortolkning er formentlig for restriktiv i forhold til definitionen af »fremkaldt« i § 30, stk. 2. Det må på denne baggrund formodes, at også andre forhold end de forhold, som har medført at ordregiver vælger netop ét tilbud fremfor et andet, kan have »betydning« for accepten og dermed anvendes som begrundelse for anvendelsen af § 30.⁸

Et andet spørgsmål er, om det blotte forhold, at der er afgivet en erklæring, vil være tilstrækkeligt til at kunne anvende § 30. Svaret kan muligvis findes i praksis omkring et velkendt problem inden for licitationsretten: *mestergrise*. Begrebet »mestergris« udtrykker det forhold, at tilbudsgiverne ved et udbud eller en licitation i deres tilbud indregner et skjult beløb, som vinderen af udbudet skal dele med de øvrige tilbudsgivere. Dette skjulte beløb har til formål at dække omkostningerne ved tilbudsregningen, men alt efter størrelsen af beløbet, kan der også være indberegnet et reelt overskud til hver enkelt tilbudsgiver.⁹ I det omfang det forudsættes, at det forhold at der afgives accept ved licitationer ikke i sig selv opfylder betingelsen, om at svigen »fremkalder« erklæringen, falder »mestergrise« uden for bestemmelsen. Det ses også, at § 30 ikke nævnes som hjemmelsgrundlag til at erklære aftaler indgået på baggrund af mestergrise ugyldige.

I licitationsloven er indsat en bestemmelse, som forbyder en sådan forudgående regulering af tilbudene, jf. § 4: »Ved tilbudsgivning er det forbudt

1) at gennemføre forudgående regulering af bud,

⁸ Der må formentlig sondres mellem det, at svigen fremkalder en accept, og det forhold, at der fremkaldes en accept til den, som har udvist svigen. Hvis det sidstnævnte var den korrekte forståelse af begrebet »fremkalde« i forbindelse med licitationer, var der ikke mulighed for at erklære andre tilbud end det vindende tilbud ugyldigt. Dette er formentlig ikke i overensstemmelse med hensigten bag aftaleloven.

⁹ Om mestergrise, se *Henry Ussing*: Aftaler, s. 142, *Erik Hørlyck*: Entreprise og licitation, s. 430, *Bernhard Gomard*: Almindelig kontraktsret, s. 160, samt *Lennart Lynge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard*: Aftaler og mellemmand, s. 192. Af afgørelser, se U 1911.18 H.

2) at fastsætte betingelser for åbning af bud

3) at foretage udskydning af bud

Stk. 2. Aftaler og vedtagelser om pligt til forudgående anmeldelse af licitationsbud til de bydendes organisationer eller om pligt for bydende til at forhandle eller på anden måde samarbejde inden tilbudsgivningen er forbudt.«

Den nuværende licitationslov forventes afløst af lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.¹⁰ Der er ikke en tilsvarende bestemmelse i den nye lov. Bestemmelsen er henlagt til konkurrencelovens § 7. Udbudsdirektiverne indeholder heller ikke tilsvarende bestemmelser til beskyttelse af ordregiver. Til trods herfor vil indregning af skjulte avancer samt mestergrise, dvs. et ekstra beløb, således, at alle de bydende får dækket deres omkostninger (muligvis endda et mindre overskud), være i strid med generelle aftaleretlige og udbudsretlige såvel som konkurrenceretlige principper.

3.2 Erklæringsvildfarelse

Aftalelovens § 32, stk. 1 bestemmer, at erklæringsafgiveren ikke er bundet ved sin erklæring, hvis erklæringen pga. fejlskrift eller lignende har fået et andet indhold end tilsigtet og såfremt erklæringsmodtageren var i ond tro om fejlen. Erklæringsvildfarelse er formentlig den type ugyldighedsindsigelse, som hyppigst har været påberåbt i forbindelse med licitationer.

Hvilke fejl, som i praksis typisk har vist sig i forbindelse med licitationer, ses af følgende praksis: I U 1951.1066 H vedrørende en entreprise på jord-, jernbeton- og murerarbejde udbudt af Københavns Belysningsvæsen var det laveste indkomne bud på 45.057 kr. Dette bud blev antaget af ordregiver. Senere opdagede tilbudsgiver dog, at der var en regnefejl i tilbudet. I rettet stand ville den totale tilbudssum andrage 55.782 kr., dvs. tilbudet ville være næsten 11.000 kr. dyrere. Højesteret fandt, at ordregiver ikke var i ond tro, hvorved aftalelovens § 32 ikke kunne finde anvendelse. U 1973. 868 Ø omhandlede et udbud på levering af køkken- og gardero-beelementer. Ordregiver accepterede det laveste tilbud, som på grund af en fejl ikke indeholdt det fulde beløb for opgaven. Tilbudsgivers samlede sum var udelukkende for levering af gardero-beelementer (134.235 kr.), mens prisen for køkkenelementer (82.955 kr.) ved en fejl ikke var medregnet i det samlede beløb. Østre Landsret fandt, at fejlen var så åbenlys, at ordregiver burde være opmærksom på den, hvorfor tilbudsgiver ikke var bundet ved tilbudet. Østre Landsret nåede resultatet uden eksplicit at henvise til aftalelovens § 32. I U 1974. 42 H var den udbudte opgave inddelt i grupper. Gruppe 2 omfattede dækelementer, altanplader mm., mens gruppe 3 omfattede badplader. Inden licitationens afholdelse ændrede ordregiver denne opdeling således, at altanplader blev flyttet fra gruppe 2 til gruppe 3. Tilbudsgiveren havde ikke anvendt denne nye opdeling, hvorved priserne på grupperne blev henholdsvis for høje og for lave. Højesteret fastslog, ligesom Landsretten havde gjort tidligere, at tilbudsgiver ikke var bundet af sit tilbud, da en umiddelbar læsning af tilbudene afslørede, at enkelte af beløbene havde en urealistisk højde sammenlignet med de øvrige tilbud. Heller ikke i denne sag henviste domstolene direkte til aftalelovens § 32. I U 1977.1036 V havde en tilbudsgiver afgivet tilbud på udførelse af varmeentreprise på 129.000 kr., men manglede at tage hensyn til en udgift på 58.000 kr. for indkøb af radiatorer. Landsretten fastslog, at ordregiver ikke burde have indset fejlen, og dermed, at aftalelovens § 32 ikke fandt anvendelse. U 2000.60 H omhandlede en licitation på en smedeentreprise. I sagen havde en medarbejder begået flere fejl ved udregningen af en tilbudssum, som blev lavere end tilsigtet. Højesteret fastslog, at ordregiver, eller rettere dennes rådgiver, burde have indset fejlen, og at tilbudsgiver ikke var bundet ved tilbudet.

¹⁰ Se lovforslag L 140.

Som det fremgår af de nævnte sager, ligger vanskelighederne ved anvendelsen af § 32 i forbindelse med udbud ikke i at bestemme, hvorvidt der foreligger en fejl i tilbudene, men derimod i at fastslå, hvornår erklæringsmodtageren er i ond tro. Om denne vurdering, se nedenfor.

3.3 Aftalelovens generalklausuler

Aftaleloven indeholder to bestemmelser, som har karakter af generalklausuler eller retsstandarder.¹¹ En retsstandard er en retsregel, »der ikke binder retsanvendelsen ved nøje udformede forskrifter, men indskrænker sig til at give domstolene et direktiv, en moralsk eller social målestok, som de må udfylde og give indhold efter hver tids retsopfattelse.«¹²

Aftalelovens § 33 bestemmer, at såfremt det vil stride mod almindelig hæderlighed at gøre aftalen gældende, kan erklæringsmodtager ikke påberåbe sig, at aftalen er indgået. Bestemmelsen anvendes ofte som opsamlingsbestemmelse (sammen med § 36) i tilfælde, hvor de andre ugyldighedsgrunde har vist sig ikke at kunne finde anvendelse. § 36 bestemmer, at »en aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvist, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handle måde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler.« I bestemmelsens stk. 2 anføres, at der i forbindelse med afgørelsen efter stk. 1 kan tages »hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder.« Bestemmelsernes nøglebegreber er hæderlighed, rimelighed og redelighed. Disse begreber har den egenskab, at de tilpasser bestemmelserne til tidernes aktuelle aftaletyper, da begreberne hæderlighed, rimelighed og redelighed kan tilpasses den til enhver tid gældende opfattelse af begreberne. Hvad der opfattes som uhæderligt i dag, opfattes måske ikke sådan i morgen. Da bestemmelserne som generalklausuler er fleksible, indeholder de et tiltrængt supplement til det ellers reducerede katalog af ugyldighedsgrunde, som kan finde anvendelse i forbindelse med udbud. Domstolene har vist tilbageholdenhed med at anvende bestemmelserne på forretningsforhold.

3.3.1 Loyalitetsnormer

Kravene om redelighed, hæderlighed samt rimelighed udspringer alle af den prækontraktuelle loyalitetspligt. Denne bestemmer, at to parter, som befinder sig i aftaleindgåelsesfasen, er pålagt en loyalitetspligt overfor hinanden.¹³ Eksempler på denne loyalitetspligt er sælgerens (tilbudsgivers) loyale oplysningspligt og pligten

¹¹ Om disse bestemmelser, se *Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 183 ff og 193 ff, og *Kurt Grönfors: Avtalslagen*, s. 204 ff. og 217 ff.

¹² *Bo von Eyben og W. E. von Eyben: Juridisk ordbog*, s. 237.

¹³ Se eksempelvis *Palle Bo Madsen: UfR 1982 B. 165* og *Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret*, s. 159 ff.

til at reklamere efter flere af aftalelovens bestemmelser (eksempelvis § 4, stk. 2, § 6, stk. 2 samt § 9).¹⁴

3.3.2 Udbudsretlig loyalitetspligt

Den traditionelle aftaleretlige loyalitetspligt gælder også i aftaleforløb reguleret af udbudsdirektiverne. Denne loyalitetspligt er dog anderledes ved udbud. Dette skyldes dels, at der er flere tilbudsgivere ordregiver skal være loyale overfor, og dels at udbudsdirektiverne sætter grænser for de reaktionsmønstre parterne har ved aftaleindgåelsen.¹⁵

Det mest markante udslag af ordregivers loyalitetspligt er ligebehandlingsprincippet.¹⁶ Dette medfører, at ordregiver i sin handlen skal være opmærksom, ikke bare i medfør af den almindelige aftaleretligt baserede loyalitetspligt, men yderligere i medfør af en *konkurrencemæssig* loyalitetspligt, som ved udbud må forudsættes at veje tungere end den aftaleretlige. Aftalelovens generalklausuler kan imidlertid ikke sammenkædes med overtrædelse af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, da dette som nævnt primært indeholder en konkurrencemæssig loyalitetspligt. Mens den aftaleretlige loyalitetspligt således er rettet mod forholdet mellem den enkelte tilbudsgiver og tilbudsmotager, med baggrund i et ønske om at *undgå urimelige kontrakter*, er den udbudsretlige loyalitetspligt (for ordregiver) rettet mod *konkurrencesituationen* mellem alle tilbudsgiverne i kollegium. Ligebehandlingsprincippet er ikke brudt, selv om ordregiver har konstrueret en klart urimelig kontrakt med flere klausuler, som sætter den vindende tilbudsgiver i flere urimelige situationer, hvis blot konkurrencen mellem tilbudsgiverne ikke er berørt.

I visse udbudssystemer har den ordregivende myndighed valgfrihed mellem de indkomne tilbud. Der vil naturligt være forskel på loyalitetskravet i disse situationer, og loyalitetskravet i den udbudssituation, der reguleres af udbudsdirektiverne, dvs. den situation, hvor der *ikke* er valgfrihed for ordregiver. I sidstnævnte situation vil det udbudsretlige loyalitetskrav være skærpet.

I forbindelse med den traditionelle aftaleindgåelse vil parterne være pålagt et loyalitetskrav, som langt hen ad vejen er identisk for begge parter (dog ikke i forbrugerforhold, hvor den forretningsdrivendes loyalitetspligt vejer tungere end forbrugerens). I forbindelse med aftaleindgåelse efter udbudsdirektiverne er loyalitetspligten asymmetrisk fordelt, hvilket skyldes, at magtbalancen er forskudt i

¹⁴ I det omfang en erklæringsgiver med erklæringen hverken vil acceptere eller afslå, er det formentlig et udslag af loyalitetspligten, at han tænker sig nøje om inden han optager kontakt med erklæringsmodtager, jf. *Jørgen Nørgaard*: UfR 1994 B. 433, s. 435.

¹⁵ Om overførsel af aftalerettens loyalitetspligt til udbudsretten, se *Lasse Simonsen*: Prekontraktuel ansvar, s. 665 ff. Om det udbudsretlige saglighedskrav i forhold til aftalelovens §§ 33 og 36, se *Lasse Simonsen*: Prekontraktuel ansvar, del I, kapitel IV.

¹⁶ Se indkøbsdirektivets art. 5, stk. 7, bygge- og anlægsdirektivets art. 6, stk. 6, tjenesteydelsesdirektivets art. 3, stk. 2, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 4, stk. 2.

ordregivers favør, og at det dermed må påhvile denne at sørge for, at kontrakten ikke indeholder elementer, som vil gøre det uredeligt eller uhæderligt at opretholde den.¹⁷ Loyalitetspligten i forbindelse med udbud vil således for *tilbudsgiver* indeholde de for sælgeren traditionelle loyalitetsforpligtelser, primært sælgerens loyale oplysningsforpligtelse. For ordregiver vil loyalitetspligten være *skærpet* i forhold til den traditionelle aftaleindgåelse på baggrund af magtbalancen ved indgåelsen, jf. ovenfor.

3.3.3 Udbud og aftalelovens § 36

§ 36 giver i modsætning til de øvrige ugyldighedsbestemmelser mulighed for at tilsidesætte aftalen på baggrund af aftalens indhold. Dette gør bestemmelsen interessant i forhold til udbud.

Domstolene har generelt været tilbageholdende med at anvende § 36 på forretningsaftaler. Dette betyder dog ikke, at bestemmelsen ikke kan finde anvendelse på forretningsforhold. Det betyder dog, at den typiske forretningsaftale, hvor parterne er (nogenlunde) jævnbyrdige, ikke kan tilsidesættes via § 36. Det må samtidig gælde, at der i de situationer, hvor en forretningsaftale indgås, men hvor den ene af parterne ikke har mulighed for at påvirke indholdet af den kontrakt, der indgås, vil være mulighed for anvendelse af § 36. Om den asymmetriske magtbalance ved licitationer, se ovenfor med note.

Domstolenes rimelighedsvurderinger har været koncentreret om nogle få situationer. For det første er aftalelovens § 36 bragt i anvendelse i de situationer, hvor den ene kontraktspart ikke overholder branchens regler om god skik.¹⁸ Udbudssituationen er på baggrund af aftaleindgåelsens magtbalance som udgangspunkt et oplagt retsområde, hvad angår anvendelse af god skik-regler. Der er imidlertid ikke fastsat nogen god skik-standard i hverken udbudsdirektiverne eller licitationsloven. Ligebehandlingsprincippet vil ofte give en indikation af, om den ordregivende myndighed har handlet i strid med, hvad der betragtes som god forretningsskik i forbindelse med indgåelse af aftaler efter udbudsdirektiverne.¹⁹ Problemet er i denne henseende, at ligebehandlingsprincippet ikke altid kan anvendes til at påberåbe sig urimelige vilkår i den indgåede kontrakt, medmindre vilkårene påvirker konkurrencesituationen.

¹⁷ Licitationer er kendetegnet ved en asymmetrisk magtbalance ved aftaleindgåelsen forstået således, at ordregiver har kompetence til at bestemme indholdet af aftalen, men hvor tilbudsgiver besidder den faglige kompetence.

¹⁸ Rimelighedsbetragtningen efter aftalelovens § 36 og loyalitetspligten har klart fælles træk, men bestemmelsen i § 36 skal ikke ses som en kodificering eller en afløser for loyalitetspligten, jf. *Palle Bo Madsen: Aftalefunktioner*, s. 73.

¹⁹ Ligebehandlingsprincippet indføres formentlig i den ny lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, jf. L140 § 6, stk. 1.

§ 36 er desuden anvendt på situationer, hvor der er anvendt et for en branche usædvanligt vilkår, som samtidig er meget byrdefuldt.²⁰ Ordregiver er ikke altid bekendt med branchens vilkår og kutymmer, og der ligger derfor en potentiel risiko for, at anvendelse af ordregivers *egne standardvilkår* kan medføre, at tilbudsgiver udsættes for vilkår, som er markant i ordregivers favør. I denne sammenhæng er det vigtigt at være opmærksom på, at denne risiko (som ligger implicit i udbudsinstitutionen) opvejes på to niveauer. For det første har ordregiver ofte allieret sig med en branchekendt rådgiver. Denne rådgiver vil formentlig opfordre ordregiver til at anvende branchens vilkår og standardkontrakter, og derigennem undgå den skitserede situation. For det andet er denne risiko en del af den udbudsretlige kontraktbalance, hvilket i denne sammenhæng betyder, at det element af urimelighed, som måtte være til stede på baggrund af et urimeligt vilkår, indgår i tilbudsgivernes samlede tilbudspris. Såfremt ordregiver fremsætter helt urimelige kontraktvilkår, har tilbudsgiver to muligheder. Han kan enten lade være med at fremsætte tilbud, hvis det vurderes, at urimeligheden ikke kan opvejes i prisen, eller også kan tilbudsgiver anføre et forbehold over for kontraktvilkåret i sit tilbud. Det sidstnævnte indeholder dog den risiko, at ordregiver kan afvise tilbudet som ukonditionsmæssigt.²¹ Ordregiver vil have en interesse i ikke at fremsætte urimelige vilkår, da han risikerer, at flere måneders forberedelse inden udbudet spildes ved, at ingen tilbudsgivere er interesserede, eller at de tilbud, som afgives, er alt for høje, da prisen kompenserer for det/de urimelige vilkår.

Domstolene har i flere tilfælde tilsidesat aftaler, hvis den normale behandling af en kontraktspartner fraviges til skade for denne.²² De aftaler, der indgås via udbud, vil ofte have en tidshorisont på 2-3 år, alt efter ydelsens karakter. Det må formodes, at ordregiver vil have en vidtgående adgang til at ændre i kontraktvilkår ved et nyt udbud. I forhold til lange kontraktforløb, vil udbudet have den effekt, at der »startes på en frisk,« når en opgave udbydes på ny.²³ § 36 vil formentlig ikke have noget anvendelsesområde på disse situationer ved udbud.

Aftaler der ensidigt giver den ene part mulighed for at vurdere, hvorvidt en betingelse for at ændre i kontrakten er opfyldt, vil ofte kunne tilsidesættes efter §

²⁰ Herom, se U 1987.801 H og U 1991.4 H, samt *Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 216-217.

²¹ Herom, se *Michael Steinicke: EU-udbud og forhandling*, s. 38 ff, og samme: *EU-ret og Menneskeret*, 1999, s. 109.

²² Se U 1984.811 (om betaling af forsikringspræmie) og *Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 218.

²³ Ordregiver har kun i begrænset omfang mulighed for at bygge en ny kontrakt alt for meget på den foregående, da dette kan medføre, at kontrakten vil komme til at indeholde præferencer for den tidligere kontraktspartner. Det vil yderligere være en selvmodsigelse i forhold til motiverne bag udbudsdirektiverne at tale om sædvanlige kontraktspartnere, da dette ordvalg indikerer mangel på reel konkurrence på det pågældende område. Dette taler for, at ordregiver nyder stor frihed til at fastlægge nye vilkår.

36.²⁴ Det er ikke usandsynligt, at kontraktsindgåelsens magtbalance vil kunne resultere i en sådan situation.

Det kan diskuteres, om dette er tilfældet ved anvendelsen af AB 92 § 14, hvorefter bygherren ensidigt kan ændre visse vilkår i aftalen. På baggrund af den betydning anvendelse af AB 92 har inden for entrepriserforhold, vil det være vanskeligt at forestille sig en begrænsning i anvendelsen af § 14 ud fra aftalelovens § 36.

Når det offentlige er part i en kontrakt, må anvendelsen af § 36 yderligere indskrænkes: »Aftaler med det offentlige er ikke undtaget fra reglen i aftalelovens § 36, men det må antages, at bestemmelsen kun sjældent vil blive bragt i anvendelse på sådanne aftaler. Det offentlige bør råde over en sådan ekspertise, at man kun yderst sjældent vil føle behov for efterfølgende at påberåbe sig § 36 - og det offentlige bør ikke indgå, i alt fald ikke fastholde, aftaler på en måde og/eller med et indhold, som gør det aktuelt for den anden part at påberåbe sig § 36.«²⁵ Som det fremgår af ovenstående, vil § 36 sjældent kunne anvendes i forbindelse med aftaler indgået ved udbud.

4. God eller ond tro

Anvendelsen af aftalelovens svage ugyldighedsgrunde afhænger af, om løftemodtageren er i god eller ond tro om det forhold, som kan medføre erklæringens ugyldighed. Dette kommer bl.a. til udtryk i aftalelovens § 32, stk. 1, som betinger anvendelsen af bestemmelsen af, at erklæringsmodtageren »indså eller burde indse«, at der var fejl i erklæringen.²⁶ Det er ikke muligt i dansk ret at drage en generel grænse for, hvornår en erklæringsmodtager er i ond tro. I det følgende undersøges, om der er særlige forhold ved udbud, som påvirker tros-vurderingen. Der er nemlig flere forhold der taler for, at bedømmelsen af, hvornår der foreligger ond tro, bør indeholde særlige vurderingselementer, når aftalen indgås gennem licitation eller offentlige udbud. For det første karakteriserer det licitationer, at udbyderen modtager flere tilbud på samme opgave. For det andet skal disse tilbud i så høj grad som muligt være udformet således, at de er objektivt sammenlignelige. Disse forhold medfører ofte, at håndteringen af indkomne tilbud ved licitationer er forskellig i forhold til en traditionel aftaleindgåelse efter aftalelovens system.

²⁴ Se *Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørsgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 220, og *Kurt Grönfors: Avtalslagen*, s. 227.

²⁵ *Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørsgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 221.

²⁶ Tilsvarende formuleringer findes i aftalelovens §§ 29-32, stk. 1. I aftalelovens § 33 har man anvendt en anden formulering, at erklæringsmodtageren »må antages at være vidende«. Om denne forskel i formuleringerne, se *Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørsgaard, Aftaleloven med kommentarer*, s. 185 f.

4.1 Ond tro ved udbud

I forbindelse med licitationer efter licitationsloven kan ordregiver tildele ordren til den tilbudsgiver, der enten har den laveste tilbudspris, eller ordregiver kan vælge frit mellem tilbudene.²⁷ Ved licitationer efter EU's udbudsdirektiver kan udbyderen tildele kontrakten til tilbudsgiveren med den laveste pris på sit bud, eller til tilbudsgiveren med det økonomiske mest fordelagtige bud, vurderet efter nogle på forhånd fastsatte kriterier.²⁸ Tros-vurderingen vil være af forskellig karakter alt efter, hvilket tildelingskriterium der anvendes.

4.1.1 Forskelle i prisen

Det er almindelig antaget, at forskelle i prisen mellem det laveste og det næstlaveste tilbud er en faktor, som kan føre til, at udbyderen anses at være i ond tro.²⁹ Hvor stor forskellen skal være før den onde tro indtræder, kan der dog ikke siges noget generelt om.

I U 1974.42 H var der en forskel mellem laveste og næstlaveste tilbud på 79 %. I sagen havde en af tilbudsgiver begået fejl vedrørende deltilbudenes sammensætning ført til, at hans ene tilbud var markant lavere end det næstlaveste bud, mens tilbudsgiverens andet deltilbud som konsekvens heraf var tilsvarende højere. På denne baggrund fandt Højesteret, at udbyderen var i ond tro. I U 2000.60 H var der en forskel på 41 % mellem laveste bud og næstlaveste bud. Også i denne sag skyldtes forskellen mellem tilbudssummerne, at der var begået fejl ved sammenlægningen af tilbudene. I ingen af sagerne var forskellen mellem priserne i sig selv tilstrækkelig til at statuere ond tro.

Vurderingen vil kunne afhænge af nogle generelle forhold, eksempelvis om der er stor priskonkurrence inden for den pågældende branche (hvilket vil tale imod, at en stor prisforskel forekommer), eller om opgaven vedrører enten en standardydelse eller en ydelse, som indeholder et stort element af innovation eller kompleksitet (i sidstnævnte tilfælde vil der naturligt kunne forekomme større prisforskelle).

Yderligere har andre forhold været fremhævet som værende af betydning for, om en ordregiver måtte anses at være i god tro om prisen på et særligt tilbud. Eksempelvis er det set, at en tilbudsgiver har afgivet en såkaldt introduktionspris, dvs. en ekstra lav pris på det første tilbud, som afgives ved en »ny« udbyders licitation. Dette kunne således forklare større prisforskelle mellem tilbud. Et andet og mere subjektivt forhold kan være, at udbyder har erfaring for, at en eller flere tilbudsgivere normalt ligger i et bestemt prisleje. Det er tvivlsomt, hvor meget værdi disse forhold kan tillægges ved en tros-vurdering. Det vil derudover være tvivlsomt, om det yderligere har betydning, om tilbudsprisen afviger meget fra den forventede

²⁷ Licitationslovens § 3, stk. 2. Bestemmelsen er fjernet i udkast til forslag om lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, og loven er dermed bragt i overensstemmelse med udbudsdirektiverne.

²⁸ Indkøbsdirektivets art. 26, bygge- og anlægsdirektivets art. 30, tjenesteydelsesdirektivets art. 36, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 34.

²⁹ Se *Erik Hørlyck*: *Entreprise og licitation*, s. 416 og *Hans Henrik Vagner*: *Entrepriseret*, s. 67.

tilbudssum, som ordregiver har udregnet.³⁰ Dette har formentlig udelukkende betydning, såfremt det kun er det laveste tilbud, som er lavere end den formodede tilbudspris. Hvis flere tilbud afviger fra den forventede tilbudspris, må det som hovedregel antages, at afvigelsen skyldes forhold ved ordregivers beregninger.

Udbudsdirektiverne indeholder en mulighed for, at ordregiver, hvis et tilbud er unormalt lavt, efter en kontrol af dette tilbuds sammensætning, kan afvise det pågældende tilbud, såfremt det stadigvæk findes for lavt.³¹ Bestemmelsen sonderer ikke mellem tildelingskriterierne, laveste bud og økonomisk mest fordelagtige bud, hvilket ud fra de anførte betragtninger syntes uhensigtsmæssigt, se nedenfor. Bestemmelsen ses at understrege, at en stor forskel mellem tilbud bør give anledning til reaktion.³²

Spørgsmålet er, om der kan trækkes paralleller mellem vurderingerne af på den ene side, hvornår et tilbud er unormalt lavt efter udbudsdirektiverne, og på den anden side hvornår et tilbud er så lavt (i forhold til det næstlaveste), at det bringer ordregiver i ond tro. Selv om prisniveauet for de to situationer skulle vise sig at være sammenligneligt, er det tvivlsomt, om en sammenligning vil give et brugbart resultat. Dette skyldes, at de to bestemmelser varetager hvert sit hensyn. Aftalerettens tros-vurdering spiller i denne relation en rolle, hvor ordregiver ønsker at bibeholde aftalen, hvorimod ordregiver ønsker at udelukke den pågældende tilbudsgiver fra udbudskonkurrencen, hvor bestemmelsen om unormalt lave bud søges anvendt.

Forskelle i pris som indikator for ond tro vil være mest oplagt i forbindelse med udbud, som tildeles til den tilbudsgiver med den laveste pris. Såfremt der i et EU-udbud anvendes kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, vurderes tilbudet ikke alene på prisen, men på et antal på forhånd angivne delkriterier, eksempelvis pris, kvalitet, service mm. At ordregiver kan basere sin tildeling på flere forskellige kriterier, samt at disse kriterier oftest ikke er indbyrdes prioriterede,³³ har den

³⁰ Udregningen af den formodede totalpris vil i nogle tilfælde ikke udgøre andet end et løseligt skøn, hvorimod totalprisen i andre tilfælde fremkommer efter grundige og omfattende beregninger. Dette taler imod, at udbyderens forventede totalpris tillægges afgørende betydning. Ordregivers overslag på en tilbudspris er bl.a. anvendt som argument mod ond tro i U 1951.1066 H og U 1977.1036 V.

³¹ Indkøbsdirektivet art. 27, 1. pkt, bygge- og anlægsdirektivet art. 30, stk. 4, tjenesteydelsesdirektivets art. 37, 1. pkt, samt forsyningsvirksomhedsdirektivet art. 34, stk. 5. Se også det seneste forslag til direktivændring, 2000/115 (COD) af 12. januar 2001, art. 54, stk. 1.

³² Om bestemmelsen, se EF-Domstolens domme i sag 76/81, SA Transporoute et Travaux mod Ministeres des Travaux Publics, og i C-304/96, Hera SpA mod Unitá sanitaria locale. Om disse afgørelser, se *Peter Oliver: European Law Review* 1982, s. 233-235 og *Christian Bock: European Law Reporter* 1998, s. 48-49.

³³ Udbudsdirektiverne bestemmer, at tildelingskriterierne skal anføres enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, »så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først.« Praksis viser dog, at dette sjældent overholdes. Bestemmelsen findes i indkøbsdirektivets art. 26, stk. 2, bygge- og anlægsdirektivets art. 30, stk. 2, tjenesteydelsesdirektivets art. 36, stk. 2, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 34, stk. 2. I det seneste direktivforslag er kravet skærpet således, at der nu kræves *vægtning* af tildelingskriterierne ved økonomisk mest fordelagtige bud eller, hvor dette ikke er teknisk muligt, en prioritering af delkriterierne, jf. art. 53, stk. 2.

konsekvens, at forskelle i prisen hverken kan tages som udtryk for, at det billigste tilbud er det bedste set fra udbyderens side (da der i prisforskellen eksempelvis kan skjule sig store forskelle i kvaliteten), eller kan tages som udtryk for, at en markant prisforskel bør medføre ond tro for udbyderen. Prisforskelle, som indikator for ond tro hos udbyderen, har altså primært relevans, når opgaven tildeles efter tildelingskriteriet den laveste pris.

4.1.2 Niveauet for indsigt

Modtageren af et løfte »forudsættes at være i besiddelse af den årvågenhed og indsigt, som er almindelig hos en fornuftig og ansvarsbevidst person (bonus pater familias) i erhvervsforhold og i almindelighed hos en forretningskyndig person.«³⁴ Ordregiver vil ofte ikke være i besiddelse af det almindelige branchekendskab, som forudsættes. For at kunne udforme hensigtsmæssige kontraktsforhold, ansætter udbyderen ofte en rådgiver, som enten i den indledende fase eller under hele udbudet skal give udbyderen faglig vejledning. Både udbyderen og dennes rådgiver kan være i ond tro, og det er nok, at den ene er det, jf. U 2000. 60 H, hvor Højesteret fastslog, at tilbudsgiver ikke var bundet af tilbudet, »idet boligforeningens rådgiver, ..., burde havde indset, at [tilbudsgiverens] tilbud ved en fejltagelse kun omfattede en del af smeedeentreprisen.«

Det er dog et spørgsmål, hvilke krav der kan stilles til udbyderen i tilfælde, hvor denne ikke har allieret sig med en rådgiver. Eller med andre ord: hvilket niveau for indsigt kan udbyder forventes at have. Da den ordregivende myndighed ikke kan forventes at have særligt branchekendskab, må der i større grad lægges vægt på objektive forhold, som uafhængigt af brancher indikerer, at noget muligvis er galt. I naturlig forlængelse heraf må det vurderes, om der kan opstilles en særlig undersøgelsespligt for ordregivende myndigheder. Mere herom nedenfor.

4.1.3 Andre forhold

Som udgangspunkt er forskelle i prisen den mest oplagte indikator på fejl ved tilbudet. Der vil efter omstændighederne også være andre forhold, som kan tillægges betydning ved vurderingen af udbyderens gode eller onde tro.

Der vil ofte være betydelige forskelle mellem udbudte opgaver, eksempelvis vil udbudenes omfang og kompleksitet afvige markant, fra på den ene side indkøb af eksempelvis standardstole, til på den anden side opgaver der går ud på udvikling af komplekse softwaresystem til brug ved offentlige enheder. Når der ses bort fra prisen, vil også forskelle i løsningsmodeller have en værdi som indikator. Det kan formentlig ikke bringe udbyderen i ond tro, at et tilbud indeholder en særlig teknisk løsning. Dette skyldes, at udbyderen ikke har den faglige viden, som er en forudsætning for at kunne gennemskue den tekniske opfyldelse af en given opgave. Derimod kan den ordregivende myndigheds *rådgiver* muligvis bringes i ond tro, når et af tilbudene har en markant bedre teknisk løsning end de løsninger, de andre tilbudsgivere kan præstere.

³⁴ *Bernhard Gomard: Almindelig kontraktsret, s. 126*

I forbindelse med EU-udbud efter tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige bud, er det ikke usædvanligt, at ordregiver anvender et pointsystem til sammenligning af tilbudene. Selv om sådanne systemer øger gennemsigtigheden i forbindelse med udbudsforretninger, kan de ikke antages at gøre vurderingen af, hvorvidt der foreligger en fejl i tilbudene, nemmere. Dette skyldes, at ordregiver ofte selv har konstrueret systemet, som derfor er udtryk for ordregivers egen vægtning af de elementer, der indgår i udbudet, og ikke en objektiv vurdering af tilbudenes sammensætning, som kan danne grundlag for tros-vurderingen.

4.2 Undersøgelsespligt

Årsagen til, at uoverensstemmelsen, som medfører ugyldigheden, ikke opdages af udbyder, er ofte, at tilbudene afgives på formularer og skemaer, som udbyderen kræver anvendt. Dette skyldes hensigtsmæssighedshensyn, da en udbyder eksempelvis ved en entreprise ofte vil modtage mange tilbud, alt efter opgavens art og omfang. Såfremt tilbudsgiverne anfører de for ordregiver relevante oplysninger på særlige skemaer, lettes gennemgangen og vurderingen af tilbudene. Ulempen ved denne løsning er, at der ofte i tilbudene kan gemme sig uopdagede fejl.³⁵ Det kan på denne baggrund overvejes, om udbyder i forbindelse med gennemgangen af tilbud afgivet ved licitation eller EU-udbud, kan forpligtes til at gennemgå tilbudene grundigere end blot en gennemlæsning af den første side, som angiver den samlede tilbudspris og tilbudsgiverens forbehold.³⁶ At ordregiver ikke læser resten af tilbudet, kan konstateres i de tilfælde, hvor der dér findes elementer, som ordregiver burde have undersøgt, men hvor dette ikke er sket.

Det må efterfølgende overvejes, i hvilke situationer en sådan undersøgelsespligt kan pålægges ordregiver. Det vil være uhensigtsmæssigt, hvis ordregiver var forpligtet til at gennemgå alle detaljer ved alle tilbud i tilfælde, hvor dette ikke er nødvendigt for beslutningen om, hvem opgaven skal tildeles. Modsat vil det være oplagt, at udbyderen undersøger tilbud, som på markant måde adskiller sig (prismæssigt?) fra de andre. I disse tilfælde vil undersøgelsespligten være et nyttigt redskab, da det må slås fast, at der skal store forskelle til, før selve prisforskellen *alene* kan medføre ond tro hos udbyder. Det vil også være en mulighed at pålægge

³⁵ Såfremt den første gennemlæsning udelukkende omfatter skemaerne, vil tros-vurderingen baseres på, hvordan ordregiver opfatter disse, jf. aftalelovens § 39, som bestemmer, at tidspunktet for tros-vurderingen er det tidspunkt, hvor tilbudet kommer til ordregivers kundskab. Det må formodes, at tilbudet er kommet til kundskab, når ordregiver har læst de i skemaerne anførte oplysninger, også selv om dette kun inkluderer en mindre del af tilbudets indhold. Denne fortolkning vil medføre, at der ofte vil være brug for anvendelse af aftalelovens § 39, 2. pkt, da de resterende oplysninger først senere kommer frem. Udgangspunktet er, at re integra-reglen i § 39, 2. pkt. ikke finder anvendelse ved licitationer, jf. *Kai Krüger*, *Public Procurement: Global Revolution*, s. 196, note 35.

³⁶ Ellers vil udbyder have mulighed for at holde sig i »forsættelig« god tro, jf. *Lennart Lyngge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard*: *Aftaler og mellemænd*, s. 158.

udbyder en undersøgelsespligt i tilfælde, hvor der er en risiko for, at forholdet ved udbudet giver anledning til misforståelser.³⁷

Dette var tilfældet i U 2000.60 H hvor opdelingen mellem tilbudene blev ændret under udbudet, hvilket medførte, at en tilbudsgiver afgav bud efter den tidligere opdeling med det resultat, at delbudene fik en pris, som var henholdsvis meget for lav og meget for høj.

³⁷ Undersøgelsespligten kunne eventuelt begrænses til de tilfælde, hvor risikoen for misforståelser skyldes ordregivers forhold, som eksempelvis ændringer i udbudet efter udbudet er startet.